

# **“LA DIVISIÓN DE PODERES. CUESTIONES ACTUALES SOBRE EL ROL DEL PODER JUDICIAL”**

*Por Jorge Bercholc*

## **INDICE**

- 1.- EL PODER JUDICIAL Y LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COMO PODER POLÍTICO
- 2.- EL CARÁCTER POCO DEMOCRÁTICO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
- 3.- ¿QUÉ GRADO DE INDEPENDENCIA DE LA CORTE SUPREMA A EFECTOS DE LA FUNCIONALIDAD DEL SISTEMA POLÍTICO?
- 4.- ¿QUÉ CORTE TENDREMOS?
- 5.- BIBLIOGRAFÍA

## 1.- EL PODER JUDICIAL Y LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COMO PODER POLÍTICO.

Consideramos al Poder Judicial como uno de los tres poderes políticos del Estado y a la Corte Suprema como el órgano jerárquico superior de ese Poder, claro está que sin las características propias del reclutamiento electoral típico de los otros poderes políticos en el marco de una democracia representativa pero participando decididamente del ejercicio del mismo en su rol de Tribunal de Garantías Constitucionales.<sup>1</sup>

Dicha facultad resulta ser la más trascendente a ejercer por la Corte y la que le otorga *politicidad* a su función en el sistema republicano.

Es que a través del control de constitucionalidad, actividad en la que se traduce la característica de la Corte Suprema como Tribunal de Garantías Constitucionales, se ejerce su poder político necesariamente articulado con los otros poderes políticos del estado.

La Corte Suprema resulta titular de una fracción funcional de poder, el que corresponde a controlar la legalidad desde la perspectiva totalizadora de la Constitución Nacional de los actos administrativos de los otros poderes políticos del estado.

De acuerdo a la división que Loewenstein<sup>2</sup> hace del poder en I) adoptar una decisión, II) ejecutarla y III) controlarla, a la Corte le corresponde esta última y su poder político es tal que le permite impedir la aplicación de una decisión de alguno

---

<sup>1</sup> En este sentido , Bidart Campos en “La Corte Suprema , Tribunal de Garantías Constitucionales” , ed. Ediar 1984.

<sup>2</sup> Karl Loewenstein, Teoría de la Constitución, Barcelona, Ariel, 1986, pág. 54-72.

de los otros poderes políticos del estado en caso de entender que la misma es contraria a la letra de la Constitución.

Si se ha dicho que *“la constitución es lo que los jueces dicen que es”*<sup>3</sup>, la interpretación final de la constitucionalidad de los actos de los otros poderes del Estado le corresponde al Poder Judicial en general y a la Corte en especial como instancia superior de dicho Poder y esa resulta ser una tarea fuertemente política.

Esta función altamente política y por ello sumamente delicada y conflictiva presenta diversos peligros para la Corte Suprema. Una rápida enumeración de esos peligros nos lleva a considerar, I) la tensión entre la razón de estado y las pretendidas razones jurídicas, el también llamado “decisionismo político”<sup>4</sup>; II) el difuso y complejo límite entre su función de control de actos legislativos o de “legislador negativo” pero vedado el campo de actuación como “legislador positivo” por gracia de la división de poderes que reserva ese ámbito a los otros poderes políticos del Estado<sup>5</sup>; III) el rol de Tribunal más preocupado o por las garantías individuales o por la consolidación del proceso político democrático como proceso de afianzamiento de libertades públicas; IV) la función constituyente y legislativa complementaria que debe inexorablemente asumir la Corte dada la imprecisión, ambigüedad y vacíos que presentan los textos constitucionales<sup>6</sup>; V) la tarea de

---

<sup>3</sup> Según Bidart Campos se trata de un aforismo de Hughes, ob.citada, pág. 18; Hitters Juan Carlos le atribuye la frase a Cooley, Legitimación democrática del poder judicial y control de constitucionalidad, El Derecho, Tª 120, pág.904. Carlos Bidegain en “la Constitución y los jueces (Génesis de un “dicho feliz””, en un boletín de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, publicado por La Ley, Agosto de 2002, pág.4, citando a Dexter Perkins y su libro biográfico sobre el Gobernador y luego Justice Charles Hughes le atribuye la frase al mismo en ocasión de un discurso político como Gobernador del Estado de Nueva York el 3 de mayo de 1907.

<sup>4</sup> Carl Schmitt, “La defensa de la Constitución” pág. 90/91, ed. Tecnos, 1983.

<sup>5</sup> Según la famosa construcción de Hans Kelsen en “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional) 1928”, Revue de Droit Publique; selección de Ruiz Manero, Debate, Madrid 1988.

<sup>6</sup> Ignacio de Otto en “La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional” en Obra colectiva del Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981 vol.3 págs.1947/50 y Francisco Tomás y Valiente, en “Escritos sobre y desde el Tribunal

delimitar la distribución de competencias entre el Estado federal y los Estados miembros.<sup>7</sup>

## **2.- EL CARACTER POCO DEMOCRATICO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

La definición y problemas esbozados en el punto anterior nos enfrentan a una serie de cuestiones sobre las que vasta bibliografía se ha ocupado, donde se producen entrecruzamientos y tensiones entre los principios de la democracia y el democratismo con los de la república y el republicanismo.

Es que si el poder político del Poder Judicial es de tal magnitud nos enfrentamos a una fuerte contradicción con los principios propios de la democracia entendida como gobierno de la mayoría, tanto en su versión representativa-elitista o en su versión representativa-participacionista.

En su versión elitista al estilo Schumpeter, la democracia como competencia electoral entre élites que son elegidas en elecciones libres, genera una fuerte delegación en el ejercicio de la soberanía por parte de la ciudadanía a los representantes; éstos suelen no resultar fiel reflejo de los votantes, tanto por sus:

- l) características personales, sociales, culturales, profesionales, sexuales,

---

Constitucional” , pág.96 , ed. del Centro de Estudios Constitucionales , Madrid 1993 , han advertido sobre esta cuestión.

<sup>7</sup> Según Spota “...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.” Origen histórico del poder político de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en “Función política de la Corte Suprema” , pág. 25 , ed. Abaco , 1998.

económicas, II) por la proporcionalidad de la representación parlamentaria y III) por su comportamiento en el ejercicio del mandato conferido<sup>8</sup>.

Así su carácter mayoritario sólo legitimado por el acto de sufragar resulta dudoso o cuestionado, luego, una fuerte inserción política de un poder elitista a lo Pareto, minoritario y alejado de la elección de las mayorías, por caso un Poder Judicial que ejerza con autoridad la facultad de la revisión judicial, no sería tan contradictorio con los principios democráticos desde que si ellos se materializan a través de una asamblea legislativa que no resulta fiel reflejo de los representados, el control de sus decisiones parecería plausible.

Sin embargo la revisión judicial no resuelve tal problema de representatividad democrática, tan sólo la desplaza de lugar y aún la empeora ya que ni siquiera queda la justificación de la legitimación democrática por la mera participación electoral.<sup>9</sup>

Lo que sigue, es que resulta muy dificultoso y carece de lógico desarrollo justificar el control de constitucionalidad de los actos normativos por parte del Poder Judicial desde la teoría democrática aún en sus versiones elitistas y esgrimiendo el argumento de la débil representatividad parlamentaria.<sup>10</sup>

Resulta obvio que para una idea participacionista de la democracia es aún más complicado justificar la revisión judicial por parte de instituciones cuyos miembros en el desempeño de los roles pertinentes no han sido elegidos por la ciudadanía.

---

<sup>8</sup> Para este análisis puede consultarse Guillermo Molinelli , Clase Política y reforma electoral , Grupo Editor Latinoamericano , 1991.

<sup>9</sup> En este sentido puede verse Carlos Nino , Fundamentos de Derecho Constitucional , Ed. Astrea , 1992 , pag. 687

<sup>10</sup> Véase para esta cuestión Roberto Gargarella , La Justicia frente al Gobierno , Ed. Ariel , 1996 , pág.102/104.

Es sabido que el Poder Judicial ofrece un carácter netamente contramayoritario<sup>11</sup>, se trata del poder más alejado de la manifestación de la voluntad popular. Sus orígenes históricos como organismo que ejerce la facultad de control de las decisiones de las instituciones legislativas se relacionan al carácter representativo-mayoritario de éstas y a los peligros que las minorías acomodadas observaban si no se elaboraba un sistema de frenos y contrapesos, al fin, de limitaciones al carácter participativo y mayoritario de la democracia.<sup>12</sup>

Así resulta que el control judicial de constitucionalidad de carácter difuso (efectuado por todos los jueces, sean de tribunales inferiores o superiores) y al alcance de todos los ciudadanos es el reflejo de una institución nacida y especialmente desarrollada en los EEUU.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Con esa expresión Alexander Bickel , plantea que "...la dificultad radical es que el control judicial es en nuestro sistema una fuerza contramayoritaria ... cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una ley o una acción de un ejecutivo electo , tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora ; ejerce el control , no en nombre de la mayoría , sino en su contra.". The Last Dangerous Branch , Yale University Press , 1962 , pág. 16.

