

**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.**

Por Jorge O. Bercholc.¹

I. Introducción -II. Justificaciones variadas -1. *Por características técnicas.* 2. *¿“Publicistas o civilistas”?* 3. *La cuestión de género.* 4. *Origen socioeconómico de los jueces y estratificación social.* 5. *Orientación Ideológica.* 6. *¿Jueces Porteños o Provincianos? La composición federal del Tribunal dado el lugar de nacimiento de los jueces.* 6.a. *Más decisiones sobre normas nacionales, mas % de inconstitucionalidades sobre normas provinciales.* 6.b. *Datos comparados con el Tribunal Constitucional Federal alemán.* 6.c. *Los temas tributarios provinciales son los mas conflictivos.-* 6.d. *Jueces Provincianos en la Corte durante la mayor conflictividad en la normativa provincial.-* III. *Comentarios finales*

¹ Doctor en Derecho Político, (Univ. Buenos Aires-UBA-). Postgraduado en la Carrera de Especialización en Sociología Jurídica, (UBA). Diploma de Especialista en Constitucionalismo y Democracia, y en Justicia Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma de Postgrado en Integración Regional y Relaciones Económicas Internacionales, Universidad de Barcelona. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, (UBA). Profesor de Teoría del Estado y de Postgrado y Doctorado de la Facultad de Derecho (UBA). Profesor Titular de Sociología Jurídica, Universidad Abierta Interamericana

I.- INTRODUCCION

Las recientes remociones y designaciones de jueces en la Corte Suprema argentina han presentado particularidades, incongruencias y argumentaciones justificatorias, variadas y sorprendentes.

El decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 222 del 20 de junio de 2003, titulado "Procedimiento para el ejercicio de la facultad que el inciso 4 del artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina le confiere al Presidente de la Nación para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Marco normativo para la preselección de candidatos para la cobertura de vacantes", recoge entre otras inquietudes de Organizaciones No Gubernamentales y especialistas en la materia, la de tener en consideración al momento de proponer un candidato para ocupar la Corte Suprema, las diversidades de género, de especialidad y la procedencia regional en pos de una eficaz representación federal.

El artículo 3° del referido decreto dice: "Dispónese que, al momento de la consideración de cada propuesta, se tenga presente, en la medida de lo posible, la composición general de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION para posibilitar que la inclusión de nuevos miembros permita reflejar las diversidades de género, especialidad y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal."

Se ha apuntado a una serie de ideas fuerza tan bienintencionadas como inconsistentes, que pretenden dar respuesta a la grave crisis de legitimidad del Tribunal, en el marco de la crisis institucional y económica que el Estado argentino sufre desde diciembre de 2001.

Se han rescatado clivajes y pautas para la selección de los magistrados, que responden escasamente a criterios técnico-académicos congruentes y coherentes de idoneidad y eficacia, considerando lo que se pretende de la institución, según las propuestas circulantes

de reingeniería y rediseño de la administración estatal y de la división funcional del poder del Estado.

Entiéndase bien, no reprocho la selección de los nuevos ministros de la Corte, por carecer ellos de idoneidad técnica, académica o moral; lo incongruente o incoherente se vincula con lo que realmente requiere la institución a fin de un eficiente desempeño en el marco de la administración general del Estado y en las actuales y previsiblemente futuras circunstancias de dificultad.

Así, se han nombrado jueces sustentando sus designaciones en sus características de prestigiosos penalistas (Zaffaroni y Argibay); con sobrados antecedentes civilistas (Highton y Lorenzetti); por una cuestión de género (designación de Argibay y Highton); por ser provincianos y en pos de una conformación federalista del Tribunal (designación del santafesino Lorenzetti); por ser de ideología de centroizquierda (Zaffaroni, Argibay); por ser de ideología de centroderecha, o por ser apolíticos, o sin vinculaciones partidarias o ideologías políticas conocidas (Highton y Lorenzetti).²

Dentro de esa variedad de criterios, otros clivajes de selección posible podrían ser los de su extracción u origen socioeconómico; o por otras especialidades técnicas, por ejemplo: laboralistas -se ha leído tiempo atrás en la prensa, notas sobre la presión que ejercerían jueces laboristas para la designación del camarista Capón Filas-, tributaristas -lo propone el editorial de La Nación del 21.12.04-, constitucionalistas, con especialidad politológica y/o sociológica, administrativistas –especialidad también propuesta por La Nación en el editorial citado- etc.

² Sobre la cuestión ideológica en los jueces actuales véase la nota de Adrián Ventura en La Nación del 18.1.04. Para una perspectiva más profunda y no meramente periodística, véase Ana Kunz, “Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983)” en *Estudios de Sociología y Metodología*, Ed. Estudio, 2000. Recientemente Kunz ha actualizado y refocalizado este trabajo en “Percepción social de la administración de justicia”, documentos de trabajo N° 132, Universidad de Belgrano, Departamento de Investigación, Junio 2005.

Pareciera que ha ocurrido una selección de jueces “*catch all court*”³, –una suerte de Corte de Justicia “atrapatodo”– a la que arriban jueces por motivos y justificaciones muy diversas, en algunos casos contradictorios y excluyentes, que son designados como si dicha diversidad de clivajes incidiera de algún modo positivo en la producción del Tribunal.

Los motivos y justificaciones que reprocho por contradictorios y excluyentes, lo son por su escasa articulación –carente de congruencia y coherencia– con la producción y el modelo que se pretende para el Tribunal.

Dicho de otro modo, circulan ideas que proponen cierto tipo o modelo de Corte, con una esperada y determinada producción de la misma –cuantitativa y cualitativamente hablando–; pero se esgrimen para ello argumentos de selección de los jueces incompatibles con esas mismas ideas.

Por supuesto que está fuera de discusión el umbral mínimo de selección, que debe responder a criterios de idoneidad, capacidad técnica, honestidad y antecedentes profesionales y académicos suficientes. Dicha exigencia de umbral mínimo resulta obvia –aunque lo obvio en la Argentina suele no ser tan obvio– y todas las designaciones producidas recientemente, de los jueces antes mencionados, responde satisfactoriamente a tal requisito, más allá de algunas opiniones subjetivas.

Pero, ¿qué se persigue designando jueces por su cualidad de porteños o provincianos, mujeres u hombres, civilistas o publicistas?

¿Existe un criterio coherente y congruente que se articule con la asignación de un determinado rol institucional que se espera de la Corte Suprema?

³ Parfraseando a Otto Kircheimer y su “catch all party”, partido de todo el **mund**o o “atrapatodo”, idea que pergeño en su trabajo “El camino hacia el partido de todo el mundo” en *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, Lenk y Neumann, Anagrama, Barcelona, 1989. La denominación acuñada por Kircheimer refiere a un tipo de partidos políticos, el partido atrapatodo (catch all party) que no se dirige a una

¿Para qué penalistas o laboristas; políticos o apolíticos; ideológicamente de izquierda o de derecha?

¿Algunos de estos clivajes de selección inciden en la producción del Tribunal?

¿Hay corroboraciones empíricas de qué tal o cuál criterio produzca resultados diversos en algún sentido?

En el presente trabajo, aportaremos evidencias empírico-cuantitativas con análisis agregado, que pretenden demostrar la superficialidad y ligereza de ciertas fórmulas pretenciosas, frases hechas, lugares comunes y consignas huecas a las que se les da prioridad por sobre los debates serios y profundos, basados en evidencias y conocimiento acumulado y adquirido científicamente, a fin de dar óptima y eficaz respuesta a los reclamos y necesidades de un rediseño institucional del Estado Nacional.

A tal fin utilizaremos la base de datos estadísticos producidos para una investigación más amplia que sobre la Corte Suprema de Justicia argentina he desarrollado. Algunos de los cuadros aquí utilizados han sido extraídos de dicha investigación y otros han sido producidos especialmente para este trabajo.

Respecto a la metodología utilizada para la recolección de datos, la misma, dada su complejidad, me ha requerido una explicación pormenorizada que abarcó dos capítulos de la investigación original a la que en principio remito, *brevitatis causa*.⁴ Ello sin perjuicio de las explicaciones que aquí vertiré.

clase social determinada, sino que pretenden llegar a la mayor cantidad de personas posibles, conformando así un auditorio heterogéneo y masivo, pretendiendo satisfacer la mayor cantidad posible de demandas.

⁴ Bercholz, Jorge, *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)*, Ediar, Buenos Aires, 2004. 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.

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".

El control de constitucionalidad resulta ser la facultad-atribución más política e importante de la Corte, por la cual puede llegar a impedir la aplicación de una decisión de los otros poderes políticos del Estado. Allí radica su crucial importancia para el sistema político y es la vía del ejercicio de tal facultad para la Corte Suprema de Justicia en su rol de cabeza y más alto tribunal del Poder Judicial .

A partir del relevamiento de fallos efectuado, se cuenta con datos cuantitativos suficientes para realizar análisis cualitativos, hipótesis o críticas sobre la Corte y los distintos aspectos de su relación con los otros poderes políticos del Estado.

La investigación realizada aporta datos para que el análisis no sólo se base en especulaciones políticas, ideológicas o históricas, sino para que se tenga especialmente en cuenta el comportamiento, las decisiones y los fallos de la cabeza del Poder Judicial.

La base de datos construida luego de leer más de 20.000 fallos de la Corte Suprema, permiten elaborar variadas hipótesis de trabajo en distintas áreas de diferentes disciplinas científicas. Por ejemplo varias de ellas, se vierten en este trabajo crítico sobre las razones para la propuesta de jueces candidatos a integrar el Tribunal.

En concreto 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. Ese es el período que abarca la base de datos utilizada.

Detectados los fallos sobre control de constitucionalidad se han volcado los datos y variables útiles a una planilla especialmente confeccionada para su recolección y se los ha clasificado para su procesamiento y entrecruzamiento, lo que se observará en los cuadros elaborados.

La magnitud de la tarea emprendida hizo menester que se limitase el universo de fallos examinados a los publicados por la revista jurídica LA LEY, por las siguientes razones: i) óptima y accesible sistematización que permite con cierto orden y agilidad su consulta por índices; ii) se asume que los publicados por LA LEY resultan los más relevantes y trascendentes y han respondido a un criterio más o menos similar en todo el período y iii) además resulta ser una selección ajena a subjetividades del investigador que ha respondido a un criterio independiente de la publicación jurídica especializada más consultada e importante del país. Pero además la selección está fuertemente predeterminada por *la propia Oficina de Jurisprudencia de la Corte Suprema la que se ocupa de remitir los casos más importantes a las editoriales jurídicas.*

II. JUSTIFICACIONES VARIADAS

1. Por características técnicas

La opción de selección de jueces por sus características técnicas, se distingue por la preeminencia dada a cierto candidato en consideración a su formación o especialidad académica y científica. Ello es verificable por su producción en investigación, sus publicaciones, su actividad docente y sus estudios de especialización de postgrado.

Resulta una obviedad que para un tribunal de familia lo más apropiado será que se designe un especialista en esa área. Si se trata de un tribunal en materia tributaria o fiscal se deberá designar un tributarista; así en un tribunal del fuero laboral será un laboralista y los ejemplos pueden continuar y son imaginables en las demás áreas, materias o fueros.

¿Pero para un tribunal como la Corte Suprema de Justicia argentina, cuáles serán las características técnicas recomendables de sus integrantes?

En un reportaje periodístico publicado en un matutino de esta ciudad, el Dr. Raúl Zaffaroni, cuando aun no había ingresado a la Corte, entre otros argumentos defendió su postulación sosteniendo que “*siempre ha habido un penalista en la Corte*”.

Sin embargo los casos en los que se ventilan cuestiones penales que han llegado al Alto Tribunal, –al menos para el ejercicio del control de constitucionalidad, que resulta ser su facultad vital y seguramente la única que debería ejercer– son relativamente pocos y no parecen justificar una designación sustentada en la calidad de penalista del juez propuesto.

Deseo aclarar que en mi opinión personal, el Dr. Zaffaroni aquilata sobrados méritos para integrar la Corte Suprema, pero no en particular por su condición de penalista –que según trataré de explicar y probar no es motivo de tal justificación– sino por su perspectiva teórica, formación académica y experiencia institucional y política, características que permiten considerarlo un “publicista”.⁵

Observemos las estadísticas extraídas de mi investigación sobre el comportamiento de la Corte Suprema en el ejercicio del control de constitucionalidad, considerando la materia (temas) sobre las que tratan las normas y los fallos pronunciados.

CUADRO Nº 1:

⁵ Tal clivaje es tratado detalladamente más adelante en este mismo trabajo. Las categorías de “civilistas” y/o “publicistas” pretenden definir el perfil de cada juez y pueden resultar variables útiles para explicar su comportamiento y el sentido de sus fallos. Considero “civilista” al juez que posee como antecedentes una formación y actuación en el ámbito judicial y/o universitario en fueros o materias civiles o de derecho privado y que no ha desempeñado funciones políticas. Considero “publicista” al que posee dicha formación por su actuación en el ámbito judicial y/o universitario en fueros o materias de derecho público y/o ha desempeñado funciones políticas u ocupado cargos en la administración pública.

Materias (temas) sobre las que tratan las leyes nacionales declaradas inconstitucionales. ¹⁾

Leyes Nacionales declaradas inconstitucionales: 93 ²⁾

Civil		Laboral		Previsional		Tributaria	
N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
24	25,53	20	21,28	13	13,83	12	12,77

Administrativa		Penal		Comercial.		Procesal	
N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
9	9,57	6	6,45	5	5,32	4	4,26

1) Se clasifica por materia jurídica o tema sobre el que trata la ley declarada inconstitucional. Son todas las leyes y normas de nivel legal (decretos-leyes) declaradas inconstitucionales al menos una vez entre 1935 y 1983. Son leyes sancionadas por el Congreso Nacional durante gobiernos de iure y “leyes” sancionadas por el Poder Ejecutivo durante gobiernos de facto, también llamadas “decretos-leyes” a partir de 1966/1973 y en 1976/1983.

