

Punte, Roberto A.

Tendencias, cambios y desplazamientos en el campo jurídico

Trends, changes and displacements in the legal field

Prudentia Iuris N° 80, 2015

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Punte, R. A. (2015). Tendencias, cambios y desplazamientos en el campo jurídico [en línea], *Prudentia Iuris*, 80. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/tendencias-cambios-desplazamientos-juridico.pdf> [Fecha de consulta:.....]

TENDENCIAS, CAMBIOS Y DESPLAZAMIENTOS EN EL CAMPO JURÍDICO

Trends, Changes and Displacements in the Legal Field

Roberto A. Punte*

1. Principales tendencias vistas desde un aniversario

En oportunidad de los veinte años de *Prudentia Iuris*, se realizó un número aniversario de homenaje a los fundadores. Estábamos por entonces en el año 2000 y el número 52. Ahora, arribados a los treinta y cinco años, cabe festejar el número 80.

En ese lapso, no solo nuestro Derecho Público se ha actualizado y abierto como secuela de la profunda reforma constitucional de 1994, sino que ha ocurrido un desplazamiento del eje jurídico desde el Derecho Privado hacia el Derecho Constitucional.

Es notoria la repercusión de esto, tanto en la gestión pública como en la vida ciudadana normal, determinando un proceso que se ha calificado como de publicización del Derecho Privado y que, en mi opinión, nos remite a un núcleo esencial de lo jurídico, la unidad fundamental del Derecho en torno de la persona vinculada, manifestada en esferas que van desde lo más íntimo hacia lo relacional familiar y culmina en las formas de ciudadanía propias del Derecho Público, sin un corte o cambio cualitativo; pues no puede haber un bien común que luzca separado o inconciliable con los bienes individuales y ningún ámbito de desarrollo individual que sea viable sin un marco general basado en iguales reglas de verdad y justicia.

Aunque varíen los acentos y las proporciones, aunque sea diferente el sentido común cultural o de la época, lo debido a cada persona o al común ha de ser respuesta sensiblemente percibida como proporcionada y eficaz solución del conflicto que fuere, para ser legitimada y, por lo tanto, reconocida como expresión de una “justa justicia”.

* Abogado (UCA). Profesor titular ordinario de Derecho Constitucional. Coordinador de *FORUM*, publicación anual del Centro de Derecho Constitucional (UCA). Director del Suplemento de Derecho Constitucional de *El Dial* desde 2003. Correo electrónico: punte@bscp.com.ar

No es sólo cuestión del Derecho como texto escrito, sino también de sus entre-líneas, de lo que se ve en la puesta en acto, en la praxis. No basta lo declamado y proclamado, sino lo que efectivamente queda al fin del día, al cierre del asunto.

2. Crisis del enciclopedismo jurídico y las progresivas autonomías

Esta crisis de lo normado escrito probablemente implica un fin de ciclo respecto del gran proyecto enciclopedista propio del racionalismo iluminista que hacía de la ley su eje. Tal vez sin llegar a tanto emerge la necesidad de clarificación y conciliación de la cada vez más vasta enciclopedia jurídica con los principios generales que son el cimiento común a todas las ramas en que se fue abriendo la actividad normada de las personas e instituciones.

La enciclopedia, fundada y fundante de la clasificación propia de la modernidad en ramas como Derecho Público, Derecho Privado Civil o Comercial, Derecho Penal, Derecho Internacional Público y Privado, con su fuerte impacto acompañó el apogeo del racionalismo iluminista abocado a clasificar la realidad de modos inteligibles. Esto constituyó un gran avance de comprensión y, a la vez, un método muy eficaz de diferenciar los sectores de la actividad humana, lo que redundó sin duda en una mayor facilidad tanto de enseñanza como de investigación. Pero a su vez, cada sendero nuevo que se abría predicaba para sí mismo una especialización con principios propios, una “autonomía”, que a partir del objeto propio determinaba sus particulares necesidades metodológicas y de lenguaje, y en definitiva llevaba a sostener la existencia de tales principios, a veces en contraposición con las ramas vecinas.

Este periplo, iniciado en las ciencias naturales, se replicó en las ciencias sociales y, obviamente, en lo jurídico. Monumento del racionalismo iluminista, epítome de la modernidad, fue la Enciclopedia un esfuerzo de clasificación y exposición del conocimiento con pretensión de precisión científica en todos los ámbitos, proyectando este modelo taxonómico desde las ciencias experimentales a las sociales. Como sabemos, no escapó a esto el Derecho, y también en este ámbito se generó un frondoso árbol de especialidades, en que cada una se sumergió en la definición de aquellos principios propios y diferenciadores que determinaran y justificaran su identidad, siendo el máspreciado objetivo el proclamar la autonomía científica y metodológica del sector. Este modelo, muy útil como método expositivo y de enseñanza, encontró su propio agotamiento como consecuencia de la exuberancia de su creciente frondosidad y la inconsistencia de las pretensiones de autonomía.

Resultando imposible abarcar todas las especialidades, la reversión de la ola ha llevado a la necesidad de concentrarse nuevamente en los principios comunes, lo que hace que el Derecho sea Derecho, la preocupación por la justicia tanto en las conmutaciones como en lo general o social.