<sup>12</sup> Para este enfoque Roberto Gargarella , ob.citada , capítulo 1. Lo que explica Gargarella es el origen histórico de la revisión judicial , vinculada al carácter sumamente receptivo que de las demandas de la ciudadanía tenían las asambleas legislativas de los 13 estados originarios de la confederación norteamericana. Lograda la independencia , una gran mayoría de la población , en especial los campesinos y los más desaventajados social y económicamente se hallaban sumamente endeudados y presionaban a las legislaturas por leyes que los exoneraran de sus deudas ante el acoso judicial que sentían por parte de sus acreedores. Así las legislaturas comenzaron a ser permeables a los reclamos de las mayorías endeudadas y promovieron la emisión de moneda local para paliar el estado de endeudamiento , obligando a los acreedores a la percepción de sus créditos mediante esos nuevos títulos. Esta suerte de "revolución legal" alarmó a los conservadores y a los Padres Fundadores que a través de El Federalista impulsaron ideas para limitar el poder de las legislaturas que , según decían , se hallaban a merced de mayorías circunstanciales , irracionales y apasionadas. Ese temor y la necesidad de asegurar frenos a las mayorías y presencia y poder de decisión a las minorías se hayan en la génesis histórica de la revisión judicial.

<sup>13</sup> Spota sostiene que el origen de la revisión judicial se relaciona con la necesidad política de establecer la unión entre los 13 estados confederados , en "Seminario sobre jurisprudencia de la CSJN" pág.176 , Educa 1999.

Aún así en EEUU hubieron resistencias por parte de los llamados “antifederalistas” en épocas del nacimiento de la constitución americana y cada tanto se alzan voces que pretenden limitar o eliminar la revisión judicial.<sup>14</sup>

En Europa y especialmente en Francia, el control judicial siempre fue visto con desconfianza y contradictorio con los principios de la soberanía popular; cómo justificar desde una perspectiva rousseauiana que un cuerpo burocrático-administrativo no elegido por los ciudadanos pueda impedir la aplicación de la voluntad del pueblo?

Según Molinelli et al <sup>15</sup>: “...En toda Europa regía, hasta hace relativamente poco tiempo, la llamada “soberanía del Parlamento”, es decir que ningún otro órgano puede enmendarle sus decisiones. No había control de constitucionalidad de leyes. Esta idea sigue vigente en la Gran Bretaña y en algunos otros pequeños países europeos, donde no hay órgano alguno que pueda declarar inconstitucionales leyes del parlamento. En el resto de Europa existen, desde -en general- apenas después de la II Guerra Mundial, órganos no judiciales, compuestos por miembros no-vitalicios y designados por los poderes políticos, que en forma exclusiva y concentrada pueden -generalmente sólo a pedido de funcionarios, diputados, etc.- derogar una ley por inconstitucional. <sup>16</sup>

Por ejemplo, los miembros del Tribunal Federal Constitucional alemán (que funciona desde septiembre de 1951) son designados la mitad por cada cámara del

---

<sup>14</sup> Ferguson John y Dean Mc Henry, *The American System of Government*, Mc Graw Hill, 1965.

<sup>15</sup> Molinelli et al en “La Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a los poderes políticos, a través del control de constitucionalidad, 1983-98”, Instituto de Investigaciones “Ambrosio Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1999.

<sup>16</sup> Según Eliseo Aja en “Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual”, pág. XIV y XV, Ariel 1998, Barcelona, el control de las leyes en Europa se introduce finalmente por razones diferentes a las que se suscitaron en EEUU (según Gargarella), como fórmula para resolver los conflictos que enfrentaban a la Federación y los Estados miembros allí donde se estableció un sistema federal. Sin embargo Spota (ver notas nº 7 y 13) también sostuvo esta idea para explicar el origen de la judicial review.

parlamento, en realidad “negociados entre los dos partidos principales” (The Economist, 7 Ago 1999). El Consejo Constitucional francés esta formado por 9 miembros designados por 9 años, renovables por tercios cada 3 años, de los cuales tres son nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la Cámara baja y tres por el Presidente del Senado. En Italia un tercio de la Corte Costituzionale es designada por el Presidente, un tercio por las dos cámaras y un tercio por los jueces. La Corte Costituzionale funciona desde enero de 1956.

En Francia, por ejemplo, según la constitución de 1958 originalmente sólo el Presidente de la República, el Primer Ministro y cualquiera de los Presidentes de las dos cámaras del Parlamento podían enviar leyes para su revisión al Consejo Constitucional, después de sancionadas y antes de su promulgación. Una vez promulgada, la ley queda inmune a cualquier cuestionamiento. Nueve leyes fueron enviadas hasta 1973 inclusive. En 1974 una reforma constitucional le dio el derecho de envío a 60 parlamentarios y en consecuencia aumentó significativamente el número de tales envíos, que fueron 295 desde 1974 hasta 1993 inclusive.\*(véase infra el cuadro estadístico que detalla los envíos por recurrente) En un caso al menos, una decisión del Consejo, contraria a la constitucionalidad de una ley promovida por el Presidente, provocó la crítica de Le Monde, destacando que “de un lado nueve ‘jueces’, nombrados por los representantes de la mayoría anterior, del otro 15.714.598 ciudadanos franceses que votaron...a favor de Francois Mitterand... Cuál de estas dos legitimidades es más legítima?” (Stone 1992 y 1996, no consultados, citados por Saiegh 1998).

El control judicial sobre leyes –el disponible para todos los jueces y a pedido de cualquier particular afectado- es un invento norteamericano que fue copiado luego en algunos países de América Latina, aunque en muchos casos con notable retraso comparado: por ejemplo, en Chile sólo hay control judicial respecto a leyes

desde 1925, en Uruguay desde 1934 (Fernández Segado, 1996), en Brasil desde 1934 (Barbosa Gomes 1994) y en Ecuador realmente desde 1992 pues antes si el tribunal superior declaraba inconstitucional una ley, el Congreso tenía la última palabra (Pozo Montes de Oca, 1994)..."

### EL CONSEJO CONSTITUCIONAL EN FRANCIA

Número de recursos por año relativos a las leyes ordinarias  
y distribución según el tipo de recurrentes (1960 al 1-3-1997)

	Presidente Sesenta diputados	Sesenta senadores	Primer ministro	Presidente Asamblea Nacional	Presidente del Senado	Presidente de la Republica	Total
Total	191	126	15	3	6	0	341

Fuente: Service de la documentation du Conseil Constitutionnel, citado por Pierre Bon en su capítulo sobre el Consejo Constitucional francés, en “Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, pág. 146, Eliseo Aja (compilador), Ariel 1998, Barcelona.

El Consejo Constitucional francés es creado por una razón estrictamente política , su función es impedir que el Parlamento se salga del papel más limitado que se le ha asignado en la Constitución de 1958 y a fin de reforzar frente a él al poder Ejecutivo. Actualmente está integrado por una mujer y ocho hombres. Cinco designados por un gobierno de izquierda y cuatro por uno de derecha. De ellos sólo dos pueden encuadrar como “jueces publicistas”, uno es profesor de Derecho Público y otro es profesor de Ciencia Política. El control en Francia tiene la peculiaridad de ser mayormente *a priori*, previo a la promulgación de la ley ya decidida y adoptada por el Parlamento. Ello evita los complejos problemas que presenta la declaración de inconstitucionalidad de una ley que ya ha entrado en

vigor y aplicada durante varios años.<sup>17</sup> Se trata por ende de un control eminentemente abstracto. Aproximadamente el 15 % de las leyes votadas por la Asamblea Nacional durante cada año es remitida para que ejerza control de constitucionalidad al Consejo.<sup>18</sup>

El Tribunal Constitucional español que funciona desde enero de 1980 está compuesto por doce miembros nombrados por el Rey por un período de nueve años, de ellos cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos, otros cuatro a propuesta del Senado por idéntica mayoría, dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Se renuevan por terceras partes cada tres años. Están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, y en su caso los órganos de las Comunidades Autónomas. Las sentencias tienen valor de cosa juzgada y producen efectos *erga omnes*.<sup>19</sup>

La idea predominante en Europa y en su teoría constitucional liberal "...se fundamenta en el principio de que el Parlamento es soberano porque es elegido por los ciudadanos y representa a la nación (o al pueblo en la medida en que se amplía el sufragio). Se considera a la ley como el resultado de la racionalidad del sistema político y fuente de legitimidad de la actuación de los demás poderes, el Gobierno y los Jueces. El principio de legalidad obliga al juez a someterse a la ley, a limitarse a la aplicación de la ley ..."<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> A esta cuestión también se refiere Francisco Laporta en "La reinención de la ley", pág.9, artículo publicado en el volumen "Constitucionalismo y Democracia", Universidad de Castilla-La Mancha, 2002.

<sup>18</sup> Para este análisis he seguido a Pierre Bon en su capítulo sobre el Consejo Constitucional francés, en "Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual", pág. 137/170, Eliseo Aja (compilador), Ariel 1998, Barcelona.

<sup>19</sup> Francisco Tomás y Valiente, en "Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional", pág.40/42, ed. del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.

<sup>20</sup> Eliseo Aja en "Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual", pág. XIV, Ariel 1998, Barcelona.