2) *La unidad de análisis son las normas.* Por eso se han considerado las normas sólo una vez por aparición de cada una en la base de datos (dicho de otro modo se ha exceptuado el recuento de las normas cuando se repiten en distintos fallos), pero se ha

contado individualmente cuando se trata de la misma norma pero distinto artículo, ya que pueden tratarse de aspectos bastante diferentes y/o involucrar diferentes cuestiones constitucionales; en muchos casos la norma se declara inconstitucional en general aunque ello puede no ser así, pero si no surge especificación de artículo del fallo de la Corte, se ha tomado la ley en general y contado individualmente.

CUADRO Nº 2:

Materia (temas) sobre los que tratan las otras normas nacionales declaradas inconstitucionales. ¹⁾

Otras normas nacionales declaradas inconstitucionales: 129 ²⁾

Administrativa		Tributaria		Civil		Previsional		Laboral	
Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
34	26,36	21	16,28	20	15,50	16	12,40	15	11,63

Penal		Constitucional		Comercial		Procesal	
Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
9	6,98	7	5,43	4	3,10	3	2,33

1) Se clasifica por materia jurídica o tema sobre el que trata la norma declarada inconstitucional. La *unidad de análisis son las normas*. Ver nota 2 del cuadro Nº 1, ya que se ha utilizado idéntico criterio.

2) Este cómputo incluye decretos del Poder Ejecutivo y resoluciones ministeriales, de secretarías y dependencias en general a nivel nacional, ello es, normas de nivel sub-legal. Son normas declaradas inconstitucionales al menos una vez entre 1935 y 1983

CUADRO Nº 3

Cantidad de fallos (decisiones) de la CSJN desagregados por materia (temas) sobre los que tratan las normas involucradas.¹⁾

Total Decisiones: 1836 en 1822 Fallos.

Materias o temas de las normas cuestionadas

Tributario	Administrativo	Civil	Laboral	Previsional	Penal	Procesal
CANT. %	CANT %	CANT. %	CANT. %	CANT. %	CANT %	CANT. %
497 27,06	302 16,45	289 <u>15,74</u>	271 <u>14,76</u>	123 6,70	147 8	109 5,94

1) Cuadro que clasifica por materia jurídica sobre la que trata la norma cuestionada; la *unidad de análisis son fallos* por ello se ha computado el total de decisiones; la mayor cantidad de decisiones respecto de casos detectados responde a que en algunos fallos se resuelve sobre más de una norma cuestionada, siendo la decisión distinta para cada norma. Se han incluido las materias que hubieran alcanzado más de 100 fallos en la base de datos. Se ha computado sobre el total de decisiones

CUADRO Nº 4 (1983-1998):

Temas más numerosos en todos los fallos que decidieron sobre constitucionalidad ¹⁾

Total fallos	Seg. Social		Laboral		Tributario		Suma	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
233	39	17	36	15	32	14	107	46

1) Idéntico criterio que el cuadro Nº 3 pero para el período 1983-1998. Unicos temas que superan el 10% sobre el total .

CUADRO Nº 5:

Cantidad y porcentajes de fallos (decisiones) de la CSJN que declaran inconstitucionalidades desagregados por materia y por normas nacionales. ¹⁾

Total de fallos (decisiones) que declaran la inconstitucionalidad de normas nacionales: 261.

Materia	Cantidad de fallos por inconstitucionalidad	%
LABORAL	57	21,76
CIVIL	46	17,56
ADMINISTRATIVO	44	16,79

TRIBUTARIO	39	14,89
PREVISIONAL	33	12,60
PENAL	24	9,20

1) Sobre el total de fallos (decisiones) que declaran la inconstitucionalidad en casos en los que se cuestionan normas nacionales para el período 1935-1983. Se ha desagregado por materia y calculado el porcentaje. Sólo se computan las materias con más de 10 fallos que declaran inconstitucionalidades en la base 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)”⁶.

Como se observa en los cuadros estadísticos, considerando como unidad de análisis tanto los fallos, como las normas, los casos que involucran cuestiones penales son relativamente pocos. Sólo el 8% del total –cuadro N° 3-. Y desde 1983 ni siquiera entran en el corte estadístico estipulado del 10% –cuadro N° 4-.

Para el período 1935-1983 solo se declararon inconstitucionalidades en 24 fallos (9,20% del total) –cuadro N° 5-.

Sólo se declararon inconstitucionales 6 leyes nacionales y 9 normas nacionales de menor jerarquía, que representan poco más del 6% de tal especie –cuadros N° 1 y 2-.

⁶ Bercholc, Jorge, ob. cit., pp. 218/219, 225/226 y 228.

Los datos estadísticos relevados, no parecen justificar una designación sustentada en la calidad de penalista del juez designado. Menos aún se justifican dos penalistas en la Corte. (Debe considerarse la designación de Argibay)

Además no debe olvidarse que funciona desde hace algunos años un Tribunal de Casación en materia penal, lo que en rigor debiera filtrar casi en un 100% los casos penales antes que lleguen a la Corte Suprema. La propia Corte ha despejado dudas al respecto mediante el fallo "Di Nunzio, Beatriz Herminia s/ excarcelación -causa N° 107.572" - CSJN - 03/05/2005, El Dial.com.⁷

Los datos empírico-cuantitativos que reflejan los cuadros estadísticos, permiten en todo caso mayor justificación para la designación de tributaristas, laboralistas o publicistas, si la opción de selección es el de las características técnicas de los jueces.

Ello así, en tanto dicho criterio de selección, para ser congruente y coherente con una producción eficaz del Tribunal, deberá contemplar el dato duro de cuál/es son las materias o temas jurídicos más comunes sobre los que deberá expedirse.

⁷ La Corte Suprema sostuvo en dicho fallo que "...En la justicia penal nacional hasta la sanción de las leyes 23.984 y 24.050 el carácter de superior tribunal de la causa lo revestían la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico y las distintas cámaras federales de apelaciones, según lo dispuesto en el art. 6° de la ley 4055. Sin embargo, la instauración en el sistema de organización judicial nacional de la Cámara Nacional de Casación Penal, modificó la concepción tradicional hasta entonces dada. Fue así que esta Corte, a partir del precedente "Gioldi" (Fallos: 318:541) y en diversos precedentes posteriores, otorgó a la Cámara Nacional de Casación Penal la calidad de tribunal intermedio ante el cual las partes pueden encontrar la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, máxime si los agravios invocados, como en el presente caso, involucran una cuestión federal (Fallos: 318:514; 319:585; 325:1549). Ante las disímiles interpretaciones a que ha dado lugar el cumplimiento del recaudo del superior tribunal en los términos del art. 14 de la ley 48, es misión de esta Corte afianzar una pauta jurisprudencial que contribuya a fortalecer la seguridad jurídica. Corresponde afirmar que siempre que se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de esta Corte, por vía extraordinaria en el ámbito de la justicia penal nacional conforme el ordenamiento procesal vigente, estos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal, en su carácter de tribunal intermedio, constituyéndose de esta manera en tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48.

Carece de sentido nombrar excelentes penalistas, si escasamente la Corte resuelve casos que involucren normas de dicha materia. Al menos escasamente en términos comparables relativos con otras materias de acuerdo a lo observable en las estadísticas.

Además para determinar qué perfil técnico se requiere en la Corte Suprema, primero deberá determinarse el rol institucional para el tribunal, teniendo claro el diseño pretendido para la administración estatal y los problemas y desafíos que se deberán afrontar.

Incluso es muy posible y hasta probable, que dicho rol no sea permanente por las distintas coyunturas por las que debe pasar históricamente un determinado Estado Nacional.

2. ¿“Publicistas o civilistas”?⁸

Un clivaje parecido pero diferente –que podría guardar una relación de género a especie con el tratado en el punto anterior– es el de la selección de jueces por sus características “Publicistas o civilistas”, variable útil para definir el perfil de los jueces por su formación académica, profesional y su vinculación o falta de ella con la actividad política.

Las categorías de “civilistas” y/o “publicistas” pretenden definir el perfil de cada juez y pueden resultar variables útiles para explicar su comportamiento y el sentido de sus fallos. Considero “civilista” al juez que posee como antecedentes una formación y actuación en el ámbito judicial y/o académico-universitario en fueros o materias civiles o de derecho privado y que no ha desempeñado funciones políticas. Considero “publicista” al que posee dicha formación por su actuación en el ámbito judicial y/o académico-universitario en fue-

⁸ Un desarrollo más pormenorizado del tema y de los conceptos y categorías esbozados puede verse en Bercholz, Jorge, *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)*, Ediar, Buenos Aires, 2004, pp. 99, 127, 142 y 148. También en “Lecciones y Ensayos” N° 79 de 2004, ¿“Jueces “civilistas” o “publicistas”? Un estudio sobre el perfil de los jueces de la Corte Suprema y de los modelos posibles del tribunal, LexisNexis, Buenos Aires, pp. 41 a 69.

ros o materias de derecho público y/o ha desempeñado funciones políticas u ocupado cargos en la administración pública.

Quién fuera dos veces ministro de la Corte, Julio Oyhanarte⁹, al referirse al funcionamiento del Tribunal entre los años 1958 y 1962 dijo que: “En la formulación de la jurisprudencia de esta etapa mucho tuvieron que ver los hombres, por supuesto. El hecho positivo, no casual, fue que la mayoría de ellos estuvo constituida por juristas de formación “publicística” algunos de los cuales, además, poseían una mentalidad política definida y experimentada. Baste recordar los nombres de Villegas Basavilbaso, Colombres, Aráoz de Lamadrid, Aberastury, Imaz y Mercader. Y debo incluirme yo, que fuí profesor de derecho constitucional y derecho público provincial desde 1955. Mientras tanto en Orgaz, Boffi Boggero, Bidau y Zavala Rodríguez dominaba una natural inclinación al enfoque “privatístico”, originada por los largos años que dedicaron a magistraturas o cátedras de derecho civil o comercial. De los cuatro podría decirse que llegaron a la Corte sin haber recibido esa forma irremplazable de enseñanza que se obtiene teniendo con el país, con sus problemas y con su gente, el contacto directo y vital que la actividad política permite.

Gracias al tipo de integración que dejo señalado, a la Corte de esta etapa no le resultó difícil superar los inconvenientes que el “civilismo” trae aparejados, especialmente en lo que respecta al control de constitucionalidad.”

Un juez “civilista” estará naturalmente más preocupado por efectuar estrictos juicios técnicos y de legalidad y por erigirse en un protector de derechos sustantivos subjetivos e individuales en resguardo de los abusos de la administración y legitimado por su cercanía con los ciudadanos merced al ejercicio de la jurisdicción. Es posible que en ese afán descuide el matiz de previsibilidad, de anticipación que resulta menester tengan sus decisiones a fin de no generar con ellas consecuencias peores que las se quieren evitar.

⁹ Oyhanarte, Julio, “Historia del Poder Judicial” artículo publicado en *Todo es historia* 1972, p. 115

Un juez “publicista” dada su formación y su familiaridad con el mundo de la política, estará más inclinado a juicios que contengan el dato de la previsibilidad, de la anticipación sobre las consecuencias políticas, económicas y sociales de sus decisiones. Así será un juez más proclive a proteger al sistema político construyendo un Tribunal protector de los procesos políticos democráticos observando como meta el óptimo funcionamiento del sistema y a dicho fin se relacionará armónica y funcionalmente con los poderes ejecutivo y legislativo. Su acción estará enfocada a la protección de derechos sociales o públicos y permeable a los cambios que se produzcan en los procesos políticos y sociales.

Autores como Cappelletti han insistido frecuentemente en la idea de que los jueces de “carrera” o civilistas no están preparados para el ejercicio de la jurisdicción constitucional.¹⁰

También el jurista alemán Otto Bachof sostuvo, analizando la función de control de constitucionalidad, en defensa de un Tribunal especial compuesto por jueces especializados que “...La labor, llena de responsabilidad, de interpretación normativa de la Constitución y de protección de su sistema de valores, *necesita una instancia especializada en estas cuestiones, requiere personas de notoria experiencia en cuestiones de Derecho y de práctica constitucionales; una experiencia que no tiene el juez ordinario, ni puede tenerla. También requiere esta función un órgano con un carácter totalmente representativo que pueda decidir por sí solo con suficiente autoridad cuestiones de tan trascendentales consecuencias políticas. Se necesita pues un Tribunal Constitucional especial...*”¹¹

Los cuadros que siguen nos mostrarán el perfil de los jueces que integraron la Corte Suprema desde 1935 hasta 2002 y desagregarán las categorías durante gobiernos democráticos y militares.

¹⁰ Cappelletti, Mauro, *Le contrôle juridictionnel des lois*, Aix-en-Provence, 1986, p. 314,

¹¹ Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985. p. 55

CUADRO Nº 6:**Jueces en la Corte 1935-2002**

	Total	Gobiernos democráticos	Gobiernos militares
Jueces Publicistas	62%	73%	27%
Jueces Civilistas	38%	50%	50 %

CUADRO Nº 7:**Jueces en Gobiernos Democráticos o Militares 1935-2002**

	Jueces publicistas	Jueces civilistas
Gobiernos democráticos	71 %	29 %
Gobiernos militares	42 %	58 %

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)”¹²

Del cuadro Nº 6 surge que del total de jueces que se desempeñaron entre 1935 y 2002 en la Corte un 62% *tiene características predominantemente publicistas y un 38% tiene características predominantemente civilistas.*

¹² Bercholc, Jorge, ob. cit., p. 99

De los jueces publicistas el 73% *integró la Corte durante gobiernos democráticos* y el 27% durante gobiernos militares.