3. Resignificación de lo público en torno a los derechos de la persona

Como un segmento más de la globalización, se ha determinado una nueva pirámide normativa partiendo de la generación internacional de un nuevo Derecho

Convencional –las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos– con pretensión de supranacionalidad, a partir de los fallos de los tribunales de aplicación y su jurisprudencia y doctrina. Esto ya se podía atisbar en las convenciones contra la esclavitud, la trata de blancas o el tráfico de opio; pero tuvo su desarrollo exponencial luego de la segunda gran guerra del siglo XX, cuando la persona humana pasó a ser objeto de la preocupación jurídico-política como reacción ante las masificaciones despersonalizantes del marxismo y el nacionalsocialismo, resaltadas por las masacres perpetradas.

También los propósitos de planificación socioeconómicos repercutieron tanto en la gestión pública como en la vida ciudadana normal, y ha crecido la burocracia estatal, nacional, provincial y local, así como la internacional, determinando cambios que, junto con el fenómeno de la integración transnacional de la actividad económica, según el régimen de “cadenas de valor” con su secuela de segmentación e interdependencia, han aparentemente achicado el campo de lo “privado” dejado a la libertad individual.

Concurre como dato también evidente el explosivo aumento, calificable de inflacionario, de las regulaciones, leyes, decretos, protocolos, muchas veces puntualmente minuciosos, que intentan circunscribir tanto a la autoridad como a las personas. Y tal vez por ello mismo, el fenómeno descrito como anomía, una devaluación de tales normas positivas, soslayadas, desobedecidas o sujetas a permanentes reclamos de reforma, muchas veces reprochadas por sus desajustes ante la muy rápida modificación de costumbres y el impacto de la globalización y la aceleración comunicacional, que a la vez nos muestran una fuerte deriva hacia una cultura jurídica cada vez más común.

Entre nosotros, se han producido cambios sobre nombre, familia, se han regulado nuevas formas de propiedad, con procedimientos de resguardo de la intimidad, amparo, hábeas corpus, reforma política, protección del consumidor y de las discapacidades, programas alimentarios, preservación del medio ambiente, etc. y esto ha impactado de modo que lo que antes era el eje clásico de nuestros estudios, los cinco civiles –parte general, obligaciones, contratos, Derechos Reales, familia y sucesiones–, hoy han cedido su preponderancia a favor de núcleo del Derecho Público –principalmente el Constitucional, acompañado del Internacional, Administrativo, del Trabajo y Fiscal.

Estos han dejado de ser considerados un Derecho “marco” para las relaciones civiles y comerciales fundadas en la libre contratación y la autonomía de la voluntad, para asumir un rol central en la legitimación y subsistencia de actos y decisiones, aun de las más privadas.

Así resalta lo constitucional, como vinculado al resguardo de las libertades personales y piedra basal del “orden público”, configurado por todos los bienes comprometidos en el Preámbulo y replicados por la vía convencional de los tratados: la unión, la paz interior, la defensa común, la libertad, para lograr el bienestar general con razón y justicia. Son valores liminares, que no cesan de sostener la convivencia que se apoya tanto en el orden de las normas –lo jurídico–, como de las conductas –las buenas costumbres y el sentido ético en que estas se sostienen.

Este desplazamiento viene acompañado de reacomodamientos interiores a las disciplinas, y una secuela inesperada, consistente en una nueva visión sobre la

unidad profunda del Derecho, diluyendo las fronteras conceptuales de las autonomías entre las ramas generadas por la mencionada metodología de la enciclopedia jurídica.

Cumplido ese ciclo y avanzado el proceso de constitucionalización formal de los Estados, resalta visible la incongruencia, siendo evidente que ninguna rama puede, por vía de especialización y pretensa autonomía, invocar principios que discrepen de los propios del régimen constitucional en donde se inserta. Sobre todo con el concepto actual, perfilado en la segunda mitad del siglo XX, en que la Constitución trasciende lo político entendido como organización histórica de los Estados, para caracterizarse como céntrica garantía de los derechos personales y sociales, a los que se han sumado recientemente los ambientales.

Y es ahí donde por vía de la reflexión en torno al resguardo de los aspectos más nucleares de los derechos de la libertad, los cinturones de protección para cada persona, cada grupo, cada minoría, cada sector, ha debido empezar a incluirse lo esencial, las raíces nutrientes que alimentan las ramas profusas en que se fue abriendo el conocimiento jurídico; los principios, valores y reglas muy fundamentales, cuyos rasgos y rastros son necesariamente constitutivos de todas y cada una de las especialidades en que se abriera la enciclopedia.

En consecuencia, el fenómeno que aparece como de publicización del Derecho Privado puede ser analizado como resultado del arribo a una renovada noción de unidad fundamental del Derecho Común asentado en la Constitución, que ya no se ve como una mera “ley fundamental”, sino como un plexo de reglas, compromisos, decisiones y costumbres, lo que algunos tratan de definir a través del concepto de “bloque de constitucionalidad”, que aspiran a ser comunes a todo un colectivo en expansión, ya que trasciende las clásicas fronteras nacionales y puede avizorarse habrá de culminar incluyendo de modo determinante a todo el género humano. Una nueva visión sobre la profunda unidad del Derecho, diluyendo las fronteras conceptuales de las autonomías.

En este reflujo hacia la unidad puede tal vez percibirse un reflejo de la permanente búsqueda de lo “uno que explica todo”, de esta explicación unitaria que transita toda la historia de la cultura como parte de esa permanente tensión entre lo uno y lo disperso que Leopoldo Marechal resumiera acabadamente en su opúsculo poético-filosófico sobre el ascenso y descenso del alma por la belleza.