Incluso se ha dicho que el pensamiento americano sostenido en El Federalista por Madison y Hamilton se basaba en la confianza que inspiraban los jueces en general como un grupo selecto y fiable alejado de las presiones populares; en Francia las previsiones respecto de los jueces se relacionaban con las importantes atribuciones que habían tenido antes del proceso revolucionario y se los percibía como una casta privilegiada alejada del pueblo.<sup>21</sup>

Mucho más recientemente, también en España y durante la transición democrática abierta con el fin de la larga dictadura franquista, existía desconfianza respecto a los jueces.

“...Los constituyentes de 1978 tampoco confiaron mucho en la conciencia constitucional de los jueces entonces en activo...”<sup>22</sup> ; “...la regulación del recurso de inconstitucionalidad y su atribución a un Tribunal de vigilancia o control de la legislación ordinaria fue considerado por el portavoz del partido mayoritario en la izquierda como una medida de profundización de la democracia...”<sup>23</sup>; “... la falta de tradición de los Tribunales ordinarios hispanos en la aplicación de la Constitución , conectada a la tolerancia de amplios sectores de la Magistratura con el régimen precedente, generó una desconfianza política no expresa hacia Jueces y Tribunales...”<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Tal cual sostiene Jorge Vanossi en su art. “Recurso extraordinario: Control de Constitucionalidad” en Miller-Gelli-Cayuso , Constitución y Poder Político , Ed. Astrea , 1995 , Tº 1 pág.46/49.

<sup>22</sup> Francisco Tomás y Valiente en ob.citada , pág. 74.

<sup>23</sup> Gregorio Peces Barba , en “Trabajos Parlamentarios. Constitución Española” , pág.3452 II , Servicio de Publicaciones de las Cortes Generales , 1980.

<sup>24</sup> Pablo Perez Tremps, en “El Régimen constitucional español” , I , pág. 237, ed. Labor , Barcelona , 1980.

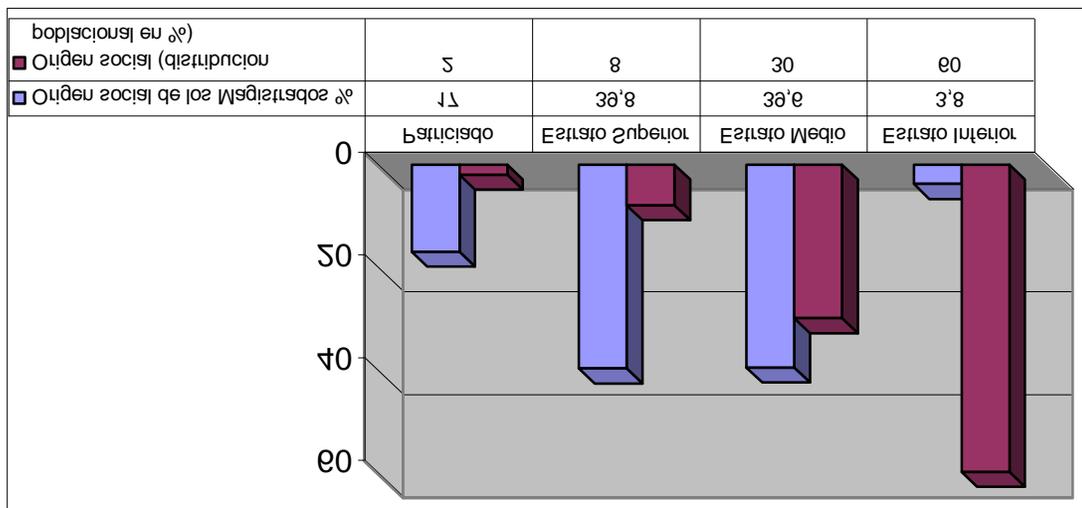
Un estudio sobre nuestro país de la socióloga Ana Kunz<sup>25</sup> demuestra que la extracción u origen social de los jueces que han integrado la Corte Suprema en el período 1930-1983 resulta fuertemente elitista. Dividiendo la estratificación social posible en cuatro categorías<sup>26</sup>, un 17 % 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 sobre-representación de ese estrato en la Corte. 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 sobre-representación; 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 Corte y un 60 % en el total social. Estos datos corroboran que se hayan sobre-representadas en el más alto Tribunal del Poder Judicial las clases más aventajadas de la sociedad argentina y sub-representada la clase baja y mayoritaria de la población.

Según Kunz, este estudio sobre la Corte Suprema de Justicia 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, el 38 % a la clase media y media baja y sólo aproximadamente el 5% a la clase baja.

---

<sup>25</sup> Ana Kunz , “Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983)” en Estudios de Sociología y Metodología , pág.21/24 , ed. Estudio , 2.000.

<sup>26</sup> Esta categorización la toma Kunz de Juan Carlos Agulla en La promesa de la Sociología , Ed. de Belgrano 1985. Según Agulla la composición de los niveles de análisis sería el siguiente: el *Patriciado* se conforma por familias que han tenido en el pasado histórico participación en la estructura de poder en la época de la colonia , la independencia y la organización nacional; el *Estrato Superior* se conforma por familias de hombres de negocios y profesionales económica y socialmente importantes ; el *Estrato Medio* lo forman hombres de negocios de capital mediano , trabajadores calificados y empleados administrativos ; el *Estrato Inferior* lo integran trabajadores semi-calificados ,empleados poco especializados y obreros.



**Relación entre los Orígenes Sociales**

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 pertenecientes al estrato superior avanzan con mayor rapidez en la carrera que los del grado inferior.<sup>27</sup>

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.<sup>28</sup>

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

<sup>27</sup> Walter Richter , “Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik. Eine berufssozialstatistische Analyse” , en Hamburger Jahrbuch fur Wirtschafts und Gesellschaftspolitik , 1960 pág.241-259. Citado por Renato Treves en Sociología del Derecho , pág. 179/180 , Taurus 1978.

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.<sup>29</sup>

Preocupaciones por el sesgo “clasista” en la ocupación de los puestos institucionales de las distintas agencias estatales ya había demostrado Montesquieu, cuando señalaba en relación a las instituciones de Venecia que: "En Venecia, el gran consejo legisla; el pregadi ejecuta; los cuarenta juzgan. Lo malo es que esos diferentes cuerpos los constituyen personas de una misma casta, de suerte que, en realidad, forman un sólo poder"<sup>30</sup> .

También Bertrand de Jouvenel<sup>31</sup> , se preocupó por señalar que los ocupantes de las distintas instituciones deberían provenir de diferentes fuerzas sociales.

Por un lado los riesgos del democratismo mayoritario y las prevenciones que se generan en ciertas minorías con relación a los abusos que las mayorías puedan cometer , por el otro el exceso de republicanismo que “... *cuando se convierte en principio dominante, tiende a ser el gobierno paternalista de una élite auto-designada...*”<sup>32</sup> , la que además de los problemas de legitimación democrática que arrastra , agrega los riesgos (para el caso de la revisión judicial) de una pretendida potestad de interpretación de las normas constitucionales que puede ser sumamente dificultosa y no compadecerse debidamente con la voluntad popular o con la moral media de la población o más específicamente con las ideas o entendimientos que al respecto puedan tener las minorías involucradas por algún texto legal y la interpretación que le pueda dispensar el tribunal de revisión.

---

<sup>28</sup> José Juan Toharia , El juez español. Un análisis sociológico , Madrid 1975 capítulo III.

<sup>29</sup> Cfr. Gargarella , ob.citada , pág. 32 a 42.

<sup>30</sup> Montesquieu, El Espíritu de las leyes, pág. 105.

<sup>31</sup> Bertrand de Jouvenel, El poder. Historia natural de su crecimiento, Ed. Nacional, Madrid, 1956, pág. 341.

<sup>32</sup> Cfr. Guillermo O' Donnell , en Accountability Horizontal , Revista Agora nº 8 , pág.12.

La cuestión de la interpretación o ponderación judicial de los textos constitucionales es arduamente debatida en el campo de la filosofía del derecho y de la filosofía política. Las constituciones presentan ambigüedades, vaguedades y controversias diversas<sup>33</sup> y su articulación con las leyes que reglamentan los derechos fundamentales presenta dificultades y tensiones entre la más amplia discrecionalidad interpretativa que plantean algunos y la restricción interpretativa<sup>34</sup>; entre las denominadas constituciones de detalle o de principios<sup>35</sup> o constituciones procedimentales o sustantivas.<sup>36</sup>

En la línea crítica de las potestades que otorga la revisión judicial, su déficit democrático y comunicacional en lo atinente a la formación de la opinión y moral pública y contradictorias con la preeminencia del legislador se haya Habermas. Quién en todo caso rescata cierta tarea de control normativo de constitucionalidad en tanto "...haya de referirse a las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes, empezando por las estructuras de comunicación de un espacio de la opinión pública cruzado por el poder que ejercen los medios de comunicación de masas..."<sup>37</sup>. El Tribunal de garantías constitucionales debe resguardar un proceso deliberativo-discursivo de legitimación política y normativa formado por una acción comunicativa intersubjetiva entre todos los ciudadanos

---

<sup>33</sup> En esta cuestión puede consultarse , Carlos Nino , Fundamentos de Derecho Constitucional , Buenos Aires , Astrea , 1992 e Introducción al análisis del derecho , Ariel , 1983 , Barcelona ; Jeremy Waldron , Vagueness in Law and language: Some philosophical issues , California Law review 1994 entre otros.