De los jueces civilistas el 50% *integró la Corte durante gobiernos democráticos* y el 50% durante gobiernos militares.

El cuadro N° 7 toma en consideración *los gobiernos* como variable de análisis. Durante los *democráticos* la Corte estuvo integrada por un 71% *de jueces publicistas* y por un 29% *de jueces privatistas*.

Durante los *gobiernos militares* la Corte estuvo integrada por un 42% *de jueces publicistas* y por un 58 % *de jueces civilistas*.

Los gobiernos de facto se preocuparon por nombrar en la Corte jueces de carrera pretendidamente apolíticos o sin actuación política,¹³ siendo esta una de las consideraciones para el concepto de “publicista”. Esta “ingenua”(sic) pretensión por despolitizar la justicia, sólo encubre una politización de ella detrás de una apariencia de judicialización de la política.

Durante el proceso de postulación de Lorenzetti se le reprochó justamente su carácter de “civilista” pues se argumentó que el Tribunal ya cuenta con dos especialistas en el área (Belluscio y Highton).¹⁴

Lorenzetti argumentó que no acordaba con tal encasillamiento y que no se consideraba sólo un “civilista”, enunciando distintos intereses como demostrativos de su versatilidad.

¹³ Según Oyhanarte en su obra citada, p. 89 en los golpes militares de 1955 y 1966 “...se produjeron dos intentos de retorno al liberalismo originados en las dos oportunidades por la decisión militar de disolver la Corte Suprema e integrarla con magistrados o profesores de mentalidad predominantemente “civilista...”

¹⁴ Editorial del diario La Nación del 21.12.04.

Sin embargo sus antecedentes, más allá de sus otros intereses, permiten claramente y con el rigor que requiere la determinación cualitativa de una especialidad para un cargo de tal envergadura, definirlo como “civilista”.¹⁵

Podría argumentarse que la designación de civilistas se compadece con la mayor actividad que se ha requerido de la Corte en el control de constitucionalidad de normas de materia patrimonial.

Pero si bien ello resulta sustentable de acuerdo a las evidencias empírico-cuantitativas que a continuación veremos, contradice las opiniones actuales y mayoritarias de los especialistas, tendientes a explorar vías que acoten la competencia del Tribunal, para que se ocupe solamente de casos que involucren cuestiones federales y constitucionales de trascendencia y que se erija en protector del sistema político democrático.

CUADRO Nº 8:

Leyes Nacionales (normas de nivel legal), declaradas Inconstitucionales desagregadas por su naturaleza Patrimonial o No Patrimonial. (1935-1983)¹⁾

Leyes Nacionales declaradas inconstitucionales: 93²⁾

<u>Total</u>	<u>No Patrimonial</u>	%	<u>Patrimonial</u>	%
93	18	19,35	75	80,65

1) Se clasifica por la naturaleza jurídica de la ley declarada inconstitucional, entendiendo por tal cosa si el tema sobre el que trata resulta ser patrimonial o no patrimonial. Es posible que una ley patrimonial en su estructura general haya sufrido la inconsti-

¹⁵ Lorenzetti recibió el Premio Justicia 2004, otorgado por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), "por sus notables contribuciones doctrinarias, que han ayudado a la cabal comprensión y

tucionalidad de uno de sus artículos que resulta no patrimonial o viceversa. Se ha considerado la norma en uno u otro sentido considerando el artículo específicamente tratado por la Corte. En caso de que no existiera especificación de artículo se ha considerado la ley de acuerdo a su estructura general. Son todas las leyes y normas de nivel legal (decretos-leyes) declaradas inconstitucionales.

2) La unidad de análisis son las normas. Son leyes sancionadas por el Congreso Nacional durante gobiernos de iure y "leyes" sancionadas por el Poder Ejecutivo durante gobiernos de facto, también llamadas "decretos-leyes" a partir de 1966/1973 y en 1976/1983.

CUADRO Nº 9 (1983-1998)

Decisiones sobre temas patrimoniales y no patrimoniales, normas nacionales, por Cortes, pre/post ampliación ¹⁾

	<u>Cortes</u>			<u>Cantidad de normas nacionales</u>						
	Total	No-Patr.	% sobre total	INC	co	%INCs/NoPatr.	Patr.	INC	co	%INCs/Patr
Preamplific.	96	48	50	10	38	21	48	17	31	35
Posamplific.	99	29	29	8	21	28	70	15	55	21
Total	195	77	39	18	59	23	118	32	86	27

consecuente reforzamiento de instituciones fundamentales del derecho patrimonial privado" en la Argentina.

1) Pre/postampliación refiere a la ampliación de la Corte de 1990.

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)”¹⁶

De las leyes nacionales declaradas inconstitucionales entre 1935 y 1983, el 80,65% trata sobre temas patrimoniales y el 19,35% sobre temas no patrimoniales (cuadro nº 8).

Desde diciembre de 1983 también se han declarado más inconstitucionalidades (considerando fallos) sobre temas patrimoniales (cuadro Nº 9).

Así se corrobora lo sostenido por autores como Zaffaroni¹⁷; la Corte declara más inconstitucionalidades sobre temas patrimoniales que sobre no patrimoniales. Aunque la forma de medición ha sido distinta (considerando leyes nacionales inconstitucionales para 1935-1983, sobre todos los fallos desde diciembre 1983) ello no hace más que fortalecer la hipótesis ya que se verifica por dos mediciones distintas.

Por ello, la designación de civilistas, puede justificarse por la producción del tribunal considerando esta variable del carácter patrimonial de las normas declaradas inconstitucionales.

Sin embargo ello fortalecería un rol activista por parte de la Corte, con un exceso de causas por resolver y con una exposición permanente a conflictos económicos y sociales de los que puede resultar dañada su legitimidad institucional. Tal rol institucional es el que se pretende cambiar, pues la corte constitucional no debe ser además un tribunal de tercera instancia con funciones casatorias.

¹⁶ Bercholz, Jorge, ob. cit., pp. 219/22

¹⁷ Zaffaroni Eugenio R., “Claves políticas del sistema contravencional” en Revista del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Nº 13, p. 8, abril 1998.

Si esta es la posición doctrinaria predominante, la designación de jueces “civilistas”, sin perjuicio de sus cualidades en tal sentido, resulta incoherente e incongruente con el nuevo rol que se recomienda para la Corte Suprema.

Este activismo, especialmente generado por la incursión del Tribunal en temas patrimoniales, y protagonizado en mayor medida por jueces “civilistas”, se corrobora por la mayor actividad en el ejercicio del control de constitucionalidad -medido ese activismo por la mayor cantidad de declaraciones de inconstitucionalidades- que se han producido durante gobiernos de facto, en donde (como se observa en los cuadros nº 6 y 7) han predominado en la formación de la Corte, los jueces “civilistas”.

CUADRO Nº 10 (1983-1998)

Total y porcentuales de fallos (decisiones) sobre constitucionalidad desagregado por formaciones de la corte.

Corte °Nº 1)	Total de decisiones 2)	A favor constitucionalidad	%	Inconstitucionalidad	%
1, 2 y 3	429	220	51,28	209	48,72
4	213	159	74,65	54	25,35
5	52	28	53,86	24	46,15
6	36	28	77,77	8	22,22
7	164	126	76,83	38	23,17

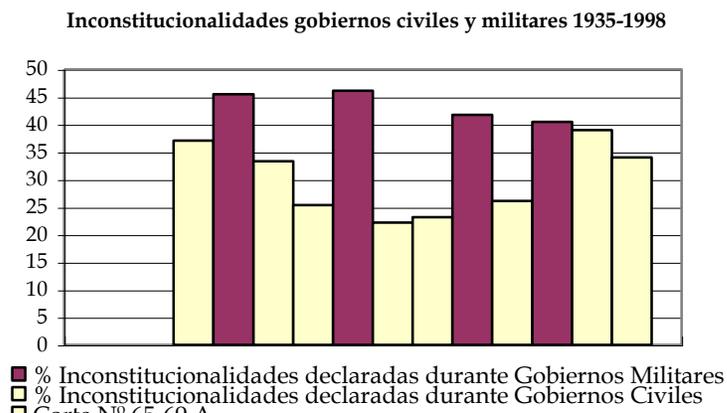
8	242	142	58,26	100	41,74
9	65	48	73,85	17	26,15
10	215	128	59,53	87	40,47
11	117	71	60,69	46	39,31
12	116	77	66,38	39	33,62

1) N° de formaciones de Corte según encolumnado de cuadro N° 11.

2) La columna “Total de Decisiones” se refiere a las emitidas ante planteos de inconstitucionalidad de alguna norma en el período de tiempo abarcado por las Cortes identificadas en la columna respectiva. Se trata de decisiones, esto es todos los fallos más las decisiones en distinto sentido que contiene un mismo fallo.

CUADRO N° 11:

Inconstitucionalidades durante gobiernos civiles y militares.



El Cuadro N° 11 indica el porcentaje de inconstitucionalidades declaradas durante Gobiernos Civiles y Militares, considerando fallos. Las distintas columnas indican sucesivamente las formaciones de cortes de acuerdo al siguiente detalle: de izquierda a derecha la primer columna hasta el golpe militar de 1943, la segunda hasta la asunción de Perón y la tercera hasta la destitución por juicio político de los ministros de la Corte. Se desagregó esta formación por su contemporaneidad con gobiernos civiles o militares. Las siguientes columnas indican así: la 4º la Corte durante la presidencia de Perón de 1946 a 1955, la 5º la Corte de la “Revolución Libertadora, la 6º la Corte de Frondizi de 5 miembros, la 7º la Corte ampliada a 7 durante las Presidencias de Frondizi, Guido e Illia, la 8º la Corte de la “Revolución Argentina” (Onganía, Levingston, Lanusse), la 9º la Corte peronista de 1973 a 1976, la 10º la Corte del “Proceso”, la 11º la Corte de Alfonsín hasta la ampliación y la 12º la Corte desde la ampliación impuesta por Menem.

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)”.¹⁸

Sin embargo, resulta destacable a los efectos del análisis desarrollado, que desde Diciembre de 1983 se observa un incremento fuerte en el porcentaje de declaración de inconstitucionalidades durante gobiernos democráticos, siendo la Corte durante el gobierno de Alfonsín hasta la ampliación la más “inconstitucionalista” y la Corte durante el gobierno de Menem la que le sigue en orden para gobiernos democráticos, pero sin superar a las que actuaron durante gobiernos de facto. Esto indicaría un cambio en el marcado perfil de acompañamiento a las necesidades del Ejecutivo de turno que ha tenido la Corte durante los gobiernos democráticos, conformada por mayoría de “publicistas”. El aumento en la declaración de inconstitucionalidades nos muestra a la Corte desde la restauración democrática en la performance relativa más activa desde 1935 hasta la fecha, si consideramos que ha actuado como Tribunal guardián del proceso democrático y paralelamente al aumentar la declaración de inconstitucionalidades demuestra también celo por la función de protección de

derechos sustantivos individuales, –en especial patrimoniales según vimos en los cuadros Nº 8 y 9– asumiendo así una función mixta entre permisiva, moderadora acompañante e independiente.

Este cambio coincide con el perfil mayoritariamente “civilista” que han tenido los miembros de la Corte hasta 1998, hecho inédito en el Tribunal durante gobiernos democráticos, al menos desde 1935.¹⁹

3. La cuestión de género.

Hasta las recientes designaciones de Argibay y Highton, la Corte Suprema argentina había sido integrada sólo por una mujer en toda su historia. Margarita Argúas fue designada el 7 de octubre de 1970 por el entonces presidente de facto General Levingston y se mantuvo en su cargo hasta el 24 de mayo de 1973, cuando asume el poder Cámpora como presidente electo por el Justicialismo en reemplazo del también General Lanusse.

Argúas fue la primera mujer que accedió a cargo semejante en toda América, precediendo en más de diez años a la primera mujer nombrada en la Corte Suprema de Estados Unidos, Sandra O’Connor, designada por Reagan en 1981.²⁰

En Turquía en 1934 accedió a tal cargo la primera mujer en el mundo, luego ocurrió en Alemania Oriental en 1949 y en Alemania Occidental en 1951. En Israel en 1989 dos mujeres integraban el Tribunal.²¹

La actuación de Argúas en la Corte, si bien presenta peculiaridades, de acuerdo a parámetros comparados, con los demás ministros de la Corte para el período 1935-1998,

¹⁸ Bercholc, Jorge, ob. cit., p. 85 y 194.

¹⁹ Para este análisis ver Bercholc, Jorge, ob. cit., p.155.

²⁰ Pellet Lastra Arturo, *Historia Política de la Corte (1930-1990)*, Ad Hoc, 2001, p. 296.

y en particular con los que le fueron contemporáneos, esos datos requieren una corroboración profundizada cualitativamente. Además se trata de un sólo caso y que permaneció en la Corte durante un tiempo no prolongado.

¿Acaso era esperable una performance diversa por su condición de mujer?

En el Seminario “Aspectos Políticos e Institucionales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” convocado en noviembre de 2004 por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), introduje tal cuestión. La constitucionalista María Angelica Gelli sostuvo que no hay porque esperar una performance peculiar dada la cuestión de género.