Con posterioridad a la reforma de 1994 se había fortalecido la restauración de la primacía del Derecho Constitucional respecto de las demás normas, a través del recurso permanente a reglas constitucionales y/o principios de ese nivel, reforzados por armonización con similares principios contenidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, para entender que no puede haber ni una división tajante entre Derecho Público y Derecho Privado, ni esfera que quede por debajo de los Derechos Humanos y que resulte inalcanzable por el brazo judicial. Esta visión de unidad del Derecho de Fondo no acarrea la desaparición de las ramas especializadas, sino que las constriñe a no apartarse de los principios comunes como fundamento de todo lo demás.

También, como en cada etapa subsisten retazos de las anteriores, de la modernidad ha quedado lo antropocéntrico, iniciada como secuela del giro copernicano por el que se abrió la mirada humana al universo, a la vez colocando al hombre como dueño de esa mirada en el centro del mismo.

A esto se suma la noción de actor vinculado. Hoy puede decirse que el objeto del Derecho es la justicia pero no ya como meta más o menos abstracta, sino la justicia manifestada en los vínculos. Del hombre como “animal social” que se deformara en sus desvíos, donde la persona perdía todo valor ante el sujeto social o colectivo, aparece una variación, el hombre como vinculado, en largas cadenas de solidaridad, tanto con sus ancestros como sus coetáneos y descendientes¹.

Esta noción desarrolla algo sustantivo propio de los misterios judeo-cristianos. La doctrina de la falla original se vertebra en esa solidaridad vincular y también en ella se imbrica la redención mesiánica y la visión del cuerpo misterioso, cuya cabeza es el Salvador. Símbolo actual de esa *vinculariedad* es la cadena del ADN que religa a todos los hombres nacidos y por nacer, no sólo entre sí, sino con todo lo que tenga vida. De ahí que esta etapa de reflujo hacia una unidad más profunda del Derecho encuentra apoyo en la doctrina de los Derechos Humanos, con centro en las personas, corresponsables entre sí, y, según los más actuales desarrollos, también con el ambiente y las generaciones futuras.

Pero como todo lo cultural humano es imperfecto y en tránsito, junto con lo positivo que hay en esta tendencia crecen sus deformaciones y desvíos. El principal es la afirmación disfuncional del individuo como centro, que en su versión egoísta confunde los propios deseos y caprichos con “derechos” exigibles.

Esto puede corregirse desde el ángulo tratado de que sólo hay derecho, justicia y pacificación en el justo equilibrio que se integra en la solidaridad vincular, no solo en las conmutaciones, sino también en lo social y transgeneracional. Hay en esto logros positivos y otros que aún están en etapa de evaluación según una u otra tendencia se afirme o se diluya.

4. Los cambios en lo formal normativo y en la conducta de los órganos supremos: el constituyente, el legislativo y la Corte Suprema

Desde lo formal, en 1980 se discutía si adherir o no y en qué condiciones al Tratado de San José de Costa Rica. Hoy, este integra la Constitución. Paralelamente, otro impacto ha consistido en que por vía de la incorporación constitucional de las declaraciones de derechos y deberes del hombre y los tratados de protección de los Derechos Humanos, dentro de la valija de herramientas con la que cuentan tanto el abogado como el funcionario o el juez, se encuentra el recurso a un nuevo criterio de autoridad, el de los tratados, doctrina y tribunales internacionales, con un renovado acudir a los principios como guía en la cada vez más profusa red de normas y decisiones de diferente origen y disímil categoría.

En 1980 regía en forma incompleta la Constitución de 1853 –limitada por los fines del proceso de reorganización nacional–, estaba suspendida toda actividad política partidaria y clausurado el Congreso, por lo que las leyes se elaboraban y promulgaban por el Ejecutivo con el control político de las Fuerzas Armadas y un discreto análisis formal y de compatibilización por parte de la Comisión de Asesoramiento

1 Punte, R. (2012). “Discurriendo sobre los fundamentos”. En *Prudentia Iuris*, Nro. 74, 185-9.

Legislativo. La Corte Suprema y los tribunales inferiores funcionaban con independencia en materias privadas y aun en el contencioso administrativo, pero no tanto en la zona de conflicto propia del Estado de Sitio y suspensión de derechos, de pretensión constitucional, que apenas disimulaba la existencia de un derecho marcial propio de un estado de guerra interna. Sin embargo, pudo advertirse un progresivo fortalecimiento de tal independencia, aun en este campo, a partir del habeas corpus a favor de Jacobo Timerman, en septiembre de 1979 (CSJN *Fallos*: 301-771).

El levantamiento de estas restricciones, con la reactivación de la actividad político partidaria y la convocatoria a elecciones generales, que determinaron la asunción de autoridades investidas en condiciones de plena legalidad institucional, no fue un desenlace normal del proceso anterior, puesto que en su raíz incidió la traumática experiencia de la derrota en junio de 1982, que dio fin a la aventura bélica intentada en los mares del sur, deslegitimando la gestión militar del gobierno, que desembocó en un rápido proceso electoral de restauración constitucional².