<sup>34</sup> Originalistas como el actual juez de la Corte americana Scalia que restringen a la moral originaria de los Padres Fundadores la posibilidad de la interpretación axiológica de la constitución ("Originalism:The lesser Evil", Cincinnati Law review , 1989) o los que como Dworkin plantean una interpretación abstracta y ampliada en rigor más fiel a las intenciones originarias de los Padres Fundadores. Dworkin vierte esta idea en "A matter of principle" en Harvard University Press , 1985 , también en "Introduction the Moral Reading and the Majoritarian Premise" Harvard University Press , 1996.

<sup>35</sup> Para esta distinción , Ronald Dworkin , "El dominio de la vida" , Ariel , 1998.

<sup>36</sup> Para esta idea , John Ely , Democracy and distrust.A theory of Judicial Review , Harvard University Press , 1980.

<sup>37</sup> Jurgen Habermas , Facticidad y validez , pág.338 , ed. Trotta , 2001.

que implica una relación comunicacional en sentido estricto con actores sociales en paridad de condiciones para influenciarse mutuamente a través de una comunicación dialógica.<sup>38</sup> Se trata de una idea fuertemente deliberativa de democracia y limitativa de la función judicial que debe operar “...en el sentido de que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una política deliberativa que son las que fundan legitimidad...”<sup>39</sup>

Así la jurisdicción de la justicia constitucional y su facultad de revisión de actos legislativos debe limitarse a garantizar el procedimiento democrático de circulación de funcionarios políticos y de su accionar gubernamental y legislativo y las condiciones de una participación no sólo cuantitativa sino también cualitativa de la sociedad.

Se ha sostenido que una forma de superar el problema de la escasa legitimidad del control de constitucionalidad judicial es resguardar dicha facultad a efectos de proteger el proceso político en tanto sea republicano y democrático. Ello implica que la Corte Suprema abandone el rol de Tribunal guardián de derechos sustantivos subjetivos y particulares adoptando el de guardián de derechos subjetivos públicos. De ese modo la revisión judicial sólo será utilizada para proteger al proceso político democrático y las declaraciones de inconstitucionalidad serán reservadas si éste se ve afectado.<sup>40</sup>

Se ha propuesto como procedimiento democratizador ante una inconstitucionalidad decretada por el Poder Judicial, que el Parlamento ratifique la validez del texto impugnado mediante una mayoría especial en combinación con

---

<sup>38</sup> Para el desarrollo de este concepto de comunicación en Habermas debe verse su “Teoría de la acción comunicativa”, Ed. Taurus, Madrid, 2001. También puede consultarse en este mismo volumen el capítulo “Del Partido de masas al Partido Político mediático.”

<sup>39</sup> Jürgen Habermas, Facticidad y validez, pág.348, ed. Trotta, 2001.

<sup>40</sup> Cfr. Jonathan Miller, Control de constitucionalidad: El poder político del Poder Judicial y sus límites en una Democracia, El Derecho Tº 120, pág. 921 y sigtes.

una consulta popular en la cual la ciudadanía pueda avalar la norma en crisis. Vanossi propuso incorporar a la Constitución un artículo que dijera: “Si la declaración de inconstitucionalidad afecta a una norma contenida en una ley, en las sesiones del año siguiente el Congreso puede sancionarla nuevamente, requiriéndose la mayoría de las tres cuartas partes de cada cámara. En este caso la norma queda exenta del control de constitucionalidad.”<sup>41</sup>

Otra perspectiva sostiene que la entelequia de la “voluntad popular” y los problemas de la teoría de la representación, en parte ya tratados supra, no los sufre el Poder Judicial ya que a pesar de no hallarse legitimado por la elección directa de la ciudadanía, la cuestión quedaría zanjada por ser el poder *más cercano al pueblo*. Este accede a dicho Poder, sencillamente a través de una demanda, dedicándose la justicia a resolver los problemas cotidianos de la ciudadanía por su contacto directo y permanente con los interesados.<sup>42</sup>

Este tipo de enfoque parece más bien encuadrado en la idea de la justicia guardiana de derechos subjetivos sustantivos. Si se la justifica por su mayor cercanía con los ciudadanos puede verse inicialmente como más democrática, sin embargo el seguro “activismo” de una Justicia así legitimada, corre gran riesgo de caer en un exceso de subjetivismo o individualismo entorpeciendo procesos sociales y/o estatistas de inclusión y consagración de derechos sociales y expansión de políticas de intervención estatal tendientes a solucionar problemas generados por desequilibrios económicos, desigual distribución de la riqueza etc. Los autores que pretenden zanjada la cuestión de la legitimidad democrática por la cercanía con la población, esgrimen también como argumentos que, i) la Corte Suprema no está privada de representatividad porque pese a estar compuesta por

---

<sup>41</sup> Jorge Vanossi , Teoría Constitucional , 1976 , pág.138/139.

<sup>42</sup> Cfr. Mauro Cappelletti , El formidable problema del control judicial... , 1980 , citado por Juan Carlos Hitters en Legitimación democrática del Poder Judicial y control de constitucionalidad , El Derecho tº 120 , pág.904 y sigtes.

jueces designados en forma vitalicia se renueva en promedio un miembro cada 22 meses lo que significa un recambio y circulación de esta elite política más dinámico que el de los otros poderes<sup>43</sup>, ii) también que la Corte es custodio del principio de legalidad al cual están sujetos los órganos de gobierno en un Estado de Derecho. Por ende siendo la norma creada por los representantes del pueblo quién la aplica goza aunque indirectamente de esa representatividad.

Respecto del argumento de la circulación dinámica de los integrantes de la Corte que es presentada positivamente por Dahl como muestra de que la Corte Suprema de EEUU no carece de legitimación democrática, resulta paradójico que otros autores<sup>44</sup> presentan a la escasa duración de los Ministros de la Corte en el cargo negativamente, como un impedimento para el desarrollo de un Poder Judicial independiente, comparando los 4,4 años promedio que dura un juez en la Corte argentina con los 18,8 años que dura en la Corte de EEUU.

La misma categoría de análisis presentada en forma invertida es utilizada por distintos autores para justificar posiciones absolutamente contrarias, pero que en el fondo pretenden justificar la facultad de la revisión judicial, una por su democraticidad (Dahl), la otra por su independencia.

Respecto del principio de legalidad del cual resulta custodio el Poder Judicial, el mismo debe ser articulado con el principio de previsibilidad, por el cual los jueces deben prever las consecuencias de sus decisiones en resguardo de intereses superiores a los meramente técnico-jurídicos que incluso pueden llegar a requerir

---

<sup>43</sup> Robert Dahl en *Decision Making in a Democracy :The Supreme Court as a National Policy – Maker* , 1957 pág.279-295 citado por Hitters en ob. citada , pág. 906.

<sup>44</sup> Iaryczower , Spiller , Tommasi , “La toma de decisiones judiciales en ambientes de inestabilidad , 1935-1998.Un enfoque estratégico para entender el comportamiento del CSJN” , ponencia presentada en la Conferencia sobre “Reforma Política y el Funcionamiento de las Instituciones en la Argentina” , CEDI-FGS , 2.000.

que sea declarada la inconstitucionalidad de una ley constitucional o viceversa , en pos de no generar resultados aún peores que aquellos que se querían evitar.<sup>45</sup>

En este sentido hay variados fallos tanto de la Corte de EEUU como de la Corte argentina.<sup>46</sup>

Ello implica que habría que examinar la cuestión desde la perspectiva del óptimo funcionamiento del sistema político, entendiéndolo como democrático y analizar qué opción resulta más democrática y/o funcional al sistema.

Dicho de otro modo, ¿qué Poder Judicial resultará *más democrático o si se prefiere menos antidemocrático?*, i) aquél guardián de derechos individuales a los que deberá positivamente responder si es que pretende legitimarse por su cercanía cotidiana con el pueblo a través de su ejercicio jurisdiccional, pues de otro modo la instauración de demandas con resultado negativo que no resuelvan las cuestiones planteadas en la puja de un individuo contra actos administrativos o legislativos restarán esa pretendida legitimidad sencillamente por la inutilidad de su prestación (*el consenso se presta no por desarrollos teórico-prescriptivos, sino por la solución de problemas concretos*)<sup>47</sup>, ii) o aquél guardián de derechos sociales o públicos en pos del óptimo funcionamiento y desarrollo del sistema

---

<sup>45</sup> Cfr. Sagüés Nestor en El Derecho , Tº 118 , pág.909 del 21 de abril de 1986.

<sup>46</sup> En 1987 al declarar nuestra Corte la constitucionalidad de la Ley de Obediencia Debida el Ministro Petracchi dijo en su voto que : “Debe quedar en claro que la obediencia ciega y nuestro orden constitucional se excluyen mutuamente...” sin embargo “...esta ley no puede interpretarse con olvido de la particular coyuntura política que la motiva ni con indiferencia por los efectos que podría desencadenar su invalidación...” En otro caso de excepcional importancia , “Peralta c/Estado Nacional” sobre el llamado Plan Bonex , el 27 de diciembre de 1990 la CSJN dijo : “...la división de los poderes no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, de modo que cada uno de sus departamentos actúe aisladamente, en detrimento de la unidad nacional , a la que interesa no sólo la integración de las Provincias y la Nación, sino también el armonioso desenvolvimiento de los poderes nacionales...puede reconocerse la validez constitucional de una norma porque ha mediado una situación de grave riesgo social , frente a la cual medió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas...”