Sin embargo ello contradice lo sostenido por Elena Highton en un reportaje, cuando dijo: “...creo que hay intuitivamente una mayor empatía en la mujer, una mayor posibilidad de conciliarse con los conflictos en profundidad, otra mirada sobre los problemas, que claramente no les está negada a los hombres, pero que a las mujeres les permite abordar diferentes cuestiones de otra manera, incluyendo aspectos que no se limitan solamente a lo jurídico.”²²

Si bien dicha impresión y prejuicio puede resultar atractivo como hipótesis, no conozco corroboración empírica del mismo. En nuestro país, dada la escasa experiencia de mujeres en la Corte y los datos sobre la performance de Argúas, no se puede verificar terminantemente lo sostenido por Highton.

CUADRO Nº 12:

Análisis comparativo de la performance de Margarita Argúas.

²¹ Datos extraídos de Beverly Cook, “Women on Supreme courts. A Cross-national Analysis”, trabajo presentado en el XIII Congreso de la International Political Science Association y de Martín Edelman, “The judicial elite of Israel”, *International Political Science Review*, Vol. 13 Nº 3.

²² Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Nº 77, p. 39.

Porcentaje de votos a favor de la constitucionalidad de la norma cuestionada.

1)

	% Votos Favor Const.	Cantidad de votos
Argüas	34,43	21
Promedio Corte	44,79	

1) La categoría “Promedio Corte” significa el promedio resultante de calcular lo producido por los otros cuatro ministros que integraron la Corte contemporáneamente a Argüas.

Porcentaje de votos en contra de la constitucionalidad de la norma cuestionada.

	% Votos Contra Const.	Cantidad de votos
Argüas	45,90	28
Promedio Corte	32,90	

Porcentaje de votos que rechazan el recurso por defecto formal.

	% Votos	Cantidad
--	---------	----------

	defecto Formal.	de votos
Argüas	13,11	8
Promedio Corte	21,67	

Porcentaje de decisiones en que integro la mayoría

	% Votos en mayoría.	Cantidad de votos
Argüas	91,80	56
Promedio Corte	94,67	

Porcentaje de decisiones en las que fue minoría

	% Votos en minoría.	Cantidad de votos
Argüas	8,20	5
Promedio Corte	7,72	

Porcentaje de abstenciones de mayor a menor

	Fallos csjn	Votos	% abstenciones 4)

	Durante estadía 2)	Emitidos 3)	
Argüas	80	61	23,75
Promedio Corte			22

1) Porcentaje de abstenciones con relación a todos los fallos emitidos por la CSJN durante la estadía

2) Total de fallos emitidos por la Corte que integró.

3) Votos emitidos por Argüas durante su estadía en la Corte que integró.

4) Porcentaje de abstenciones.

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)”.²³

Los datos vertidos nos indican que la performance de Argüas presenta algunos rasgos distintivos respecto a la de los jueces varones que le fueron contemporáneos. Si bien muestra un porcentaje mayor de declaraciones de inconstitucionalidad y menor de rechazos técnicos o por defecto formal, lo que significaría un nivel de independencia mayor que el de sus pares, tal hipótesis requiere una corroboración cualitativa adicional.

²³ Bercholc, Jorge , pp. 235 a 251. En dicho trabajo se pueden encontrar cuadros más extendidos y desagregados sobre la performance de Argüas en particular y de los ministros de la Corte del período 1935-1998 en general.

La característica de género, no ofrece por ahora verificación empírica suficiente que permita sustentar, que una mujer producirá fallos diferentes basados en su empatía o mirada diversa sobre los conflictos por resolver, tal cual ha sugerido Highton.

Ignoro la existencia de datos e investigaciones sobre la performance de jueces mujeres en otros tribunales constitucionales, que de existir podrían arrojar luz sobre la cuestión.

La cuestión de género entonces no es por ahora sustentable por las diferentes características que puede ofrecer una mujer en la Corte, sino por razones de representación democrática fiel de la composición por géneros que tenga la sociedad.

En ese sentido ha existido y persiste un serio déficit representativo de la mujer en la Corte, considerando que un 51% de la población está integrada por mujeres.

Si bien lo que pretendo desarrollar no invalida la legitimidad de la representación por género, tal criterio, basado en un concepto representativo sociológico, que persigue un fiel reflejo-espejo representativo de la composición social que debe ser plasmado a nivel institucional, nos introduce en otro problema.

Así como debe representarse la cuestión de género fielmente, existen otros clivajes representativos sociológicos que podrían reclamar el mismo tratamiento.

Por ejemplo el origen socioeconómico de los jueces relacionado con la composición y estratificación clasista de la sociedad; las tendencias religiosas; las ideológicas o pertenencias partidarias; la procedencia por lugar de nacimiento y de estudio.

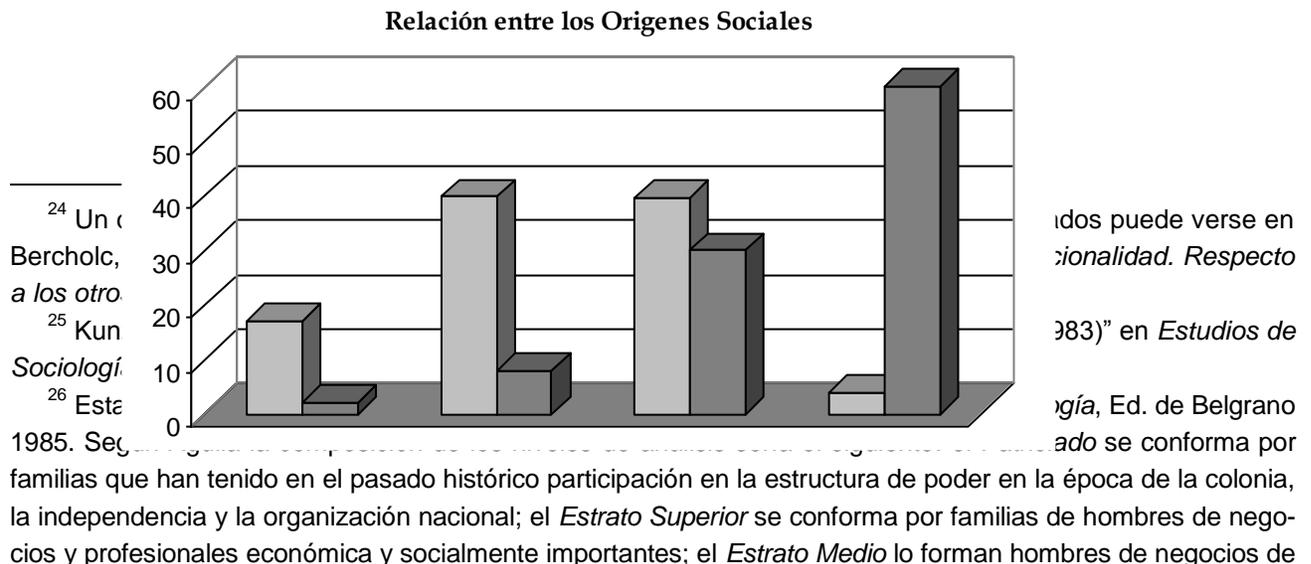
En ese escenario, esa "*Corte catch all*" (ver nota al pie nº 2), tendría que contar con un número de jueces muy superior al actual. Obsérvese que en sentido contrario hay opiniones doctrinarias que proponen por distintos motivos un regreso al tribunal de cinco, o a lo sumo de siete miembros. Más adelante retomaré esta cuestión.

4. Origen socioeconómico de los jueces y estratificación social.²⁴

Un estudio sobre nuestro país de la socióloga Ana Kunz²⁵ demuestra que la extracción u origen social de los jueces que han integrado la CSJN en el período 1930-1983 resulta fuertemente elitista. Dividiendo la estratificación social posible en cuatro categorías²⁶, un 17% de los Ministros pertenecen al Patriciado y considerando que sólo un 2% del total de la sociedad pertenece a ese estrato, habría un 750% de sobrerrepresentación de ese estrato en la CSJN. La segunda categoría denominada Estrato Superior tiene un 39% de Ministros en la Corte y un 8% sobre el total social lo que implica un 395 % de sobrerrepresentación; la tercera categoría, el Estrato medio, presenta porcentajes estabilizados del 39% y 30% respectivamente; la cuarta categoría el Estrato bajo tiene un 3,8% de Ministros en la CSJN y un 60% en el total social. Estos datos corroboran que se hayan sobrerrepresentadas en el más alto Tribunal del Poder Judicial las clases más aventajadas de la sociedad argentina y subrepresentada la clase baja y mayoritaria de la población.

CUADRO Nº 13:

Origen socioeconómico de los jueces y estratificación social.



Patriciado	Estrato superior	Estrato medio	Estrato inferior
17	39,8	39,6	3,8
2	8	30	60

Origen social de los magistrados %
(distribución poblacional en %)

Según Kunz, este estudio sobre la CSJN argentina, refleja una tendencia también observable en los Estados Unidos donde Mills en 1956 investigó el origen social de la clase política y concluyó en que el 58% de los cargos políticos de alta categoría (Presidente y vice de Cámara de Representantes, Presidente de la Corte, miembro de gabinete) pertenecen a la clase alta y media alta (patriciado y estrato superior para Kunz), el 38% a la clase media y media baja y sólo aproximadamente el 5% a la clase baja.²⁷

En Alemania, un estudio del juez Walter Richter de 1959, sobre una base de datos construida con información personal de 856 jueces, permitió determinar que la mayoría proviene de familias de jueces o juristas y que generalmente tienden a desempeñar su trabajo en las jurisdicciones en las que han nacido y a contraer matrimonio con personas de su misma condición social. Además, el 60% pertenece al estrato superior (profesionales libres, altos funcionarios del Estado, empresarios) y el 35% al estrato inferior (empleados, artesanos, pequeños comerciantes). También se observó que los jueces pertenecien-

capital mediano, trabajadores calificados y empleados administrativos; el *Estrato Inferior* lo integran trabajadores semi-calificados, empleados poco especializados y obreros

²⁷ Wright Mills, *La Elite del Poder*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956

tes al estrato superior, avanzan con mayor rapidez en la carrera que los del grado inferior.²⁸

En España, otro investigador observó que más de la mitad de los jueces provienen de un ambiente constituido por personas que ejercen las profesiones legales o que forman parte del aparato burocrático. Casi ninguno proviene de la clase obrera o del mundo campesino.²⁹

La gran preocupación que Hamilton y Madison exponían en *El Federalista* parece haberse resuelto tal cual esbozaban. Si las Legislaturas iban a ser el ámbito de representación de las mayorías había que generar un sistema de frenos y contrapesos que asegurara a las minorías el control y la participación en la toma de decisiones. La Corte y el ejercicio de la revisión judicial parecen cumplir con ese propósito, de acuerdo a la extracción social de sus miembros que los hace “confiables” para los sectores minoritarios y aventajados.³⁰

Si lo que importa entonces es suplir los variopintos déficit de representación sociológica que ofrece el Tribunal, así como se ha reivindicado con justicia la designación de mujeres, habrá que considerar la designación de jueces con origen social perteneciente a los estratos inferiores o clases bajas.

5. Orientación Ideológica

Resulta sumamente compleja y subjetiva la definición de este clivaje y la adecuación al mismo de las características ideológicas de los ministros de la Corte.

²⁸ Richter, Walter, “Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik. Eine berufssozialstatistische Analyse”, en *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts und Gesellschaftspolitik*, 1960 pág.241-259. Citado por Renato Treves en *Sociología del Derecho*, pp. 179/180, Taurus 1978.

²⁹ Toharia, José Juan, *El juez español. Un análisis sociológico*, capítulo III, Madrid 1975

³⁰ Cfr. Gargarella, Roberto, *La Justicia frente al gobierno*, Ariel, 1996. pp. 32 a 42.

No es tarea que se encare y que importe en este trabajo la definición o discusión teórica, conceptual y si se quiere, la plausibilidad epistémica y vigencia del factor ideológico, así como sus alcances, acepciones y delimitaciones.

Lo que si interesa es que resulta un clivaje respecto del cual giran los debates, especulaciones y definiciones en torno a designaciones o no de ministros de la Corte, siendo este un tema tratado con mucha susceptibilidad por los medios de comunicación y por los gobernantes de turno.

Según Kunz "...la elección de las categorías "conservador", "liberal" e "independiente" responde, en gran medida, a consideraciones sobre la estratificación y la movilidad sociales, que han mostrado que los miembros de los niveles superiores se inclinan hacia posiciones conservadoras, aceptando y defendiendo valores de tipo tradicional³¹.

La otra opción, liberal, estaría caracterizada por la aceptación positiva de nuevos valores, mostrando un interés creciente por el "aquí y ahora".³²

Es común en la literatura, tanto en Argentina como en Estados Unidos o España, admitir la existencia de Tribunales influenciados en sus sentencias por las características ideológicas "conservadoras" (centroderecha) o "liberales" (en su acepción progresista o si se quiere de centroizquierda) de sus integrantes.³³

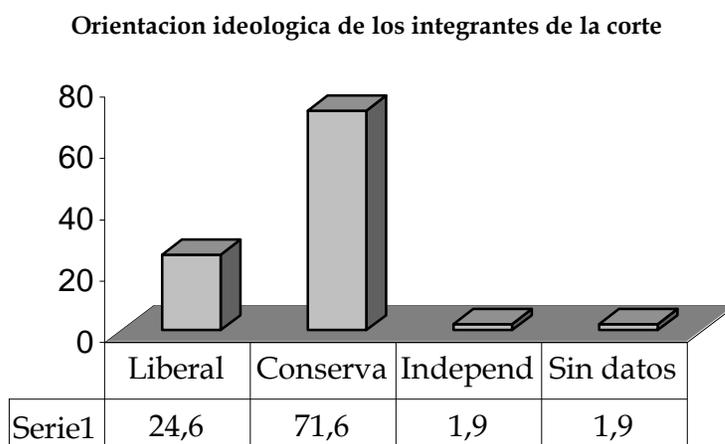
En el estudio ya citado de Kunz, se ha determinado para el período 1930-1983 un componente ideológico de los ministros de la Corte marcadamente conservador.