Desde entonces, se intentó vivir sin Estado de Sitio, salvo los limitados eventos de su establecimiento por pocos días en 1985, 1989, 1990 y, por último, por pocas horas, durante la crisis de diciembre de 2001; pero no se ha podido evitar la suspensión de derechos desde 1989 a la fecha, a través de leyes de emergencia que han dominado el panorama de la actividad económica, sobre todo afectando los derechos de los particulares respecto del Estado como importante actor e interventor en ese área.

La reanudación de la actividad político partidaria tuvo su inicio con la ley 22.627 de agosto de 1982, que rigió las primeras elecciones, hasta su actualización en octubre de 1985 (ley 23.298), que hoy se mantiene con los retoques introducidos en noviembre de 2012 por la ley 26.774, denominada de “reforma política”. Del mismo modo, por la ley 22.864 se volvió al Código Nacional Electoral realizado en 1972 (ley 19.945), que aún nos rige, con algunos cambios introducidos por la mencionada ley 26.774. Restablecida la actividad de gobierno según el modelo originario, se reglamentó el hábeas corpus, a través de la ley 23.098, de octubre de 1984; así como algunos institutos que más tarde serían incluidos en la reforma constitucional, tales como la Auditoría General de la Nación (ley 24.156, de 1992) y el Defensor del Pueblo, por la ley 24.284, de 1993.

Pero el pivote del cambio más sustancial fue instalado por la Corte Suprema. Esta corriente encuentra su primer paso en el recordado fallo “Ekmekdjian vs. Sofovich” (*Fallos*: 315, volumen 2 – 1492, del 7 de julio de 1992), en el que coincidieron en la doctrina básica el voto mayoritario (Cavagna Martínez – Barra-Fayt – Nazareno – Boggiano), con disidencia parcial de Moliné O’ Connor y Petracchi, y más a fondo, Levene y Belluscio.

Los principios allí establecidos fueron básicamente que los Tratados de los Derechos Humanos tienen un rango superior al resto de los tratados, en la medida en que “busquen establecer un orden público común cuyos destinatarios no son los Estados sino los seres humanos que pueblan sus territorios [...] su objeto y fin es la

2 La convocatoria electoral se hizo en junio de 1983 a través de la ley 22.838, y a partir del 10 de diciembre de 1983 han funcionado con mayor o menor regularidad, según marcaran los estilos predominantes, los distintos instrumentos de gobierno previstos en la Constitución.

protección de derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes”. Como se ve, acá está plantado ya el estandarte de un nuevo “orden público común”, independiente de los sistemas nacionales, y, cabe glosar, de las especialidades; porque si se trata de alzar principios que trasciendan las fronteras, mucho más han de trascender las pretendidas autonomías de las especialidades.

A su vez, se recepta la clásica distinción entre normas operativas –como fue para el caso concreto el derecho de réplica fundado en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica– de aquellos que por su texto radican en un carácter nítidamente programático (art. 26 de la Convención).

Esto surge, además, de una directiva de fondo que es “interpretar de buena fe el texto” conforme al sentido corriente que haya de atribuirse en los términos del Pacto, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31.1 de la Convención de Viena –considerando 19 – y, en particular, las disidencias de Moliné y Petracchi). A su vez, en el voto mayoritario se determina que la interpretación del Pacto debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pues uno de sus objetivos es la interpretación del Pacto (art. 1º).

Digamos, pues, que en este fallo ya se encuentran todos los elementos fundamentales que van a orientar la futura inserción del plexo jurídico nacional dentro del interamericano en materia de Derechos Humanos. Como puede verse, esto no implica extrapolar estos principios a otros tratados en los que no se es parte (como los de la Unión Europea o las opiniones de la Corte Europea de Derechos Humanos, o de comités de interpretación), puesto que no revisten el mismo carácter ni peso, y deberán ser evaluados como cualquier otra doctrina a la que el juez pueda acudir para fundar sus razonamientos resolutivos.

Poco después, la misma Corte, integrada por los Dres. Barra, Belluscio, Levene, Cavagna Martínez, Nazareno y Moliné O’ Connor, en julio de 1993, en el conocido caso “Fibraca” –*Fallos*: 316:1669–, dio un paso más al asentar la argumentación en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, otorgando carácter vinculante a dicha norma, que, debe aclararse, ya regía desde enero de 1980, al cumplirse los recaudos internacionales pertinentes, siendo que su aprobación por la República se remontaba a la ley 19.865 de 1972, dictada por el Ejecutivo de Facto de entonces. Dicho art. 27 dispone que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En consecuencia, salvados los principios del Derecho Público Constitucional, en caso de conflicto debe primar el tratado sobre cualquier norma interna contraria, y estos son los fundamentos en que se apoya la vigente inserción del Derecho Internacional dentro de nuestro Derecho Público y Privado, con su consecuencia de impacto jus-publicístico.