<sup>47</sup> Cfr. Jorge O.Bercholz en Niveles de legitimación y expansión de la democracia en la Argentina pág.55 , en “Democracia 15 años de Estado de Derecho” Cedyys , 1998.

político democrático (o del sistema político que fuese si es que goza de legalidad y legitimidad ).<sup>48</sup>

La supuesta legitimación democrática del Poder Judicial merced a su cercanía con los ciudadanos, puede traer activismo y expansión hacia temas diversos dada la mayor receptividad a planteos por cuestiones vinculadas a derechos individuales, entendiéndose por tal cosa una propensión a considerar como bienes jurídicos a tutelar con más énfasis, aquellos que resguardan a los individuos de los abusos de la administración <sup>49</sup> (*inteligencia intrínseca en su caracterización*), que pueden entorpecer por ejemplo procesos de sindicalización, consagración de derechos sociales y expansión de políticas estatales de seguridad social o intervencionismo en materia económica.

En este sentido nuestra Corte parece más amplia y receptiva que la de los EEUU, la que se rige por el instituto del *certiorari* <sup>50</sup>, si bien limitada ahora por la ley 23.774 que reformó en Abril de 1990 el artículo 280 del Código Procesal<sup>51</sup>. Pero

---

<sup>48</sup> De acuerdo a la distinción ya mencionada de Jonathan Miller , citado en la nota nº 48.

<sup>49</sup> Resguardo del tipo “libertad de” o “libertad negativa” según la conocida distinción de Isaiah Berlin , que remite a la defensa de la privacidad de los individuos respecto del avance del poder político , idea afín al liberalismo individualista y diferente a la “libertad para” o “libertad positiva” que remite al participacionismo democrático de los ciudadanos en la actividad política y en el proceso de toma de decisiones sobre cuestiones públicas y/o de gobierno.

<sup>50</sup> El instituto del certiorari le otorga a la Corte estadounidense la facultad discrecional de admitir recursos extraordinarios si se considera que el caso lo merece por su gran trascendencia nacional, política o social o por haber ocupado la atención de la *opinión pública*. Debe ser propuesto el tratamiento del caso por lo menos por 4 jueces de la Corte (sobre 9 integrantes) y su creación fue motivada por la necesidad de cambiar el sistema de revisión judicial a efectos de restringir la jurisdicción obligatoria del Alto Tribunal, aumentando su poder discrecional de revisión, dada la gran cantidad de casos y cuestiones que eran sometidas a la jurisdicción de la Corte. Para reducir las causas a un número razonable y que la Corte pudiera atender con prontitud los requerimientos de las expandidas funciones del estado moderno, en febrero de 1925 se sanciona la ley judicial de reformas que introduce el denominado writ of certiorari por el cual se estrecha la competencia de la Corte y se le otorga el amplio poder discrecional comentado. Hemos seguido para este análisis a Augusto Morello , La Corte Suprema en acción , Ed. Abeledo Perrot , 1989.

<sup>51</sup> El citado artículo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación permite a la CSJN por su mera invocación el rechazo de la instancia sin más fundamentación. La Corte por su sana discrecionalidad puede rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o por carecer la causa de de trascendencia. Sin perjuicio de ello , de este trabajo se podrán obtener conclusiones tendientes a determinar si no ha existido una especie de discrecionalidad en nuestro

como he planteado esa receptividad no necesariamente se traduce en democratización. Tal vez resulte disfuncional a la democracia desde un análisis sistémico por el entorpecimiento que implica una fuerte defensa de derechos individuales sin observar la marcha de los procesos políticos, económicos y sociales, dicho así la CSJN puede ser catalogada de liberal, en algún sentido de republicana pero también de poco democrática o de antidemocrática.<sup>52</sup>

Sin embargo en el caso específico de la Argentina se presenta una dificultad más y para nada menos importante, por el contrario, una verificación de lo acontecido en los hechos de los últimos 50 años (1930-1983) previos a la restauración democrática, hacen al análisis que sigue más que plausible.

Me refiero a la crisis institucional y de legitimidad política del período citado, con un recurrente ejecutivo de facto sin legalidad, por ende con problemas en su legitimidad de origen y excluida la actividad política partidaria y la representación parlamentaria. En ese contexto podría retomarse la idea comentada supra de una Justicia que por su cercanía con el pueblo, dada su actividad jurisdiccional, aparece más legitimada desde el punto de vista de la democracia. Ello en comparación con un ejecutivo de facto parece visto desde los hechos duros de la realidad como un bálsamo a la crisis del régimen político.

Dicho de otro modo, ante la absoluta crisis de la democracia como sistema representativo de la voluntad popular, el Poder Judicial y la Corte como su órgano superior fueron, comparados con los otros dos poderes políticos del Estado, los que mantuvieron más fielmente su “democraticidad”, entendida ésta al menos, por

---

país por vía de lo que denominaremos *defecto formal* o rechazo por cuestiones técnicas. Debe aclararse que en nuestro país la regla es la de la admisibilidad para acudir ante la CSJN la que en su caso podrá desestimar la presentación. En los EEUU, la regla es la restricción y la amplia discrecionalidad de la Corte para la admisibilidad de la vía extraordinaria.

su contacto permanente con la población a través de la mecánica de las demandas judiciales y el ejercicio jurisdiccional propio del Poder Judicial.<sup>53</sup>

La Corte Suprema tuvo en períodos de facto más de una intervención contraria al deseo del ejecutivo: I) limitaciones al ejercicio de la facultad de detención en el marco del estado de sitio (por ej. el caso Timmerman) , II) la aparición del recurso de amparo , III) la causal de arbitrariedad.

Así, la azarosa vida política del país en los años de constante crisis merece una mirada realista sobre el papel que desempeñó la Justicia en general y la CSJN en particular en el ejercicio del discutido control judicial de constitucionalidad; sin perjuicio de ello la actual etapa de estabilidad democrática al menos a nivel régimen político<sup>54</sup>, hace más pertinentes los debates sobre la cuestión de la legitimidad democrática del Poder Judicial.

### **3.- ¿QUÉ GRADO DE INDEPENDENCIA DE LA CORTE SUPREMA A EFECTOS DE LA FUNCIONALIDAD DEL SISTEMA POLÍTICO?**

Habría que examinar además el grado o nivel deseable, plausible de independencia del Poder Judicial en general y de la CSJN en particular, respecto de los otros poderes políticos del estado a efectos de la gobernabilidad o funcionalidad del sistema político.

---

<sup>52</sup> Recuérdense las tensiones generadas con las políticas del New Deal bajo la presidencia de Roosevelt quién veía entorpecida por la Corte su política de intervencionismo económico ; en nuestro país es paradigmático el juicio político que impulsó el peronismo en 1946.

<sup>53</sup> Autores como Bidart Campos , Morello y Oyhanarte rescatan positivamente la actuación de la CSJN en épocas de facto , considerando las circunstancias.

<sup>54</sup> Cfr. Jorge O.Bercholz en ob.citada pág. 58/60 , en “Democracia 15 años de Estado de Derecho” Cedycs , 1998.

Dicho de otro modo, cuando se refiere a la independencia de la CSJN, se debe considerar la necesaria armonía que requiere la administración estatal y la toma de decisiones políticas a efectos del funcionamiento del estado y para evitar su parálisis.<sup>55</sup>

Subsiste en la sociedad una expectativa más bien ingenua o inocente respecto al grado o nivel posible/deseable de independencia de la Justicia.<sup>56</sup>

Molinelli<sup>57</sup> sostiene que en nuestro país no se entiende bien el tema de la independencia judicial en el marco de un sistema democrático, muchos confunden independencia con aislamiento total, lo que para otros autores no es óptimo<sup>58</sup>, además de las dificultades para establecer un criterio que defina la independencia o dependencia de un juez.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> En este sentido Julio Oyhanarte en "Historia del Poder Judicial" artículo publicado en "Todo es historia" 1972.

<sup>56</sup> Por lo demás la cuestión de la independencia de la justicia no sólo debe abordarse respecto de los otros poderes políticos del Estado. La justicia puede ser dependiente, en el mal sentido, del clamor de la mayoría descuidando a las minorías o de intereses poderosos de ciertas minorías descuidando a las mayorías populares. También algunos autores sostienen que la dependencia interna de la propia estructura judicial es un problema casi mayor que el de la relación con los órganos políticos. En este sentido Zaffaroni en "El poder judicial y el poder" en El sistema penal argentino, pág. 48, Ad hoc, 1992. Binder en "Independencia judicial y delegación de funciones", pág.305, hace referencia a la dependencia de la justicia de su propia estructura burocrática interna, existente en los propios juzgados dada por la excesiva carga de trabajo y por la rutina del mismo.

<sup>57</sup> Molinelli N.Guillermo, "Nadie es profeta en su tierra. Sobre la selección de los jueces: una disidencia", Sentencia, año I n° 5, noviembre 1992.