³¹ En este sentido Karl Mannheim, *Ideología y Utopía*, Aguilar, Madrid, 1973.

³² Kunz, Ana, "Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983)" en *Estudios de Sociología y Metodología*, ed. Estudio, Buenos Aires, 2000, p. 42

³³ En este sentido se puede ver en la literatura nacional, Julio Oyhanarte en "Historia del Poder Judicial" en *Todo es historia* 1972; Arturo Pellet Lastra, *Historia Política de la Corte (1930-1990)*, Ad Hoc, 2001; Jorge Bercholz, *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)*, Ediar, Buenos Aires, 2004. Para el caso en los E.E.U.U. véase Law-

CUADRO Nº 14:



En la investigación se aclara que se considera en términos muy generales la ideología particular de cada juez sin avanzar sobre la ideología de cada Corte como un conjunto, lo que podría llegar a definirse a partir del análisis de los fallos que ha generado cada una de ellas. Para ese análisis deben verse los trabajos citados en la nota al pie nº 32.

El trabajo de Kunz abarca el período hasta 1983. Para el período 1983-1998, desde la restauración democrática en la Argentina a partir de diciembre de 1983 aparecen algunos datos novedosos.

Resulta interesante reproducir un párrafo de la entrevista al actual Presidente de la Corte Suprema Doctor Petracchi, realizada por Pellet Lastra³⁴.

rence Baum, *The Supreme Court, Congressional Quarterly Press*, Washington, 1985. En España, Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Madrid, 2000.

³⁴ Pellet Lastra, ob. cit., p. 410.

Preguntado sobre si se había formado una mayoría natural de radicales en la Corte durante el gobierno de Alfonsín, contesta Petracchi: *“... No, yo creo que aquí como en todos los tribunales del mundo, lo que hay son vinculaciones a partir de filosofías de cada uno de los jueces, de unos que son más cercanos que otros y no que esas vinculaciones se dan por los partidos políticos con los que son afines o por las ideologías partidarias ... Se dio una alianza entre los más liberales por un lado y los más conservadores por el otro...”*

Petracchi en otra parte de la entrevista 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...”*³⁵

Cuando Petracchi dice “Corte actual”, se refiere a la Corte de nueve miembros ampliada por Menem en 1990 y que justamente ha sido desmembrada ahora con las últimas designaciones que se tratan en este trabajo.

De la semblanza de Petracchi surge que la Corte designada por Alfonsín, de cinco miembros, que se desempeñó entre diciembre de 1983 y abril de 1990, predominó una ideología “liberal”.

Por el contrario la Corte designada por Menem con nueve miembros, hasta las recientes renuncias y destituciones, fue de ideología “conservadora”.

³⁵ Pellet Lastra, ob. cit., p. 410.

Tenemos entonces otro déficit de representación sociológica, por motivos ideológicos, pasible de ser suplida, dada la tendencia mayoritaria de jueces conservadores ocupando la Corte Suprema.

6. ¿Jueces Porteños o Provincianos? La composición federal del Tribunal dado el lugar de nacimiento de los jueces

La procedencia regional de los jueces de la Corte Suprema en pos de una eficaz representación federal, es otro de los clivajes recogidos por el decreto del Ejecutivo N° 222 y que ha sido, según los comentarios circulantes, uno de los argumentos para impulsar la designación del juez Lorenzetti.

Sin embargo a efectos de la pretensión “del ideal de representación de un país federal”, según reza el decreto, ¿resulta plausible la designación de jueces por su procedencia regional o lugar de nacimiento?

¿Qué se procura al intentar responder a la categoría “del ideal de representación de un país federal”?

No es objeto de este trabajo debatir y teorizar acerca de la compleja cuestión del federalismo, tanto desde una perspectiva de sus orígenes y contexto histórico como de sus connotaciones actuales, en donde la nota de los procesos de integración regional y supranacionalidad política requieren redefinir la categoría conceptual y teórica.

Si parece estar fuera de toda duda, que el federalismo, deberá siempre tender a una óptima y eficaz integración política, social y económica de los estados miembros, sin perder de vista sus particularidades y competencias indelegables, pero a la vez coadyuvando a una sistémica organización suficientemente centralizada a efectos de la eficacia del poder federal.

Las diferentes fórmulas o definiciones que se intenten, más o menos válidas, siempre están sujetas al test duro de la realidad y las tensiones políticas y económicas que se susciten entre los estados miembros y el poder federal.

Una característica estructural saliente del federalismo remite a la idea de una "... pluralidad de centros de poder soberanos coordinados entre sí, de tal manera que al gobierno federal, competente respecto de todo el territorio de la federación, se le confiere una cantidad mínima de poderes indispensables para garantizar la unidad política y económica, y a los estados federales, competentes cada uno en su propio territorio, se les asigna los poderes restantes".³⁶

Claro que la definición expuesta está sujeta a la "buena voluntad de las partes"(sic) que, sabido es, no resulta categoría admisible en los análisis politológicos y sociológicos que pretendan responder a los cánones actuales de científicidad.

Por ello la regulación de la "cantidad mínima de poderes indispensables" resulta un término en extremo ambiguo y subjetivo.

Las tensiones y pujas entre el poder federal y los poderes de los estados miembros en la limitación y extensión de tales poderes son un dato histórico insoslayable en el federalismo y que en la Argentina se reavivan en la actualidad de la mano de los procesos de supranacionalidad e integración.

A diferencia del proceso de integración europeo, el signo de la regionalización en Sudamérica, parece estar dado por el defecto de los estados federales en proveer los incentivos económicos mínimos que requiere una unión de estados.

³⁶ Bobbio, Norberto, en *Diccionario de Política*, Tº 1, Siglo XXI Editores, México, 1985, p. 687.

En el caso argentino “...no aparecen las identidades socioculturales como factor que presione en pos de procesos de regionalización contradictorios con el estado nacional”, como resulta en el caso europeo.³⁷

Por ello Spota, refiriéndose al rol institucional y político que le compete a un Tribunal Constitucional sostuvo que. “...lo judicial no sólo es capacidad para administrar justicia, sino fundamentalmente poder político para compeler el cumplimiento de la distribución de competencias entre el Estado federal y los Estados miembros.”³⁸

Siguiendo a Spota, en otro trabajo ha dicho que el origen de la revisión judicial se relaciona con la necesidad política de establecer la unión entre los 13 estados confederados, refiriéndose al proceso de conformación y constitucionalización de los Estados Unidos.³⁹

Según Eliseo Aja, el control de las leyes en Europa se introduce como fórmula para resolver los conflictos que enfrentaban a la Federación y los Estados miembros allí donde se estableció un sistema federal.⁴⁰

Spota y Aja coinciden en atribuir los orígenes del Control de Constitucionalidad federal tanto concentrado como difuso a la dura cuestión de la relación entre el estado federal y los estados miembros.

Por lo visto parece plausible entender que, el “ideal de representación federal”, tiende a que las provincias sean debidamente respetadas por el poder federal. A la vez se deben equilibrar las potestades no delegadas por la provincias, con las necesidades del poder central federal, a efectos de la unión y de la eficacia sistémica de la administración estatal.

³⁷ Bercholz Jorge O., *Temas de Teoría del Estado*, La Ley, Buenos Aires, 2003. p. 159

³⁸ Spota, Alberto en “Origen histórico del poder político de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos” en el libro colectivo *Función política de la Corte Suprema*, Abaco, 1998, p. 25.

³⁹ Spota, Alberto, “Seminario sobre jurisprudencia de la CSJN” p. 176, Buenos Aires, Educa, 1999.

Sin embargo, las estadísticas que veremos a continuación nos entregan el “*hard fact*” de la alta conflictividad en materia de control de constitucionalidad de normas a nivel provincial y en especial en materia tributaria que ha caracterizado al Estado nacional argentino.

6.a. Más decisiones sobre normas nacionales, mas % de inconstitucionalidades sobre normas provinciales.

CUADRO Nº 15:

Cantidad de fallos de CSJN desagregadas por normas nacionales, provinciales y municipales cuestionadas. ¹⁾

Cantidad total de fallos	Normas Nacionales	%	Normas Pciales.	%	Normas Muncipales	%
1822(1837) 2)	1149	62,55	577	31,41	111	6,04

1) Se ha desagregado el total de fallos en los que se ha planteado inconstitucionalidad de normas de acuerdo a si la/s norma/s cuestionada es de jurisdicción nacional, provincial o municipal.

2) En este cuadro la unidad de análisis son los fallos, pero se desagregan los casos en que se han cuestionado normas de más de una jurisdicción en un mismo fallo (por ejemplo un caso en el que se cuestione la constitucionalidad de una norma nacional y de otra provincial), ello explica que la suma de las columnas por jurisdicción dé la cantidad de 1837 en 1822 fallos. Los porcentajes se han calculado sobre 1837.

⁴⁰ Aja, Eliseo, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel 1998, Barcelona, p. XIV y XV.

CUADRO Nº 16:

Cantidad de fallos (decisiones) de CSJN desagregados por normas nacionales cuestionadas y por sentido de la decisión. ¹⁾

Total fallos s/normas nacionales cuestionadas:	A favor const..	%	Contra Const.	%	Defecto formal	%
1149						
Decisiones: 1160	633	54,48	261	22,59	266	22,93

1) Se han desagregado las decisiones de la CSJN que han tratado la constitucionalidad de normas nacionales y clasificados por el sentido del fallo.

2) La no coincidencia de las decisiones con el total de fallos responde a que existen fallos en los que se ha decidido sobre más de una norma y la decisión fue en distinto sentido para cada norma. Se han calculado los porcentajes en relación al total de decisiones. En este cuadro la unidad de análisis son los fallos, por eso no se desagregan las decisiones de la CSJN cuando en un fallo se decide respecto de más de una norma en igual sentido.

CUADRO Nº 17:

Cantidad de fallos (decisiones) de CSJN desagregados por normas provinciales cuestionadas y por sentido de la decisión.

Total fallos s/normas Pciales cuestionadas:	A favor const..	%	Contra Const..	%	Defecto formal	%
577						

Decisiones: 582	206	35,4 0	261	44,85	115	19,76
-----------------	-----	-----------	-----	-------	-----	-------

CUADRO Nº 18:

Comparativo por porcentuales de fallos (decisiones) de la CSJN desagregado por normas nacionales y provinciales y por sentido de la decisión.

Decisiones CSJN sobre	A favor const.	Contra const..	Defecto formal
Normas Nacionales	54,48	22,59	22,93
Normas Pciales	35,40	44,85	19,76

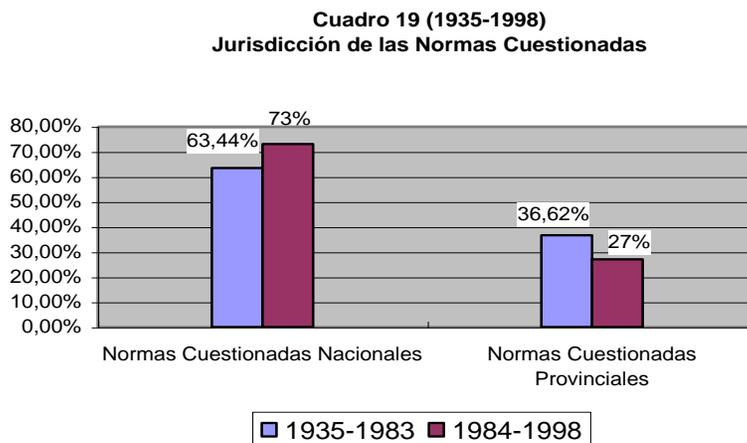
Fuente de los cuadros estadísticos: Base de datos propia y “La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)”⁴¹

La Corte decide en un 62,55% casos sobre normas nacionales, en un 31,41 sobre normas provinciales y un 6,04 % municipales (cuadro Nº 15), pero declara inconstitucionales un 44,85% de los casos sobre normas provinciales y un 22,59 de casos en normas nacionales (cuadros nº 16, 17 y 18).

Considerando normas la tendencia es la misma, sobre el total de normas cuestionadas el 63,44 es de jurisdicción nacional y el 36,62% provincial (cuadro nº 19), pero se declara inconstitucional el 21,57% de las normas nacionales y el 44,93% de las provinciales; exceptuando la variable defecto formal se declara inconstitucional el 28,55% de las normas nacionales y el 57,69% de las provinciales (cuadros 20, 21, 22).

⁴¹ Bercholc, Jorge, ob. cit., pp. 197 a 223.

Desde 1983, el 73% de las normas cuestionadas es de jurisdicción nacional y el 27% provincial (cuadro nº 19) y se declaran inconstitucionales el 26% de las normas nacionales cuestionadas y el 53% de las provinciales (cuadros nº 20, 21, y 22).