Esto fue ratificado en los autos “Café la Virginia” –*Fallos*: 317:1282–, importando la precisión que se realiza en el considerando 24 en cuanto a que dicha Convención otorga primacía “al Derecho Internacional Convencional sobre el Derecho Interno”. Esta primacía (considerando 14 del voto del Dr. Boggiano) está vertebrada en los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*, según se desarrolla en el considerando 21 del mismo voto, con cita de John Jay en *El Federalista*, en cuanto que un tratado es “sólo otro nombre que se aplica a un contrato y sería imposible encontrar una

Nación dispuesta a celebrar cualquier contrato con nosotros que los comprometiera a ellos de modo absoluto y a nosotros solo tanto tiempo y hasta el grado que se nos antojara [...] así como el consentimiento de ambas partes fue indispensable para su conclusión original, así también lo es siempre para alterarlos o cancelarlos”, pensamiento este que de alguna manera sintetiza el fundamento de esta supremacía. En el considerando 25 se fundamenta además la vinculación con el art. 27 de la Constitución, en cuanto al resguardo de “los principios de Derecho Público”, lo que coincide con el art. 46 de la misma Convención de Viena acerca de la nulidad de un tratado que implicara “violación manifiesta de una norma de importancia fundamental de un derecho interno”, esto con cita del recordado Julio Barberis³. Cabe aquí marcar una advertencia al lector, y es recordar la paralela doctrina alternativa fundada en la regla *rebus sic stantibus* que pregona la subsistencia de las obligaciones en la medida en que no ocurra un cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al suscribir el convenio.

Lo cierto es que al convocarse la reforma constitucional de 1994, a través de la ley 24.309, se incluyó entre los “temas habilitados” el adoptar una regla sobre incorporación y jerarquía de los tratados. Si bien, cabe mencionar que en realidad se estaba reescribiendo el art. 31, ubicado entre las Declaraciones, Derechos y Garantías –respecto de los cuales había formal consenso de que no debía cambiarse nada–, se acudió al artilugio de modificar dicho artículo, a través de agregar un inciso en las facultades del Legislativo, por entonces el art. 67, hoy 75, inciso 22⁴.

Queda así resumido el camino cumplido, cuya consumación más reciente está en las reglas de fuentes e interpretación de los dos primeros artículos del flamante Código Civil y Comercial (ley 26.994), en cuanto la imbricación de las reglas de Derecho Público y Privado, en un solo derecho común: “*Fuentes y aplicación*. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a Derecho”.

“*Interpretación*. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los Tratados sobre Derechos Humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

3 Barberis, J. (1985-1986). “La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución Argentina”. En *Prudencia Iuris*, Nro. XVII-XVIII, 192 y sigs.

4 La publicación de la Constitución reformada fue notoriamente desprolija, puesto que, realizada el 23 de agosto de 1994, al día siguiente hubo de publicarse en el Boletín Oficial una fe de erratas, y luego, para salvar una omisión se dictó la ley 24.430, de texto ordenado, en el que se incluye como segunda parte del art. 77 la norma omitida, lo que recién se publicó en el Boletín Oficial el 10 enero 1995. Así y todo, subsistió otra irregularidad: un párrafo saltado en el art. 76 –debió ser el segundo párrafo– aparece inserto como transitoria octava en las “Disposiciones Transitorias”.

5. Concentración y expansión en los roles de la Corte Suprema

Otra tendencia en curso, aunque no esté aún consolidada y pueda, con otra composición, ser susceptible de revisión, surge de las resoluciones de la Corte Suprema que tienden a perfilarla como un tribunal que trata de concentrarse en temas de consistencia institucional. Como, a la vez, luego de un retroceso ante el Consejo de la Magistratura, ha tomado fuertes iniciativas tendientes a consolidarse como cabeza del Poder Judicial, no puede afirmarse que esta deriva la circunscriba a un rol de corte constitucional análogo al estilo de algunos países como España o Colombia.

Esto se ve en los siguientes cambios. En primer lugar, una postura mucho más restrictiva frente a la revisión de sentencias arbitrarias. En el pasado, posiblemente como secuela de que los nuevos miembros provenían principalmente de la carrera judicial, se abrió una ancha vía de revisión de tales sentencias, entendiéndose que estas violaban las garantías del acceso a la justicia y al debido proceso legal. Así ocurrió en gran parte por impulso propio, pero también por la de algunos doctrinarios y funcionarios de peso⁵, ampliando por esta vía a temas ordinarios la competencia del Tribunal.

Esta hoy tiende a restringirse. Para empezar, a través de la reforma del art. 280 del Código Procesal Federal, en cuanto que la Corte puede a discreción desestimar presentaciones por considerar insuficiente, insustancial o carente de trascendencia el agravio constitucional invocado⁶.

La buena intención radica en que la Corte pueda concentrarse en el rol de tribunal constitucional, centrándose en las cuestiones vinculadas con las custodias y salvaguarda de la supremacía de la Constitución, que es, en propias palabras (*Fallos*: 315-1523), la parte central de su elevado ministerio. Se justifica en “reforzar el criterio de especialidad” del Tribunal, permitiéndole “ahondar en los grandes problemas constitucionales y federales”, por vía de seleccionar los asuntos sobre los que deba pronunciarse, siempre con miras a una “mejor justicia”. La habilitación para desestimar asuntos que carezcan de trascendencia tiene como contrapartida no dejar de intervenir cuando aparezca dicha trascendencia, aunque los recaudos formales no se encuentren suficientemente cumplidos. Asimismo, que, como cabeza del Poder Judicial, no deje de arbitrar y verificar en su eficacia los debidos procedimientos y medios necesarios para detectar, circunscribir e impedir o corregir la existencia de tales arbitrariedades.

5 Sobre todo después de su sistematización por Carrió, G. (1967). *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. AbeledoPerrot. Buenos Aires.