<sup>58</sup> Correa Sutil Jorge, "Formando jueces para la democracia", Revista de Ciencias Sociales, n° 34/35, Valparaíso, 1989-90 y Fiss Owen, "The Right Degree of Independence" en Stotzky Irwin P. (ed.), Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary, Westview, 1993, citados también en Molinelli et al ob.citada.

<sup>59</sup> Según Molinelli et al (1999) ob.citada "...No es fácil determinar cuándo un juez, un tribunal colegiado o un Poder Judicial es en los hechos independiente. El concepto de independencia de un juez o de un tribunal se refiere, tal como ha sido y es usado generalmente, a que el juez o tribunal deciden los casos por sus méritos, según su leal saber y entender (equivocado para otros o no), es decir, sin que sea determinante el deseo de congraciarse con alguna autoridad (ejecutiva, legislativa, etc.), con alguna de las partes, o con la opinión pública (desde una muchedumbre exigiendo una cierta decisión, hasta la presión de los medios de comunicación). Se notará que se ha usado la palabra "deseo", lo que sugiere un elemento subjetivo, imposible normalmente de conocer (salvo confesión -sincera- o similar). Además, el mero hecho de que un juez decida a favor de una de las partes, el Estado, no puede interpretarse en sí mismo como falta de independencia. Los jueces deben dar la razón a alguna de las (usualmente) dos partes y bien

Ello resulta más perentorio aún, si se trata de países como la Argentina donde han escaseado las políticas de estado (entendidas como las coincidencias básicas entre fuerzas políticas distintas respecto de temas fundacionales), obsérvese que, como ya he dicho, los últimos 50 años han entregado ejes de legitimidad política contradictorios y/o aún excluyentes a saber: I) movimientismo-partidismo; II) ciudadanía-corporativismo; III) democracia-dictadura; IV) primermundismo-tercermundismo; V) estado de bienestar-estado liberal; VI) intervencionismo económico-libre mercado; etc.<sup>60</sup>

¿Cómo resolver semejantes cuestiones? En tanto sucesión de gobiernos de facto como de iure con ejes de legitimidad tan excluyentes, necesariamente se requiere cierta armonía, cierto nivel de coincidencias políticas con los hombres que desempeñan los roles de control constitucional de los actos administrativos y legislativos de los otros poderes políticos del estado.

Ello no quita la independencia de criterio en el control de constitucionalidad a fin de evitar abusos o avasallamientos de derechos fundamentales y en su caso admite decisiones innovadoras, armónicas con tendencias jurídicas mundiales o que recepte novedades culturales, comerciales, sociales. Pero no parece plausible pedirle a la CSJN el diseño de políticas alternativas a través de su poder de control y veto, a contramano del poder legitimado para tomar decisiones políticas; resulta impensable una CSJN en puja permanente con los otros poderes políticos del Estado en debate sobre las políticas de Estado.

Dice Oyhanarte en su Historia del Poder Judicial: "...O hay armonía entre la Corte Suprema y los poderes políticos, en cuyo caso todo va bien o hay conflicto; y si

---

puede ocurrir que la razón la tenga el Estado. Además, una coincidencia con la posición del Estado puede muy bien reflejar una formación intelectual común ..."

<sup>60</sup> Para este análisis Carlos Strasser en "El orden político y la democracia", ed. Abeledo Perrot, 1986.

hay conflicto, la Corte comienza actuando como una superlegislatura y atribuyéndose facultades equivalentes al veto, y termina siendo derrotada, con deterioro de su prestigio y de su independencia. Porque es el “poder” más débil y la dura ley de la realidad política decide que los “poderes” más débiles siempre pierdan... En tanto y en cuanto favorece la eficiencia del sistema y ahorra choques dañosos, pues, la armonía es deseable. Y para que ello sea posible los ministros de la Corte Suprema, aparte de su capacidad profesional, deben tener sensibilidad política, mentalidad de estadistas y pensamiento afín con el de los que gobiernan”.<sup>61</sup>

En el mismo sentido el Ex Presidente del Tribunal Constitucional Español e integrante de ese cuerpo durante más de doce años Francisco Tomás y Valiente sostiene que: “La pluralidad de órganos constitucionales y la equiparación de rango entre ellos constituyen la versión de la división de poderes en el moderno Estado Constitucional de Derecho. Las funciones específicas de tales órganos son por fuerza diferentes entre sí ya que implican la razón de ser de cada uno de ellos y la justificación de su independencia relativa, pero a su vez los órganos constitucionales están por fuerza interrelacionados y deben estar coordinados entre sí, porque el Estado es uno.”<sup>62</sup>

Por ello creo que debe tratarse la cuestión de la independencia de la CSJN con estas limitaciones y referir a la independencia de la Justicia en términos relativos. Se ha sostenido con un insoslayable criterio sistémico de gobernabilidad y aún de preservación de la cabeza del Poder Judicial, que el poder político de la Corte debe armonizar con las políticas de estado legitimadas por la sociedad y ejercidas por los otros poderes políticos del estado y allí es donde se articula su poder de control y veto.

---

<sup>61</sup> Julio Oyhanarte , ob.citada pág.90.

<sup>62</sup> Francisco Tomás y Valiente , en “Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional” , pág.38 , ed. del Centro de Estudios Constitucionales , Madrid 1993.

Y ello resulta así porque *“...a diferencia de lo que acontece en otros países, entre nosotros la Corte Suprema tiene sobre sí graves responsabilidades de carácter extra o supra judicial. Una de ellas tal vez la de mayor relevancia, es el control de constitucionalidad de las leyes, de los actos administrativos y de la sentencias...”*<sup>63</sup>

También dice Oyhanarte en su Historia del Poder Judicial: “El sistema político tolera cierto tipo de conflictos salvables entre órganos del Estado. Otros en cambio son insalvables. Son los conflictos que el sistema necesita vitalmente eliminar para poder funcionar. O el conflicto desaparece o el Estado se paraliza. El conflicto debe desaparecer y el modo de que desaparezca por lo común consiste en la derrota de la parte más débil. Tal es la dura ley de la historia. No tiene nada que ver con los principios, pero sí con la inflexible y a veces implacable dinámica del poder.” Una lectura bien politológica y sistémica por parte de Oyhanarte quién cita el caso del New Deal, del juicio político a la Corte en 1947 y de los cambios de Ministros por los gobiernos de facto de 1955 y 1966 como pruebas históricas de tal aserto.

Se ha dicho sobre las ideas de Oyhanarte que “El derecho constitucional y la actuación de la Corte Suprema no se comprenden acabadamente si no se los incluye en la realidad política que les es propia. El carácter instrumental de las formaciones constitucionales, la necesidad de insertar la actuación de la Corte en el esquema de función gubernamental-función de control de los poderes de gobierno y la necesidad de ponderar las consecuencias sociales de las decisiones de los jueces son algunas de las tesis remarcadas por el Dr. Oyhanarte y que manifiestan la dimensión política del fenómeno constitucional.”<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Cfr. Julio Oyhanarte , art. citado , pág.89/90.

#### 4.- ¿QUÉ CORTE TENDREMOS?

Jueces “civilistas” o “publicistas”?, que reflejen fielmente la composición socioeconómica de la población o que sean reclutados de una élite acomodada?. Tribunal guardián de derechos individuales o del proceso político?, permisivo, moderado, activista u hostil?, que ejerza control constitucional de normas en forma activa o restringida?

Un proceso político estable y consolidado facilita el desarrollo de instituciones con un comportamiento más independiente y sofisticado. Quién fuera por más de doce años miembro del Tribunal Constitucional español el prestigioso Francisco Rubio Llorente sostiene que: “...una deliberada decisión de *self restraint*, que personalmente he defendido por considerarla indispensable, en los tiempos iniciales de la restauración democrática, pero cuya necesidad disminuye tal vez a medida que la estabilidad del sistema constitucional se afirma.”<sup>65</sup>

Las datos sobre el comportamiento de nuestra Corte desde 1983 presentan algunos indicadores en ese sentido, pero según se ve en estos días el proceso político en nuestro país se haya consolidado en algún sentido pero amenazado por graves riesgos en varios aspectos.

Por ello resulta recomendable tener como prioridad en la conformación de nuestra Corte Suprema y sin perder de vista las condiciones políticas, económicas y sociales objetivas de la Argentina, 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. Para ello parece recomendable exigir

---

<sup>64</sup> Alfonso Santiago , Función política de la Corte Suprema , pág.9 , Ed. Abaco de Depalma , 1998.

<sup>65</sup> Francisco Rubio Llorente , “La forma del poder. Estudios sobre la Constitución” , pág. 427 , ed. del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid , 1997.

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.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en relación con la doctrina de división de poderes y la necesaria armonía que debe existir entre los tres poderes que: “El sistema republicano de gobierno establecido por la Constitución Nacional supone que el accionar de los tres poderes del Estado es armónico y coordinado, pues si bien cada uno de ellos tiene ciertas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí. Una solución contraria descompensaría el sistema constitucional, que se funda en la posibilidad de que cada poder actúe con el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales”<sup>66</sup>

Excede los propósitos de este trabajo expedirse con detenimiento sobre las características jurídicas y procedimentales de las responsabilidades y atribuciones que una Corte Suprema de este tipo debiera tener, pero parece prudente esbozar que ayudaría a mejorar su ajada credibilidad y legitimidad política 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 deseable<sup>67</sup> 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

---

<sup>66</sup> La Ley, 1997-D, pág. 264.