CUADRO N° 20

Cantidad de normas cuestionadas desagregadas por jurisdicción y por sentido de la decisión de la CSJN. ¹⁾

Cantidad normas cuestionadas	%	A favor Const.	%	Contra Const..	%	Defecto formal	%
Total 1.635	100	757	46,24	492	30,15	386	23,63

Nacionales 1.034	63,44	559	53,97	222	21,57	253	24,47
Provinciales 601	36,62	198	32,95	270	44,93	133	22,13

1) En este cuadro la unidad *de análisis son las normas*. Se han calculado los porcentajes sobre el total de normas en las que recayeron decisiones a favor o en contra de su constitucionalidad o el rechazo por defecto formal del recurso interpuesto. Se han considerado las normas sólo una vez por aparición de cada una en la base de datos (dicho de otro modo se ha exceptuado el recuento de las normas cuando se repiten en distintos fallos), pero se ha contado individualmente cuando se trata de la misma norma pero distinto artículo, ya que pueden tratarse de aspectos bastante diferentes y/o involucrar diferentes cuestiones constitucionales. En muchos casos la norma se declara inconstitucional en general aunque ello puede no ser así, pero si no surge especificación de artículo del fallo de la Corte, se ha tomado la ley en general y contado individualmente.

CUADRO Nº 21:

Cantidad de normas cuestionadas desagregadas por jurisdicción y por sentido de la decisión de la CSJN, exceptuando los rechazos por defecto formal. ¹⁾

Cantidad cuestionadas	normas	%	A favor const..	%	Contra const.	%
--------------------------	--------	---	-----------------------	---	------------------	---

Total	1249	100	757	60,53	492	39,47
Nacionales	781	62,53	559	71,45	222	28,55
Provinciales	468	37,47	198	42,31	270	57,69

1) En este cuadro la *unidad de análisis son las normas*. Se exceptúan respecto del anterior los fallos donde la CSJN decidió el rechazo por defecto formal del recurso interpuesto; se han calculado los porcentajes sobre el total de normas en las que recayeron decisiones a favor o en contra de su constitucionalidad. Se han considerado las normas sólo una vez por aparición de cada una en la base de datos (dicho de otro modo se ha exceptuado el recuento de las normas cuando se repiten en distintos fallos) , pero se ha contado individualmente cuando se trata de la misma norma pero distinto artículo , ya que pueden tratarse de aspectos bastante diferentes y/o involucrar diferentes cuestiones constitucionales.

CUADRO Nº 21 bis.(1983-1998)

Cantidad de normas consideradas y decisión (co/inc).

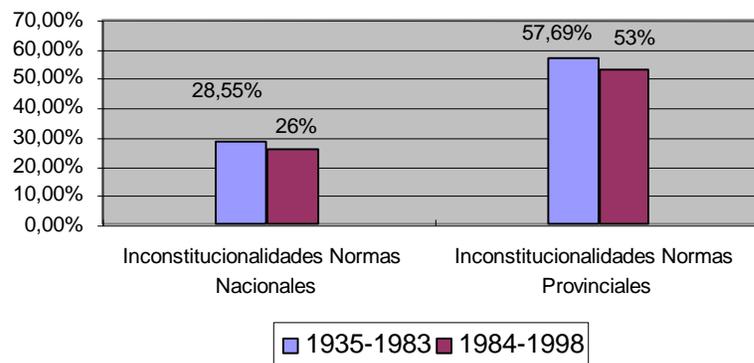
Normas consideradas			Normas inc			Normas co		
total	nac.	pcial.	total	nac.	pcial.	total	nac.	pcial.
265	195	70	87	50	37	178	145	33

CUADRO Nº 21 ter.(1983-1998)

Porcentajes sobre cuadro anterior

Normas consi- deradas	% normas INC/co	% normas nac.INC	% normas pcial. .INC	% normas nac Co	% normas pcial. co
total nac pcial	s/total nor- mas INC/co	s/total nor- mas nac	s/total nor- mas pcial	s/total normas nac	s/ total normas pcial
100 73 27	33 67	26	53	74	47

Cuadro 22 (1935-1998)
Normas Inconstitucionales por Jurisdicción



Surge claramente, considerando las dos unidades de análisis (fallos y normas) que inversamente proporcional a la cantidad superior de casos en los que se cuestiona a normas nacionales, se declaran inconstitucionalidades de normas provinciales a razón de 1 cada mes y 25 días y de 1 cada 2 meses y 20 días para normas nacionales (cuadros N° 23 y 24).

CUADRO N° 23:

Promedio por mes de declaración de inconstitucionalidades totales y para normas nacionales y provinciales considerando normas. ¹⁾

Total período investigado: 47 años = 564 meses

Total normas Nac. y Const.	Promedio Inconst. x mes	Normas Nacionales	Promedio Inconst. x mes	Normas Pciales	Promedio Inconst. X mes
492 (2)	1 c/mes y 5 días aprox.	222	1 c/2 meses y 20 días aprox.	270	1 c/mes y 25 días aprox.

1) La unidad de análisis de este cuadro son las normas, no fallos.

CUADRO N° 24:

Promedio por mes de declaración de inconstitucionalidades totales y para normas nacionales y provinciales considerando fallos. ¹⁾

Total período investigado: 47 años = 564 meses.

Total decisiones sobre /normas Nac. y Pcial. Inconst.	Promedio Inconst. x mes	S/normas Nacionales	Promedio Inconst. X mes	S/normas Pciales	Promedio Inconst. X mes
550 (2)	1 c/mes	261	1 c/2 me-	289 (2)	1 c/2 meses

	aprox.		ses y 1/2 aprox.		aprox.
--	--------	--	---------------------	--	--------

1) La unidad de análisis de este cuadro son los fallos y las decisiones que contienen de acuerdo a lo ya explicado.

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)”⁴²

Para el período 1984-1998 el promedio arroja una norma nacional declarada inconstitucional cada 3 meses y $\frac{1}{2}$, y una provincial cada 4 meses y $\frac{1}{2}$, revirtiéndose la tendencia observada en el período 1935-1983, en especial por el aumento del porcentaje de normas nacionales cuestionadas.

Análisis más desagregados permiten observar que las inconstitucionalidades sobre normas provinciales se fueron equiparando con las nacionales a partir de principios de la década de 1960, aunque la cuestión de los impuestos provinciales a las actividades lucrativas fueron muy conflictivos durante el final de la década del '60.

6.b. Datos comparados con el Tribunal Constitucional Federal alemán.⁴³

Resulta posible comparar la performance de la CSJN con datos sobre el Tribunal Constitucional alemán. Ello resulta de interés dado el fuerte carácter federal de la organización institucional alemana. En esta variable tenemos que en Alemania sobre un total de 1.789 normas cuestionadas el 77,36 % de ellas (1.384 normas) son federales. El 22,64 % (405 normas) son normas de los Lander. Hemos visto que en nuestro país los porcentajes considerando normas o fallos son aproximadamente del 63 % para normas nacionales y

⁴² Bercholc, Jorge, ob. cit., pp. 86/91 y 197 a 223.

⁴³ Fuente de los datos sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán, Albrecht Weber en “Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual”, Eliseo Aja (compilador), Ariel 1998, Barcelona, p. 88.

del 37 % para provinciales hasta 1983 y desde allí hasta 1998 del 73 % y el 27 % respectivamente.

Sobre normas federales cuestionadas, en Alemania se declararon inconstitucionales el 21,10 % (292 normas federales) a razón de una cada mes y 21 días y en nuestro país entre el 28,55 % y el 26 % (272 normas nacionales -considerando desde 1936 a 1998- y exceptuando el defecto formal) a razón de una cada 2 meses y 23 días.

Para normas de los Lander -provinciales en nuestro país-, el Tribunal alemán declaró inconstitucionales el 32,10 % (130 normas) a razón de una cada 3 meses y 25 días , en Argentina entre el 57,69 % y el 53% (307 normas provinciales -considerando desde 1936 a 1998-) a razón de una cada 2 meses y 14 días.

Los datos comparados nos indican que la misma tendencia observable en nuestro país se detecta en Alemania, mayor cantidad de cuestionamientos a normas federales y por ende mayor cantidad de decisiones sobre ellas, pero un mayor porcentaje de inconstitucionalidades sobre normas de los Estados miembros (los Lander en Alemania, las provincias en nuestro país).

Se observan algunos indicios particulares y muy interesantes. El mayor porcentaje de cuestionamientos sobre normas federales en Alemania (77,36%) se asemeja más a lo ocurrido en nuestro país desde 1983 (73%) que al período anterior (63%).

Respecto de normas federales la Corte argentina presenta mayor porcentaje de inconstitucionalidades pero con una secuencia temporal más larga dadas las otras variables en juego -lapso de la medición y cantidad de normas cuestionadas-, se han cuestionado en menos tiempo una mayor cantidad de normas federales en Alemania. Pero el Tribunal alemán declaró menor porcentaje de inconstitucionalidades que la Corte argentina. Pareciera que en Alemania los recurrentes reclaman más contra la legislación federal que en Argentina pero obtienen una receptividad menor que en nuestro país.

Respecto de la legislación de los Estados miembros –Lander-provincias– se observan diferencias notables aunque una tendencia similar –más porcentaje de inconstitucionalidades que para normas federales–. *En Argentina la CSJN se atreve mucho más con los poderes provinciales* (entre el 57,69% y el 53% de inconstitucionalidades para antes y después de 1983 respectivamente) *que lo que se atreve el Tribunal alemán con los Lander* (32,10%). Este es un fuerte indicio de un federalismo débil en nuestro país o de gobiernos de los Lander fuertes en Alemania, más fuertes que nuestros gobiernos provinciales. El indicio anterior de un mayor cuestionamiento a la legislación federal en Alemania que en nuestro país, también puede indicar una resistencia mayor al poder federal. Sin embargo parece que algo puede estar cambiando desde 1983 en adelante en la Argentina.

6.c. Los temas tributarios provinciales son los más conflictivos

Los temas tributarios son los que más casos presentan sobre el total y sobre los que más porcentajes de inconstitucionalidades se han declarado, pero si se desagrega por jurisdicción se observa que el resultado lo producen las inconstitucionalidades sobre temas tributarios y sobre normas provinciales; sobre 307 casos se declararon un 50,16% de inconstitucionalidades (cuadros N° 25, 26 y 27) que bajan a un 28,67% cuando se trata de temas tributarios y normas nacionales sobre 136 casos (cuadros N° 25, 26 y 27).

También presentan un porcentaje llamativamente alto las inconstitucionalidades provinciales sobre temas civiles aunque sobre una cantidad de casos menor (cuadros N° 25, 26 y 27). Además la materia civil puede resultar una variable muy amplia y de cierta ambigüedad ya que casos muy variados pueden ser incluidos en ella.

La cantidad de casos planteados sobre normas provinciales presenta una holgada mayoría de temas tributarios (cuadros N° 25, 26 y 27)

En inconstitucionalidades provinciales el 59% de las declaraciones corresponden a casos sobre temas tributarios.(ver cuadro N° 28)

Surgen entonces datos contundentes reflejando que las normas sobre temas tributarios provinciales son las que en más casos han sido cuestionadas y sobre las que han recaído mayor cantidad de declaraciones de inconstitucionalidad.

CUADRO Nº 25:

Cantidad de fallos (decisiones) de la CSJN desagregados por materia y por jurisdicción.

Materia	Normas Nacionales	%	Normas Pciales	%	Normas Mci-pales	%
Tributaria	136	27,36	307	61,77	56	11,27
Administrativa	200	66,44	70	23,26	32	10,63
Civil	221	76,47	66	22,84	2	0,69
Laboral	225	83	46	17	2	0,74
Penal	113	76,35	25	16,90	5	3,38
Previsional	104	84,55	14	11,38	4	3,25

CUADRO Nº 26:

Cantidad de fallos (decisiones) de la CSJN desagregados por materia y para normas provinciales. 1)

Cantidad total de fallos s/normas Pciales: 629

Materia	Cantidad total por materia	% s/total fallos p/normas Pciales
Tributaria	307	48,80
Administrativa	70	11,13
Civil	66	10,49
Laboral	46	7,31
Penal	25	3,97
Previsional	14	2,22

1) Sólo se computan las materias con más de 10 fallos en la base de datos. Se han incluido también los fallos sobre normas municipales.

CUADRO Nº 27:

Cantidad de fallos (decisiones) de la CSJN desagregados por materia, por normas provinciales y por sentido de la decisión.

Materia	A favor Const.	%	Contra Const.	%	Defecto formal	%
Tributario	117	38,11	154	50,16	38	12,38
Administra- tivo	29	41,43	18	25,71	25	35,71

Civil	15	22,73	39	59	12	18,19
Laboral	18	39,13	15	32,60	13	28,26
Penal	10	40	9	36	6	24
Previsional	6	42,86	4	28,57	4	28,57

CUADRO Nº 28:

Cantidad y porcentajes de fallos (decisiones) de la CSJN que declaran inconstitucionalidades desagregados por materia y por normas provinciales. ¹⁾

Total de fallos (decisiones) que declaran la inconstitucionalidad de normas provinciales: 261

Materia	Cantidad fallos por inconstuc.	%
Tributaria	154	59
Civil	39	14,95
Administrativa	18	6,90
Laboral	15	5,75

1) Sobre el total de fallos (decisiones) que declaran la inconstitucionalidad en casos en los que se cuestionan normas provinciales, se ha desagregado por materia y cal-

culado el porcentaje. Sólo se computan las materias con más de 10 fallos que declaran inconstitucionalidades en la base de datos.

CUADRO Nº 29:

Comparativo de porcentuales de fallos que declaran inconstitucionalidad de normas nacionales y provinciales desagregado por materia.