6 La ley 23.774, de abril de 1990, a la vez que amplió el número de jueces de la Corte a nueve, introdujo esta reforma del art. 280, que permite una selección de los casos que aun revistiendo alguna materia constitucional, resultaran insustanciales o carentes de trascendencia. Esta restricción ha permitido desestimar *in limine* una gran cantidad de asuntos llegados a la misma, teóricamente permitiendo una mayor concentración en los casos de trascendencia o gravedad institucional, categoría esta última también creada jurisprudencialmente a través del caso “Jorge Antonio” (cf. Oteiza, E. “La Corte Suprema de Justicia de la Nación: El recurso extraordinario, la sobrecarga de tareas y la falta de una política judicial superadora”). Ampliar datos

La Corte también fue perfilando mejor el recurso extraordinario⁷ y actuó como legisladora al reglamentar las formalidades de su interposición (Acordada 4/2007)⁸.

Otra medida en esa línea es la regulación del recurso extraordinario por salto de instancia, a través de la Ley 26.790, que por gravedad institucional habilita que la Corte se aboque a un asunto, saltando instancias intermedias, cuestión que ya se había hecho por jurisprudencia. En general, había sido criticado este instrumento, dado que inicialmente los casos seleccionados por vía pretoriana implicaron atender a necesidades políticas del gobierno de turno, más que una verdadera gravedad institucional⁹; pero una de las primeras aplicaciones recientes quedó exenta de tal posible crítica pues consistió en resolver la inconstitucionalidad de la ley 26.855, sobre elección directa de los integrantes del Consejo de la Magistratura, conocida como fallo “Rizzo”¹⁰.

También la Corte achicó en 2006 su competencia ordinaria por vía jurisprudencial excluyendo de la jurisdicción originaria las causas civiles entre vecinos de distintas jurisdicciones que tradicionalmente había asumido¹¹ y más recientemente también dentro de la línea de limitación de competencia debe ubicarse el fallo “Anadon”, de fecha 20 de agosto de 2015, el cual declaró la inconstitucionalidad del recurso ordinario previsto por el art. 24, inciso 6, apartado A, del Decreto 1.285/1958 que establecía la posibilidad de que, existiendo un monto importante y siendo parte el Estado Nacional, se podría apelar a la Corte como última instancia ordinaria. Para ello acudió al antiguo recurso de recordar que esta ampliación de su competencia no tenía origen en la Constitución y que basta con la vía extraordinaria para los casos en que por su gravedad lo requieran. El fundamento apoya el argumento del “deber de la Corte de fallar todos los asuntos en los que pueda estar comprometido algún principio constitucional sin que estas cuestiones se midan por la cantidad de dinero que pueda importar, deviniendo irrazonable en la práctica y un verdadero privilegio esta posibilidad de llevar el asunto a una tercera instancia ordinaria”¹².

Como ampliación de su competencia como Tribunal Constitucional, son significativos sus fallos declarativos de inconstitucionalidad de oficio, o sea, sin pedido de las partes. En el pasado había invalidado leyes que vulneraban su competen-

7 En tal sentido, pueden citarse los casos “Strada” y “Di Mascio” (Fallos: 308:290 y 311:2478), en cuanto a la determinación con claridad del concepto de Superior Tribunal de la causa como prerequisite indispensable para arribar a la Corte por la vía extraordinaria. También redefinió el concepto de “agravio de imposible o insuficiente reparación”, en la causa “Daglio”, de 1991 (Fallos: 214:238). Bajo la cobertura de la reforma de los arts. 42 y 43 de la Constitución, amplió el concepto de legitimario, incorporándose los consumidores y la aceptación de la vía de amparo en esta materia.

8 Cf. Nota de Punte, R. (2007). “Desde el 6 de agosto rige la Acordada 4 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reglamenta algunos aspectos del recurso extraordinario”. En *elDial.com* - DCC18.

9 Así había ocurrido con los conocidos casos “Dromi - privatización de Aerolíneas Argentinas” (Fallos: 313:630 y 313:863) y “González”(BIBA) (Fallos: 313-1242).

10 Fallos: 326:2998. Cf. Punte, R. (2013). “Fundamentos de la inconstitucionalidad parcial de la ley 26.855 de Reforma del Consejo de la Magistratura y su situación normativa ulterior. El fallo ‘Rizzo’”. En *elDial.com* - DC1AD1.

11 *In re* “Barreto”, Fallos: 329-I-759, año 2006.

12 Fallos: CSJN 494/2013 – 49- A – 20 de agosto de 2015.

cia¹³, lo que puede considerarse una derivación del admitido principio *iura novit curia* que permite a los jueces discernir el derecho aplicable con independencia de lo invocado por las partes, con precedentes del 2001 y 2004, en que se admitieron, con disidencias¹⁴, las condiciones de una posible declaración de esa índole. En “Rodríguez Pereyra c/ Ejército Argentino”, el 27 de noviembre de 2012, la Corte Suprema abordó la acción incoada por un soldado conscripto que había sufrido lesiones en acto de servicio, y declaró inconstitucional su regulación por la ley 19.101, que excluía la posibilidad de acudir al Derecho Común¹⁵.

En similar sentido puede ubicarse la penetración de la Corte en asuntos antes considerados no justiciables como temas electorales o de partidos políticos (título de diputado Bussi, *Fallos*: 324:3358), declaración de inconstitucionalidad de la reforma de la Constitución de Santiago del Estero (“UCR c/ Santiago del Estero”, 22-10-2013) y revisión de juicios políticos cuando se encuentra afectado el debido proceso (caso “Trovato” – *Fallos*: 320:845).