<sup>67</sup> 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 insostenibles para el sistema. Dicho de otro modo, lo deseable sería la no incumbencia en las denominadas “political

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...”<sup>68</sup>

La excesiva carga recaída y a recaer sobre nuestra Corte tiene un aspecto cuantitativo y otro cualitativo. El ya referido activismo y la función de la Corte como Tribunal de Garantías de un sistema de control difuso la sobrecargan con el tratamiento de cuestiones ordinarias que podrían ser filtradas o tratadas por instancias previas del Poder Judicial sin comprometerlo en ello al máximo Tribunal. 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.

Sabido es que las cuestiones tributarias provinciales han sido las más conflictivas en la historia del Estado Argentino. Asimismo en la actual crisis del Estado Nacional, las provincias y sus gobernadores han jugado un rol de gran presión y tensión en las extenuantes pulseadas por la coparticipación de los ingresos tributarios que no hacen más que reconfirmar las tensiones observadas históricamente. También en la resolución de la crisis institucional han jugado un rol preponderante. 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. Ya se mencionan reiteradamente procesos de fusión entre provincias que generarán nuevos

---

question” y el ejercicio del “self-restraint” que autolimita al Tribunal hasta lo políticamente admisible y posible.

<sup>68</sup> Francisco Tomás y Valiente en ob.citada , pág. 50.

conflictos y tensiones políticas ante la conformación de poderes más centralizados.

En este sentido la íntima relación entre el federalismo y la justicia constitucional hace que un Tribunal Constitucional adquiriera una vital importancia en un Estado Federal cuya esencia es la distribución del poder entre el Estado y una pluralidad de órganos territoriales.<sup>69</sup> 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”.

Debiera 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 nuestro 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

---

<sup>69</sup> Se ha visto en capítulo precedente 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.

credibilidad que merece ser resguardada para el óptimo funcionamiento institucional del Estado.<sup>70</sup>

Una recomendación posible es la de dividir el funcionamiento de la Corte en salas reservando por supuesto una sala especial para el tratamiento de las cuestiones sobre constitucionalidad de las normas y actos legislativos de los otros poderes del Estado. Últimamente se ha especulado en algunos medios de comunicación con la existencia de un proyecto en ese sentido impulsado por algunos ministros de la Corte.

La otra alternativa utilizada mayoritariamente en Europa continental es la de un Tribunal Constitucional con control concentrado reservado para las cuestiones de constitucionalidad de normas. Esta fórmula exigiría la creación de una especie de Tribunal Superior o de Casación para entender como última instancia en cuestiones ordinarias no vinculadas al control de constitucionalidad de los actos legislativos de los otros poderes del Estado.

Así se disminuiría y canalizaría más funcionalmente la constante tensión que el control de constitucionalidad genera y para el que están habilitados para expedirse en un sistema difuso todos los jueces del país lo que pone en evidencia una falta absoluta de especialización tal cual reclaman algunos autores. En este punto remito a lo expuesto en el capítulo sobre jueces “civilistas” o jueces “publicistas”<sup>71</sup> en donde se observan recomendaciones para que tan delicada tarea recaiga en jueces especializados.

---

<sup>70</sup> Francisco Rubio Llorente en su ob. citada , pág.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...”

<sup>71</sup> Jorge Bercholc , “La independencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los otros poderes políticos del Estado , a través del control de constitucionalidad , 1935-1998” , Cedycc , 2003.

En su caso los jueces ordinarios pueden resguardar para sí lo que en los sistemas europeos se denomina “cuestión de inconstitucionalidad”. Se trata de una consulta sobre la constitucionalidad de una norma aplicable para el caso concreto al Tribunal Constitucional quién es el que se expide y único órgano en condiciones de sancionar la inconstitucionalidad de la misma. De ese modo más ordenado se contemplaría la intervención de la última instancia de Justicia Constitucional en el tratamiento de los reclamos de particulares en defensa de sus derechos individuales.

Finalmente parece aconsejable la prudencia en las demandas de renovación del Tribunal. Al menos hasta que se discuta con seriedad y profundidad y se sepan las características y atribuciones que se pretenden de la Corte Suprema y para ello el perfil sociológico y técnico de los jueces que la integren.

Por lo dicho, un breve catálogo de recomendaciones para la configuración de cambios en la Corte Suprema podría ser el siguiente:

- a) Un Tribunal integrado mayoritariamente por jueces “publicistas”.
- b) Limitación del compromiso del Tribunal tanto cuantitativa como cualitativamente a través de mecanismos que alivianen la carga competencial en esos dos aspectos. Así se reservará al Tribunal como guardián del proceso democrático y del rediseño estatal en relación a la conformación de órganos supranacionales.
- c) Una alternativa más simple de instrumentar es la creación de salas especializadas , reservando una sala constitucional para el ejercicio del control de normas y los problemas de competencias interestatales.

d) Otra alternativa es la de crear un Tribunal Constitucional de control concentrado lo que garantiza especialización evitando la dispersión del control difuso. La especialización resulta una cuestión más perentoria aún considerando la otra función fundamental que corresponde al más alto Tribunal, la distribución de competencias entre el estado federal y los estados provinciales, que he esbozado y sugerido, será un tema de alto voltaje en el futuro cercano.

Puede resultar eficaz examinar e instrumentar alguna técnica similar al control apriorístico que utiliza el Consejo Constitucional francés. Las sugerencias implican en alguna medida una revisión de las ideas tradicionales en torno a la división de poderes, ya que la creación de un Tribunal Constitucional resultaría en su caso un poder nuevo que no pertenecería al Poder Judicial.

## **BIBLIOGRAFIA CITADA Y CONSULTADA**

AJA Eliseo (compilador), "Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, Ariel 1998 , Barcelona.

AGULLA Juan Carlos, La promesa de la Sociología, Ed. de Belgrano 1985.

BACHOF Otto, "Jueces y Constitución , Editorial Civitas, Madrid , 1985.

BARBOSA GOMES Joaquín, La Cour Supreme dans le Systéme Politique Brésilienne, Librairie General de Jurisprudence, París, 1994

BERCHOLC, Jorge O. y otros, "Niveles de legitimación y expansión de la democracia en la Argentina" en Democracia 15 años de Estado de Derecho, Ed. Estudio-Cedycs, 1998.

BERCHOLC Jorge, "La independencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los otros poderes políticos del Estado, a través del control de constitucionalidad, 1935-1998", Cedycs, 2003.

BERLIN Isaiah, “Dos conceptos de Libertad”, en Libertad y necesidad en la historia, Revista de Occidente, 1974.

BINDER Alberto, “Independencia judicial y delegación de funciones”, en Doctrina Penal, Teoría y Práctica, nº 46/47, 1989.

BICKEL Alexander, The Last Dangerous Branch, Yale University Press, 1962.

BIDART CAMPOS Germán, La Corte Suprema, ed. Ediar, 1984.

BIDEGAIN Carlos María, “Control judicial y control político de constitucionalidad en la Argentina”, El Derecho Tº 87.

BIDEGAIN Carlos María, “La Constitución y los jueces” (Génesis de un “dicho feliz”), Boletín de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, publicado por La Ley, Agosto de 2002,

BOBBIO Norberto, El futuro de la democracia, Plaza y Janés, 1985.

BOFFI BOGGERO Luis María, “La teoría de la separación de los poderes y el gobierno de los jueces”, El Derecho, Tº 12.

BON Pierre. capítulo sobre el Consejo Constitucional francés, en “Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, Eliseo Aja (compilador), Ariel 1998, Barcelona.

BOTTONI Ma. Alejandra y NAVARRO Marcelo, “El control de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, La Ley, 22 de diciembre de 2000.

CAPPELLETI Mauro, “Le contrôle juridictionnel des lois, Aix-en-Provence, 1986

CARRIÓ Alejandro, La Corte Suprema y su independencia, Abeledo Perrot, 1996.

COOK Beverly, “Women on Supreme courts. A Cross-national Analysis”, trabajo presentado en el XIII Congreso de la International Political Science Association.

CORREA SUTIL Jorge, “Formando jueces para la democracia”, Revista de Ciencias Sociales, nº 34/35, Valparaíso, 1989-90.

DAHL Robert en Decisión Making in a Democracy :The Supreme Court as a National Policy–Maker, 1957.

D'AMBROSIO A., "Fundamentos del Proyecto de Juicio Político a la Corte Suprema", Trámite Parlamentario, Cámara de Diputados de la Nación, 1993.

DWORKIN Ronald, "A matter of principle", Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald, "Introduction the Moral Reading and the Majoritarian Premise", Harvard University Press, 1996.

DWORKIN Ronald, "El dominio de la vida", Ariel 1998, Barcelona.

EDELMAN Martín, "The judicial elite of Israel", International Political Science Review, Vol.13 nº 3.

ELY John, Democracy and distrust. A theory of Judicial Review, Harvard University Press, 1980.

FAYT Carlos, Supremacía Constitucional e independencia de los jueces, Ed. Depalma, 1994.