	S/fallos inconstit. s/total p/normas Nacionales	% fallos inconst. s/total p/normas Pciales.
Tributario	28,67	50,16
Administrativo	22	25,71
Civil	20,81	59
Laboral	25,33	22,60
Penal	21,24	36
Previsional	31,73	28,57

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 Bercholc, Ediar, 2004, Buenos Aires, pp. 86/91 y 197 a 223.

Lo que nos demuestran los datos cuantitativos es que la *Corte declara en mucha mayor proporción inconstitucionalidades sobre normas provinciales que nacionales, a pesar que los planteos de inconstitucionalidad cuestionan en mucha mayor proporción y cantidad a normas nacionales.*

También se corrobora que los casos sobre normas tributarias provinciales son los más numerosos y respecto de los cuales se han decretado mayor cantidad de fallos por la inconstitucionalidad. En especial esto ha ocurrido entre los años 1936 a 1958 en los que la conflictividad tributaria provincial fue mayor.

Las dos conclusiones anteriores nos llevan a otra: la Corte se anima más a contrariar a los poderes provinciales que a los nacionales y/o las normas provinciales son de menor calidad constitucional que las nacionales. Puede ocurrir una cosa o la otra o ambas en proporciones a determinar.

Los datos comparados con otros sistemas políticos (Tribunal Constitucional Federal alemán) también ofrecen indicios sobre la debilidad de los poderes provinciales en la Argentina.

Entonces habrá que observar, que para un “ideal de representación de un país federal”, se deben generar garantías de equilibrio en el control constitucional provincial y su necesaria adecuación a las normas federales, sin lesionar las competencias y eficiencias institucionales provinciales, so pena de una permanente y conflictiva relación entre los estados miembros y el poder central.

6.d. Jueces Provincianos en la Corte durante la mayor conflictividad en la normativa provincial

Resta chequear aún otra variable, que agrega mayor complejidad al tema de la representación federal en el Tribunal, por el lugar de procedencia regional de sus miembros.

Observaremos la paradójica conformación que, considerando la reivindicada fórmula de la procedencia regional, tenían las formaciones de corte en las épocas de mayor conflicto normativo entre el poder federal y las legislaturas y ejecutivos provinciales.

CUADRO Nº 30:

Cantidades y porcentajes de normas nacionales y provinciales declaradas inconstitucionales desagregadas por formaciones de la corte y por materia (temas) sobre los que tratan.¹⁾

Corte	Total normas <u>in-const.</u> (2)	Materia	% S/total (3)	% normas Nacionales S/ cada materia (4)	% Normas Pciales. S/cada materia
1935/ 1947	188	Tributaria	48,40	14,29	85,71
		Civil	18,62	45,71	54,29
		Administrativa	13,30	52	48
1947/ 1955	51	Tributaria	56,87	10,34	89,66
		Civil	9,80	60	40
		Laboral	7,84	75	25
1955/ 1958	21	Tributaria	42,86	22,22	77,78
		Civil	19,04	25	75
		Laboral	23,80	50	50
1958/ 1960	6	Administrativa	33,33	100	--
		Laboral	33,33	50	50

1960/ 1966	40	Civil	27,50	72,73	27,27
		Tributaria	17,50	42,86	57,14
		Previsional	15	83,33	16,67
1966/ 1973	101	Tributaria	28,72	13,79	86,21
		Administrativa	21,78	68,19	31,82
		Laboral	12,88	76,93	23,07
1973/ 1976	21	Administrativa	33,33	100	--
		Laboral	23,81	60	40
		Previsional	19,04	100	--
1976/ 1983	65	Tributaria	21,54	28,57	71,43
		Laboral	18,46	91,66	8,33
		Civil	15,38	50	50
		Previsional	15,38	80	20
		Administrativa	12,31	62,50	37,50

1) Este cuadro se debe leer del siguiente modo: Sobre el total de normas declaradas inconstitucionales por cada formación de Corte (1º y 2º columna) se calcula el porcentaje que corresponde por materia (3º columna), luego sobre la cantidad de normas inconstitucionales por materia se calcula qué porcentaje de ellas son nacionales y provinciales (4º y 5º columna). Se clasifica por materia jurídica o tema sobre el que trata la norma declarada inconstitucional. La unidad de análisis son las normas por eso se han considerado las normas sólo una vez por aparición de cada una en la base de datos

(dicho de otro modo se ha exceptuado el recuento de las normas cuando se repiten en distintos fallos), pero se ha contado individualmente cuando se trata de la misma norma pero distinto artículo, ya que pueden tratarse de aspectos bastante diferentes y/o involucrar diferentes cuestiones constitucionales; en muchos casos la norma se declara inconstitucional en general aunque ello puede no ser así, pero si no surge especificación de artículo del fallo de la Corte, se ha tomado la ley en general y contado individualmente. Sin embargo debe aclararse que no se ha contado cuando se repite la norma declarada inconstitucional en cada formación, pero sí se ha vuelto a contar si otra formación de Corte la declaró inconstitucional nuevamente siguiendo la regla de no repetir el dato por formación. Ello refleja más fielmente la performance de cada formación de Corte en virtud de los cambios de jurisprudencia detectados. Se han incluido las materias con mayor cantidad de normas declaradas inconstitucionales.

Este cómputo incluye en el rubro leyes (nacionales o provinciales) las leyes sancionadas por el Congreso Nacional durante gobiernos de iure y “leyes” sancionadas por el Poder Ejecutivo durante gobiernos de facto, también llamadas “decretos-leyes” a partir de 1966/1973 y en 1976/1983 y las leyes emanadas de las legislaturas provinciales. También se incluyen otras normas (nacionales o provinciales) incluyen como decretos del Poder Ejecutivo y resoluciones ministeriales, de secretarías y dependencias en general a nivel nacional y las resoluciones provinciales de agencias-dependencias análogas. Se incluyen entre las provinciales a las normas municipales. Se refiere al total de normas declaradas inconstitucionales por cada materia.

Sólo se han incluido las materias con mayor cantidad de normas declaradas inconstitucionales

2) Esta columna se refiere al total de normas declaradas inconstitucionales por cada formación de Corte en todas las materias.

3) Esta columna refleja el porcentaje de cada materia por cada formación de Corte en relación al total de normas declaradas inconstitucionales por esa Corte. Por ejemplo, qué porcentaje de normas en materia tributaria son inconstitucionales en relación al total de normas declaradas inconstitucionales por cada formación de corte (columna nº 2).

4) Los porcentajes para las normas nacionales y provinciales lo son en relación al total de normas inconstitucionales por cada materia para cada formación de Corte. Sólo se han incluido las materias con mayor cantidad de normas declaradas inconstitucionales.

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)”.⁴⁴

La Corte Suprema, durante el período 1935/1958 con una composición de 5 miembros, estuvo integrada por 20 jueces distintos. De ellos 12 fueron provincianos (2 bonaerenses) lo que representa un 60% y 8 porteños (Capital Federal), lo que representa un 40%.

Observando el cuadro anterior corroboramos que, con mayoría de jueces provincianos, durante el período y con diferentes gobiernos la Corte se animó más a contrariar las decisiones normativas de los poderes ejecutivo y legislativo provinciales.

Aproximadamente un 60% de las normas declaradas inconstitucionales fueron de jurisdicción provincial.

Durante el período 1960/1966 (con una composición de 7 miembros), hubieron en la Corte 11 jueces distintos, de ellos 5 porteños (un 45%) y 6 provincianos (aunque 3 bonaerenses).

⁴⁴ Bercholc, Jorge, ob. cit., pp. 86/91 y 197 a 223.

renses, un 55%). En este período con mayor porcentaje de porteños y con la mitad de los provincianos procedentes de Buenos Aires, las normas declaradas inconstitucionales fueron aproximadamente en sólo un 20% de jurisdicción provincial.

Durante el período 1966/1983 (nuevamente con 5 miembros), pasaron por la Corte 26 jueces, de ellos 16 fueron porteños (62%) y 10 provincianos (5 bonaerenses, que representan el 38%). Las normas declaradas inconstitucionales fueron aproximadamente en un porcentual del 30% de jurisdicción provincial.

Desde la restauración democrática hasta 1998 (5 miembros hasta 1990 y luego 9) se designaron 19 jueces distintos, 12 porteños (63%) y 7 provincianos (27%). Las normas declaradas inconstitucionales fueron en el período, aproximadamente en un 42% de jurisdicción provincial (ver cuadros N° 21 bis y ter).

El patrón observable en los cuadros estadísticos y en el análisis agregado de los mismos nos dice que cuando mayor cantidad de jueces provincianos hubieron en la Corte, el Tribunal, paradójicamente, más se animó a contrariar a los poderes provinciales, vía el ejercicio estricto del control de constitucionalidad de las normas sancionadas por las provincias, declarándolas en mayor porcentaje inconstitucionales.

Por el contrario cuando el Tribunal estuvo conformado por mayoría de jueces porteños, se observa una fuerte merma en las declaraciones de inconstitucionalidades de normas de jurisdicción provincial.

No se refleja en los datos empírico-cuantitativos ninguna ventaja para la defensa de los intereses provinciales y de sus competencias, por el mero hecho de la procedencia regional o lugar de nacimiento de los jueces designados.

Cuando un representante territorial es investido en sus funciones, se supone y se espera de él que defienda los intereses de la región de procedencia. Es lo que caracteriza

la acción de un gobernador. También la razón de ser del Senado y sus integrantes, representantes de los estados miembros sin distinción de tamaño territorial o de cantidad de habitantes, lo que les garantiza a las provincias un filtro final al temido avasallamiento de sus autonomías por el estado central o por los estados miembros más importantes (por tamaño de sus economías y de sus poblaciones). Esa función senatorial como representantes igualitarios de todos los estados miembros fue la gran idea madisoniana que permitió la unión de los 13 estados confederados en la primera experiencia moderna de un estado federal, la de los Estados Unidos de Norteamérica.

Por ello resulta coherente sostener que, la noción del ideal de representación del país federal, debe relacionarse con un sistema de garantías para la delimitación eficaz de las competencias entre los estados miembros y el estado federal, que contemple en especial los intereses de los miembros más chicos, entendiendo por tal cosa su peso específico territorial, poblacional y económico.

En esa compleja trama no hay corroboración empírica –de acuerdo a las estadísticas analizadas–, en la historia de la Corte Suprema argentina, que nos permita sostener que el mero hecho del lugar de nacimiento o procedencia regional nos acerque al ideal de estado federal, entendido como un sistema eficiente de unión y de garantía en la delimitación de competencias para los estados miembros, salvando sus peculiaridades y diferencias.

Más bien se observa la paradoja contraria, cuantos mas jueces provincianos en la Corte, más contradijo el Tribunal los deseos de los poderes institucionales provinciales.

Por ello parece plausible chequear, qué resortes pueden objetivamente obligar a un representante provincial a observar con celo los intereses de su provincia, en esa puja constante por la delimitación de competencias con el poder central.

El sometimiento periódico a la voluntad popular como herramienta legitimadora del mandato conferido, inexistente en el actual esquema de designación de jueces de la Corte Suprema en la Argentina, deja al eventual juez provincial sin vínculo delegativo ni legitimante con la región de la que procede.

En todo caso dependerá de la voluntad y poder político efectivo del ejecutivo nacional que lo propone. Más aún si el juez propuesto está obligado a responder a todo tipo de cuestionamiento público y de planteo de impugnaciones.

En la reciente secuencia de cambios en el Tribunal, el ejecutivo nacional sostuvo a todos los jueces propuestos originalmente, a pesar que algunos recibieron cientos y hasta miles de impugnaciones.⁴⁵

Esa mecánica puede generar que el juez en cuestión llegue desgastado a su cargo y más en deuda que nunca(sic) con el presidente que lo designa, aún contra el viento y la marea de miles de impugnaciones.

Volviendo a la procedencia regional, debería observarse si los intereses concretos y objetivos del juez provinciano propuesto siguen estando en su lugar de nacimiento. Para ello habría que establecer una suerte de residencia previa obligada que asegure que el candidato haya estado desempeñando su actividad judicial, profesional, académica y docente en su lugar de procedencia.

⁴⁵ Según un artículo de Adrián Ventura para el diario La Nación: "Lorenzetti es el único de los candidatos que recogió más opiniones positivas que negativas, alrededor de 764 consideraciones favorables contra 80 desfavorables. En el otro extremo, Argibay fue la candidata que más cuestionamientos recibió durante el período de impugnaciones. Tras afirmar en una entrevista que era "atea militante" y que estaba en favor de la despenalización del aborto, las opiniones desfavorables sobre su candidatura se multiplicaron: recibió 16.295, contra 2243 favorables. Tampoco fue fácil el período de impugnaciones para Elena Highton recibió 4444 opiniones negativas contra 1402 favorables. Al igual que en el caso de Argibay, a la civilista la cuestionaron por su postura sobre el aborto. Quizá por ser la primera vez que se usaba el mecanismo de impugnaciones, Zaffaroni sufrió algunas semanas de gran desgaste, con un total de 833 opiniones negativas y 131 favorables. En su caso, generaron polémica que tuviera una deuda previsional y sus posiciones liberales sobre las garantías procesales."

Otro dato a observar es la Universidad de la que ha egresado. No será eficaz en pos del ideal de representación federal, un juez provinciano que, por ejemplo, haya cursado sus estudios universitarios en la Universidad de Buenos Aires y que además hace largo tiempo que no reside en su lugar de nacimiento.

Para esta última cuestión véanse los cuadros que siguen en donde surge que un 48% de los jueces de la CSJN nacieron en Capital Federal (cuadro nº 31) y que un 60% egresó de la Universidad de Buenos Aires (cuadro nº 32).