En su reafirmación como cabeza del Poder Judicial deben ubicarse los fallos en que ha invalidado actos y leyes vinculados con las facultades del Consejo de la Magistratura, como el ya mencionado “Rizzo”. El Consejo fue introducido por el Pacto de Olivos a la reforma constitucional como uno de los instrumentos de atenuación del presidencialismo, buscando que la preselección de ternas de candidatos para jueces y camaristas fuera realizada de modo técnico, dejando a la Presidencia la instancia política definitiva, o sea, la selección y propuesta al Senado para los Acuerdos pertinentes. Esto fue progresivamente tergiversado por cada una de las reformas que se fueron introduciendo al órgano. Asimismo, cuando se creó el Consejo se le asignaron facultades reglamentarias, de administración y disciplinarias de los jueces, propias del gobierno del Poder Judicial, lo que ha generado frecuentes tensiones y negociaciones con la Corte Suprema, ya que la misma Constitución, a la vez, establece que “el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia” (art. 108). En la primera ley reglamentaria esto se solucionó colocando al Presidente de la Corte como Presidente nato del Consejo, único modo de zanjar dicho error inicial de diseño (leyes 24.937/24.939), buscando armonizar el funcionamiento de ambas instituciones. Una desafortunada reforma separó ambos órganos y la experiencia demostró la realidad del doble riesgo, ya de conflicto, ya de estancamiento o inoperancia, si Corte y Consejo no

13 Por Acordada del 3 de febrero de 1984 declaró inaplicable el art. 24 de la ley 22.192 sobre integración de Tribunales de Ética Profesional; y por Acordada 60 del 15 de octubre de 1996 invalidó la ley 24.675 creadora de un registro de auxiliares de la justicia y otros similares (*Fallos*: 308:1519; 314:948; 318:1772).

14 En “Mill de Pereira c/ Provincia de Corrientes” (*Fallos*: 324:3219, año 2001), en el considerando 10° se admitió por la mayoría esa posibilidad. El caso consistía en que el Superior Tribunal de Corrientes, integrado por conjuces, había declarado de oficio la inconstitucionalidad de las normas locales que prohibían la indexación, lo que involucraba las equivalentes de la Ley Nacional de Emergencia 23.928, y la mayoría no acogió el recurso contra esto por entender que no había materia federal. Mucho más definida fue la mayoría en el caso “Banco Comercial” (*Fallos*: 327:3117), al convalidar lo sentenciado en tal sentido por la Cámara de Bahía Blanca.

15 Cf. Punte, R. (2013). “Respecto de la declaración de inconstitucionalidad de oficio en relación con la doctrina del debido proceso legal”. En *elDial.com* - DC19F3.

se desempeñaren con un criterio acompasado. Los recientes fallos desautorizantes de reglamentos del Consejo o del Legislativo y en materia de jueces subrogantes muestran la falencia del sistema, a la vez del esfuerzo de la Corte en no abandonar su rol de cabeza del poder¹⁶.

Esta ha usado, como fuera ya dicho, de modo decidido su (discutida) capacidad normativa, dictando Acordadas con voluntad legislativa. Tal la mencionada Acordada 4/2007, regulando el recurso extraordinario, y las que determinan el procedimiento de notificación electrónica (38/9-2015). Ha incorporado la institución de los *Amicus Curiae* (Acordada 7/2013), y determinado audiencias públicas en asuntos de trascendencia (Acordada 30/2007), así como ha impulsado medidas de transparencia, tanto en su contacto con el público como en la comunicación de planes anuales de trabajo, aunque esto es incompleto y en oportunidades no se condice con el día a día de la gestión, donde es común encontrarse con ferias sorpresivas sectoriales, y otras actividades que afectan el ya de por sí breve año de actividad judicial.

Asimismo, en diversas composiciones, ha innovado en preparación de cambios normativos, como en el conocido fallo “Sejean” (*Fallos*: 208:2268), de inconstitucionalidad de la Ley de Matrimonio Civil 2.393, luego de más de cien años de vigencia, para allanar el camino del divorcio vincular. Y dictado sentencias normativas, cuyo contenido cuasi legislativo ha declarado aplicable a una multitud de casos, siendo los más notables el fallo previsional “Chocobar” (*Fallos*: 319:3148) y los fallos “Massa” y “Kujarchuk”, regulando la salida de las causas originadas en impugnaciones a la pesificación asimétrica de las deudas y créditos en dólares, en donde se sentaron las bases para decenas de miles de casos similares que fueron resueltos según los criterios allí establecidos, a pesar de las posibles diferencias fácticas entre uno u otro caso¹⁷.

Otras decisiones que tuvieron a su vez efecto normativo han sido, a partir del fallo “Peralta”, de 1990 (*Fallos*: 313:1513), las decisiones convalidantes de las emergencias, los varios corralitos y las pesificaciones asimétricas, una significativa puerta para la perpetuación de los poderes extraordinarios apoyados en las normas de emergencia mucho más allá de las causas que le dieron origen.

En orden a los Derechos Humanos cabe destacar que, junto a notables progresos de aplicación, ha habido un claro retroceso en el ámbito del Derecho Penal. Por un

16 Casos “Rosza”, 23-5-2007, “Rizzo” 18-6-2013, y el muy reciente “Uriarte”, del 4-11-2015, declarando la inconstitucionalidad de la Ley de Subrogancias 27.145 del 18-6-2015.