FERRERES COMELLA Víctor, Justicia constitucional y democracia, Ed. del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

FERGUSON John y DEAN Mc Henry, The American System of Government, Mc Graw Hill, 1965.

FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, "El control de constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su génesis en el pasado siglo", Pensamiento constitucional, año II nº 3, 1996

FISS Owen, "The Right Degree of Independence" en Stotzky Irwin P. (ed.), Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary, Westview, 1993.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, "Democracia, Jueces y Control de la Administración", Civitas, Madrid, 2000.

GARGARELLA Roberto, La Justicia frente al gobierno, Ed. Ariel, 1996.

GELLI María Angelica, "El papel político de la Corte Suprema en las crisis institucionales", en Función Política de la Corte Suprema, Ed. Abaco, 1998.

HABERMAS Jurgen, "Teoría de la acción comunicativa", Ed. Taurus, Madrid, 2001

HABERMAS Jurgen, "Facticidad y validez", Ed. Trotta, 2001.

HELMKE Gretchen, "Toward a Formal Theory of an Informal Institution: Insecure Tenure and Judicial Independence in Argentina, 1976-1995", trabajo presentado en el XXI Congreso Internacional de la Latin American Studies Association, Chicago, 1998.

HITTERS Juan Carlos, Legitimación democrática del Poder judicial y control de constitucionalidad, El Derecho, Tº 120, 1987.

IARYCZOWER, Spiller, Tommasi, "La toma de decisiones judiciales en ambientes de inestabilidad, 1935-1998. Un enfoque estratégico para entender el comportamiento del CSJN", ponencia presentada en la Conferencia sobre "Reforma Política y el Funcionamiento de las Instituciones en la Argentina", CEDI-FGS , 2.000.

JOUVENEL Bertrand de, El poder. Historia natural de su crecimiento, Ed. Nacional, Madrid, 1956.

KELSEN Hans "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional) 1928, Revue de Droit Publique; selección de Ruiz Manero, Debate, Madrid 1988.

KUNZ Ana, Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983) en Estudios de Sociología y Metodología , ed. Estudio , 2.000.

LAPORTA Francisco en "La reinención de la ley", artículo publicado en el volumen "Constitucionalismo y Democracia", Universidad de Castilla-La Mancha, 2002.

LEVY Lucio, "Legitimidad y Régimen político" en Diccionario de Política, Bobbio y Matteuci, Siglo XXI, 1985.

LOEWENSTEIN Karl, Teoría de la Constitución, Barcelona, Ariel, 1986,

LÓPEZ Guillermo, "Reflexiones sobre el control de constitucionalidad en la República Argentina", La Ley 1996 A, pág.1501.

MILLER Jonathan, Control de constitucionalidad: El poder político del poder judicial y sus límites en una democracia, El Derecho, Tº 120.

MILLER Jonathan, Susana Cayuso y María Angelica Gelli, Constitución y poder político, ed. Astrea, 1995.

MEINHOLD Y SHULL, 1998, "Policy Congruence Between the President and The Solicitor General", Political Research Quarterly.

MOLINELLI et al, La Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a los poderes políticos, a través del control de constitucionalidad, 1983-98, Instituto de Investigaciones "Ambrosio Gioja", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1999. Equipo de investigación: Juan Balerdi, Leandro Bastida, Jorge Bercholc, Aníbal Dauría, N. Guillermo Molinelli (Director), Esteban Wengiel; proyecto UBACYT.

MOLINELLI N. Guillermo, Clase política y reforma electoral, ed. Grupo Editor Latinoamericano, 1991.

MOLINELLI N. Guillermo, Valeria Palanza y Gisela Sin, Congreso, Presidencia y Justicia en Argentina .Materiales para su estudio, Temas, 1999.

MOLINÉ O'Connor Eduardo, El control de constitucionalidad y las garantías individuales en Seminario sobre jurisprudencia de la CSJN, Educa 1999.

MONTESQUIEU, El Espíritu de las leyes.

MORELLO Augusto, La Corte Suprema en acción, Abeledo Perrot, 1989.

MORELLO Augusto, El recurso extraordinario, Abeledo Perrot, 1987.

NINO Carlos, Introducción al análisis del derecho, Ariel, 1983, Barcelona.

NINO Carlos, Fundamentos de Derecho Constitucional, Ed. Astrea, 1992.

O'DONNELL Guillermo, Accountability horizontal, Agora nº 8, 1998.

OTEIZA Eduardo, La Corte Suprema, Librería Editorial Platense, 1994.

OTTO Ignacio de en "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional" en Obra colectiva del Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981 vol.3.

OYHANARTE Julio, "Caducidad o continuidad de los llamados decreto-leyes de los gobiernos de facto" La Ley Tº 90, pág.770

OYHANARTE Julio, Historia del Poder Judicial, Revista Todo es historia, nº 61, 1972.

PARSONS Talcott "On the concept of influence" en Sociological Theory and Modern Society, New York, 1967.

PECES BARBA Gregorio, "Trabajos Parlamentarios. Constitución Española", Servicio de Publicaciones de las Cortes Generales, 1980.

PELLET LASTRA Arturo, Historia Política de la Corte (1930-1990), Ad Hoc, 2001.

PEREZ TREMPES Pablo, "El Régimen constitucional español", ed. Labor, Barcelona, 1980.

PERKINS Dexter, "Charles Evans Hughes and American democratic statesmanship" Little, Brown and Co., Boston, 1956.

POZO MONTES DE OCA Carlos, "El nuevo régimen constitucional en el Ecuador", Contribuciones nº 2, 1994

RICHTER Walter, "Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik. Eine berufssozialstatistische Analyse", en Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts und Gesellschaftspolitik, 1960.

ROBINSON CRAIG H., Argentina: Chapter 4 A: Government and Politics, Countries of the World, 01-01-1991.

RUBIO LLORENTE Francisco, "La forma del poder. Estudios sobre la Constitución", ed. del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

SAIEGH Sebastián M., "The not so popular branch: counter-majoritarian institutional arrangements in legislatures", trabajo inédito, New York University, 1998

SANTIAGO Alfonso y ALVAREZ Fernando coordinadores, autores varios, "Función política de la Corte Suprema", Editorial Abaco, 1998.

SCALIA Antonin, "Originalism: The Leser Evil", Cincinnati Law review, 1989.

SCHMITT Carl, "La defensa de la Constitución", ed. Tecnos, 1983.

SCHUMPETER Joseph, Capitalismo, Socialismo y Democracia. Folio, 1984.

SCHWARZ Carl, "Jueces en la Penumbra: La Independencia del Poder Judicial en los Estados Unidos y en México", Anuario Jurídico 2-1975, UNAM

SEGAL Jeffrey, "Supreme Court Support for the Solicitor General: the Effect of Presidential Appointments", 1989, Western Political Quarterly.

SEGAL Jeffrey y Harold J.Spaeth, The Supreme Court and the Attitudinal Model, Cambridge, 1993

SMULOVITZ Catalina, "Constitución y poder judicial en la nueva democracia argentina" en Acuña Carlos, La Nueva Matriz Política Argentina, Nueva Visión, 1995

SPILLER Pablo "A positive political theory regulatory instruments:contracts, administrative law or regulatory specificity ?" USC Law Review, 1996.

SPILLER Y GELY, 1992, "Congressional Control or Judicial Independence:The Determinants of U.S. Supreme Court labor Decisions:1949/1987", Rand Journal of Economics.

SPILLER Pablo T. y SPITZER Matthew, "Judicial Choice of Legal Doctrines", The Journal of Law, Economics and Organization, Vol 8 nº 1, 1992

SPOTA Alberto, "Origen histórico del poder político de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos" en "Función política de la Corte Suprema" autores varios, ed. Abaco, 1998.

SPOTA Alberto, "Origen político del control de constitucionalidad" en Seminario sobre jurisprudencia de la CSJN, Educa 1999.

STONE Alec, The Birth of Judicial Politics in France, Oxford University Press, 1992

STONE Alec, "Constitutional Politics and Malaise in France", en Keeler John y Schain Martin (eds). Chirac's Challenge. St.Martin Press, 1996

STRASSER Carlos, El orden político y la democracia, Abeledo Perrot, 1986.

STRASSER Carlos, para una teoría de la democracia posible, Grupo Editor Latinoamericano, 1990.

STRASSER Carlos, La Democracia y lo democrático, Grupo Editor Latinoamericano, 1991.

TREVES Renato, Sociología del Derecho, Taurus 1978.

TOHARIA José Juan, El juez español. Un análisis sociológico, Madrid 1975.

TOMÁS Y VALIENTE Francisco, “Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional”, ed. del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.

VANNOSSI, Jorge, Teoría constitucional, 1976.

WALDRON Jeremy, Vagueness in Law and Language: Some philosophical issues, California Law review 1994.

WAXMAN 1998, “The Solicitor General in Historical Context” en [www.usdoj.gov/osg/aboutosg/sgarticle.html](http://www.usdoj.gov/osg/aboutosg/sgarticle.html).

WEBER Albrecht, capítulo sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán, en “Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, Eliseo Aja (compilador), Ariel 1998, Barcelona.

ZAFFARONI Eugenio, “El poder judicial y el poder” en El sistema penal argentino, Ad hoc, 1992.

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, abril 1998.