Los porcentajes aumentan si consideramos que sumando Capital Federal y Provincia de Buenos Aires los jueces nacidos allí fueron el 59% y los egresados de la UBA y de la Universidad de La Plata representan el 71%.

CUADRO Nº 31:

Lugar de nacimiento de los jueces de la CSJN (1863-1998)

Nº Jueces	Bs.As.	Cap.Fed.	Catam.	Cord.	Corri.	E.Rios	La Rioja
105	12	50	1	10	1	5	2
%	11	48	1	10	1	5	2

Nº Jueces	Mend.	Salta	S.Juan	S.Luis	Sta.Fe	Sgo.Est	Tucum.
105	2	3	3	2	3	4	6
%	2	3	3	2	3	4	6

Dos jueces nacieron en Montevideo.

CUADRO Nº 32:

Universidades de graduación de los jueces de la CSJN (1863-1998)

Nº jueces	UBA	%	Córdoba	%	La Plata	%	Charcas	%
105	63	60	24	23	12	11	1	1

Nº jueces	Montevideo	%	Litoral	%	UCA	%	Salvador	%
105	2	2	1	1	1	1	1	1

Fuente: Molinelli N. Guillermo, Valeria Palanza y Gisela Sin, Congreso, Presidencia y Justicia en Argentina. Materiales para su estudio, Temas, Buenos Aires, 1999, pp.691/92.

Resulta evidente que hay un déficit de representación provinciano en la Corte, pero que no se resuelve con fórmulas mágicas ni buenos deseos, sino observando las condiciones objetivas del candidato, que pueden coincidir pero no necesariamente –la evidencia empírica demuestra lo contrario- con su lugar de nacimiento. No basta entonces la utiliza-

ción de lugares comunes o de frases hechas y huecas, sino la búsqueda sería de los candidatos adecuados, si se persigue esa entelequia del ideal de representación federal, la que sería útil definir claramente antes de utilizarla como categoría analítica y de justificación para la propuesta de jueces.

III. COMENTARIOS FINALES

El trabajo pretende aportar datos empírico-cuantitativos suficientes, con un sustento metodológico adecuado a los cánones exigibles de cientificidad, que permitan el análisis agregado y la corroboración crítica de las incongruencias e incoherencias en las recientes designaciones de jueces para la Corte Suprema argentina, según las propuestas circulantes de reingeniería y rediseño del rol institucional que se desea para el tribunal.

Durante el proceso de cambios en la Corte, se ha querido dar respuestas a los requerimientos de ONGs, doctrina y opinión pública en general, a partir del enunciado de categorías ambiguas que poseen una gran carga emotiva-ideológica, pero que al ser analizadas muestran sus carencias y escaso sustento, tanto empírico-cuantitativo como teórico.

Se reclama desde distintos sectores que sean suplidos distintos déficit de representación en el Tribunal.

Algunos reclaman la presencia de jueces con determinadas características técnicas, sin analizar, debatir y definir previamente qué se requiere de un Tribunal Constitucional.

Otros reclaman que sean suplidas las históricas ausencias en el tribunal de determinadas minorías; de género, de representación provinciana o de algunas orientaciones ideológicas.

Algunos reclaman disminución de la cantidad de miembros; otros a partir de las exigencias de suplir variados déficit representativos, aunque no sean concientes de ello, reclaman implícitamente un aumento de la cantidad de miembros.

La respuesta ha sido heterogénea y variada y por ello, insistimos, incoherente e incongruente. Un poco de mujeres por aquí, algún provinciano por allá, algunos jueces de izquierda, otros de derecha, algunos penalistas, algunos civilistas.

¿Cuál será la producción de un Tribunal conformado sin ninguna visión estratégica del rol institucional que debe desempeñar, considerando las necesidades y problemas que deberá afrontar el Estado a corto plazo?

Insisto en que no hay de mi parte reproche técnico en relación a las capacidades de los designados, sí cuestiono la nula prospectiva respecto del rol institucional del tribunal, para recién luego producir la designación del personal idóneo.

Si lo que se persigue es una “*Corte catch all*”, pues se deberá conformar un tribunal eficaz a tal fin. Una corte de ese tipo, debe suplir todos los rubros que respondan a un concepto representativo sociológico, ya que persigue un fiel reflejo-espejo representativo de la composición social que debe ser plasmado a nivel institucional.

Como ya se ha dicho más arriba, existen varios clivajes representativos sociológicos que podrían reclamar el mismo tratamiento.

Por caso nos hemos referido a la cuestión de género; al origen socioeconómico de los jueces relacionado con la composición y estratificación clasista de la sociedad; las tendencias religiosas; las ideológicas o pertenencias partidarias; la procedencia por lugar de nacimiento y de estudio también analizados en este trabajo.

En ese escenario, esa “*Corte catch all*”, tendría que contar con un número de jueces muy superior al actual. No sería el primer caso de un tribunal multifacético que responde a un criterio representativo e integrado por muchos jueces.

En Suiza, la Corte Suprema Federal cuenta con 41 miembros; en Venezuela el Tribunal Supremo cuenta con 32 miembros divididos en 6 salas; en Costa Rica la Corte Suprema de Justicia tiene 22 jueces; Dinamarca tiene un Tribunal Supremo compuesto por 19 magistrados; el Tribunal Supremo japonés cuenta con 15 miembros, la Corte Costituzionale italiana también está integrada por 15 jueces; el Tribunal Constitucional de Polonia tiene 15 jueces; al Tribunal Constitucional español lo integran 12 jueces.

En ese caso se podrían suplir diversos déficit representativos, otorgándole al tribunal así conformado un caudal de legitimidad política que devendrá necesariamente en poder político consistente, lo que a su vez le permitirá interactuar sistémicamente con los otros poderes del estado desde una posición de mayor poder efectivo. Ello podría a su vez combinarse con algún mecanismo de elección más democrática que la actual designación por el ejecutivo con acuerdo del Senado.

Si bien dicha alquimia puede resultar atractiva desde una perspectiva democratista, no hay, como demostramos en este trabajo, evidencia empírica que nos permita emitir juicios o pronósticos plausibles en torno a una conformación semejante.

Otro camino es el de conformar un tribunal homogéneo técnicamente, considerando el rol institucional que se desea asignar a la Corte Constitucional, quitándole funciones casatorias y delimitando con claridad sus funciones como poder político del Estado.⁴⁶

A tal fin deberá observarse la objetiva situación del proceso político argentino que se haya consolidado en algún sentido pero amenazado por graves riesgos en varios aspectos.

⁴⁶ Para este análisis puede verse, Bercholz, Jorge, ob. cit., p. 157/65.

Para esta variable de Tribunal resulta recomendable tener como prioridad en su conformación, que se limite su jurisdicción -al menos en épocas de crisis institucionales serias- a desempeñar un rol de Tribunal guardián del proceso político democrático, con un desempeño moderador y acompañante de las necesidades sistémicas del Estado. Parece también recomendable exigir de los jueces que integren el Tribunal, o al menos de la mayoría de ellos, una formación “publicista” que garantice la comprensión de los problemas que en estos tiempos afronta un Estado Nacional con las características de la Argentina.⁴⁷

Ayudaría a mejorar la ajada credibilidad y legitimidad política de la Corte, apartarla del tratamiento de cuestiones que la superan largamente en sus posibilidades objetivas por tratarse de cuestiones de Estado altamente conflictivas y políticas que resulta deseable⁴⁸ sean resueltas por los poderes políticos legitimados democráticamente.

Esta idea resulta más perentoria en países como la Argentina, sujetos cotidianamente a resolver temas fundacionales con escasa capacidad de maniobra y sometidos a fortísimas presiones de variados sectores internos y externos; “...El uso excesivo por indebido del Tribunal puede haberlo situado en determinados casos en encrucijadas peligrosas para su prestigio, pues la desnaturalización funcional de una institución puede llegar a desnaturalizar su primitiva y correcta razón de ser...”⁴⁹

La excesiva carga recaída y a recaer sobre el Tribunal tiene un aspecto cuantitativo y otro cualitativo. El activismo propio de una Corte que actúa como tribunal de garantías constitucionales individuales de un sistema de control difuso, la sobrecargan con el trata-

⁴⁷ Al respecto véanse en este trabajo las opiniones de Oyhanarte, Capelletti y Bachoff, citados en las notas al pie nº 6, 7 y 8.

⁴⁸ Se podría sostener que en rigor no resulta deseable tal elección pero debe entenderse lo deseable desde un análisis objetivo y de posibilidades de realización de las decisiones en relación al poder político en ejercicio y a fin de evitar desbordes o tensiones excesivas e insoportables para el sistema. Dicho de otro modo, lo deseable sería la no incumbencia en las denominadas “political question” y el ejercicio del “self-restraint” que autolimita al Tribunal hasta lo políticamente admisible y posible.

⁴⁹ Francisco Tomás y Valiente en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, p. 50.

miento de cuestiones ordinarias que podrían ser filtradas o tratadas por instancias previas del Poder Judicial sin comprometer en ello al máximo Tribunal.

En ese sentido el debate doctrinario va en aumento y existe variado material bibliográfico referido a la creación de una instancia de casación que en particular se ocupe del control intraorgánico por sentencias arbitrarias que ocupa mucho tiempo y capacidad de trabajo material de la CSJN.⁵⁰

Respecto a la sobrecarga cualitativa pienso en especial en la tensión siempre latente entre el Estado federal y los Estados provinciales, la cuestión del federalismo y la distribución de competencias requerirá de nuevas respuestas en el futuro cercano a través del diseño de políticas públicas y de una nueva ingeniería constitucional que deberá asumir el insoslayable avance de los procesos de supranacionalidad y conformación de espacios geopolíticos ampliados. Se ha visto que las cuestiones tributarias provinciales han sido en el período investigado las más conflictivas. Los procesos de conformación de Estados supranacionales pondrán necesaria y fatalmente en tensión a las provincias y al Estado federal entre los que se jugará una nueva distribución de competencias. En este sentido, la íntima relación entre el federalismo y la justicia constitucional, hace que un Tribunal Constitucional adquiera una vital importancia en un Estado federal cuya esencia es la distribución del poder entre el Estado y una pluralidad de órganos territoriales.⁵¹

Para una tarea como la que vendrá, de semejante magnitud y que requiere de un gran poder político, parece aconsejable la formación de un órgano constitucional. Un Tribunal creado especialmente a medio camino entre jueces y legisladores, que basándose en criterios jurídicos goce del suficiente rango constitucional y político para afrontar cuestiones de alto contenido político y jurídicamente “publicístico”.

⁵⁰ Un listado bastante actualizado se consigna en el trabajo de Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Un Tribunal de Casación para la República Argentina”, *La Ley*, 2001-D, pp. 1230-1253.

⁵¹ Se ha visto que autores como Spota y Aja atribuyen los orígenes del Control de Constitucionalidad tanto concentrado como difuso a la dura cuestión de la relación entre el estado federal y los estados miembros.

Deberá examinarse la posibilidad de limitar el control difuso de constitucionalidad e impulsar un sistema concentrado al estilo de los Tribunales Constitucionales Europeos, reservando a la Corte el papel de Tribunal guardián del proceso político democrático, circunscripta a expedirse sólo sobre cuestiones que resulten capitales para el funcionamiento de un sistema político con esas características y para resolver las cuestiones de distribución competencial que suscitará el nuevo diseño jurídico-institucional que impondrá el proceso de supranacionalidad. Pretender que un Tribunal de Justicia ordinario resuelva cuestiones vinculadas a los diseños de políticas públicas tan altamente conflictivas como las que afronta y deberá afrontar el país, es ponerlo en una posición de alta vulnerabilidad en la cual tiene mucho que perder y poco para aportar en la solución de problemas que exceden su órbita y jurisdicción, logrando por su intrínseca ineficacia para resolver cuestiones que no atañen a su naturaleza, una crisis en su legitimidad y credibilidad que merece ser resguardada para el óptimo funcionamiento institucional del Estado.⁵²

Para un Tribunal homogéneo técnicamente, que deberá afrontar estos escenarios complejos, no resulta trascendente que sean designados jueces a fin de suplir déficit representativo de ningún tipo.

Lo menester e importante será que cuenten con formación publicística, experiencia política tanto teórico-académica como partidaria o dada por la función pública y perspectiva estratégica. Esas exigencias técnicas pueden ser respondidas por constitucionalistas, administrativistas, expertos en sociología política, en teoría del estado y otras disciplinas politológicas, jurídicas e institucionales.

Las recientes designaciones no han respondido a ninguna de las pautas sugeridas. Las variopintas y heterogéneas características de los jueces propuestos y ya en funciones,

⁵² Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 544, capítulo "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa" dice que "...En Europa, la jurisdicción constitucional es una institución propia de las nuevas democracias. Existe en los Estados cuya tradición democrática es más débil y quebradiza..." hay una "...manifiesta correlación negativa entre posibilidad democrática y jurisdicción constitucional..."

parecen ser una respuesta más semejante a un ademán “gatopardista”(sic) –que parezca que se cambia para que nada cambie--, que a una conciente y seria política de reingeniería institucional.

Como Corte “catch all”, fiel espejo sociológico de la composición social, lo hecho resulta insuficiente e ineficaz, sin sustento empírico-cuantitativo que otorgue seriedad metodológica a las decisiones adoptadas.

Como tribunal técnicamente eficaz por la homogeneidad y especialidad de las características de sus miembros, a fin de afrontar los desafíos propios de un rediseñado rol institucional, considerando las dificultades que se avizoran en el escenario político argentino, las designaciones resultan inconducentes y su alta heterogeneidad genera serias dudas respecto a un eficiente comportamiento de la institución considerada como parte vital del sistema político.