Es urgente rehabilitar el ejercicio regular de la presidencia del Consejo por un miembro de la Corte Suprema, ya sea su presidente o el que la Corte designe. Esta es una exigencia de armonía puesto que el sistema del art. 114 debe compatibilizarse con la regla del art. 108, que establece que el Poder Judicial de la Nación es ejercido por la Corte Suprema, de modo tal de evitar una cuestión de doble cabeza del mismo poder así como para generar una adecuada sinergia entre ambas instituciones, armonizando su actuación, e impidiendo que tomen caminos divergentes en sus decisiones para el mejor gobierno del Poder Judicial, en relación a la prestación del servicio de justicia, que es lo principal debido por toda esta organización para con el pueblo de la Nación.

17 Cf. “El contenido normativo del fallo ‘Massa’ y sus consecuencias. Los fallos ‘Rial’, ‘Marta’, ‘Pochat’”; *elDial* 7-2-2007 y “Una nueva sentencia normativa determina el modo de liquidar las cuentas pendientes de la pesificación asimétrica. Nota a Fallo ‘Kujarchuk’”; *elDial*, 14-9-2007.

lado, se ha tolerado un garantismo sin límites en los tribunales penales nacionales y federales, lindante con el abolicionismo. Admitidos los tipos abiertos o en blanco, que se multiplican y se extienden además a los bruscos cambios jurisprudenciales, como ocurre con la tenencia de drogas para uso personal, que ha pasado por cuatro giros de 180° durante distintas administraciones en un período de veinte años. Por otro lado, en los casos de “lesa humanidad”, la ruptura de las reglas constitucionales en materia de largas detenciones sin condena, muchas veces en condiciones indebidas, sin garantía del debido y veloz proceso, el non bis in ídem, y convalidándose la condena en base a tipos abiertos, como los que han aplicado normas de doctrina internacional a las cuales se ha calificado como “consuetudinarias”, cuando carecen de la antigüedad y consenso suficientes para ello.

6. Las falencias del Legislativo

En el campo del Derecho Público, muchas decisiones, en cambio, han sido deformadas u omitidas a la hora de legislar. A pesar de las enfáticas declaraciones constitucionales, el quehacer legislativo ha sido seriamente deficitario, y su práctica ha permitido o convalidado acciones de gobierno notoriamente inconstitucionales. Tal el caso de la falta de debido contralor de los recaudos en el dictado “en acuerdo general de ministros” de los decretos de necesidad y urgencia y que lleva más de una década sin realizarse. Y las graves omisiones de los encargos constitucionales de 1994, comenzando por la falta de negociación y dictado de una ley de co-participación federal que actualice y equilibre las cargas y los beneficios de tener un sistema fiscal relativamente centralizado. Los presupuestos se fijan sin el recaudo de un programa general de gobierno ni un plan de inversiones públicas, ni tampoco se ha tratado con seriedad la revisión de la cuenta de inversión. No se ha regulado el nuevo Amparo, ni el derecho de réplica, ni se han actualizado las leyes previas a 1994 organizativas de la Auditoría General o el Defensor del Pueblo. Las incursiones en el Ministerio Público y el Consejo de la Magistratura han sido con claro apartamiento de las pautas constitucionales lógicas que debían seguirse. Como contraste de estas leyes imprescindibles por ser obligatorias constitucionalmente, se han multiplicado normas tal vez innecesarias, con marcas de apresuramiento e improvisación, como el Digesto Argentino, el nuevo Código Civil y Comercial y otras normas, no tan imprescindibles, pero a las que, sin embargo, se les ha dado prioridad respecto de aquellas mandas constitucionales incumplidas¹⁸.

18 Cf. las notas “Sobre el Digesto Jurídico Argentino”, *elDial.com* - DC1DF4 - 27-10-2014; “Sin cuenta sombras de ley o tratamiento de algunas dificultades que pueden advertirse para la agenda de trabajo del próximo año legislativo”, *El Dial* -Suplemento de Derecho Constitucional, DC1EA9, 13-03-2015. Y “El Derecho Judicial y el orden público constitucional en el nuevo Código Civil y Comercial”, *El Dial* -Suplemento de Derecho Constitucional, DC1FF8, 13-10-2015. Asimismo, ver capítulos 3 y 4 sobre “Verificación de los daños institucionales”. En Punte, R. (2014). *Nosotros, el pueblo: aportes para una comprensión de la Argentina*. Buenos Aires. Ed. del Autor.

7. Avance de la inseguridad jurídica

Sin perjuicio de lo positivo expresado, un rasgo predominante del sistema es la inseguridad jurídica. Muchas veces se alega que la cultura “de facto” infiltró durante años a generaciones de argentinos, y, en efecto, “de hecho” muchas normas no se aplican, las sentencias demoran en cumplirse, las propuestas jurídicas son soslayadas, y hay un repetido acudir a los actos refundacionales, la doctrina de los hechos nuevos, la emergencia, los criterios de oportunidad y urgencia, los decretos reglamentarios en exceso de las normas que reglamentan, la pérdida de razonabilidad por motivos ocasionales o de mero oportunismo.

Puede advertirse abandono de las reglas tanto por los que administran como por los administrados, buscando los caminos laterales, lo que podría describirse como un permanente “andar por las banquinas” para ir más rápido que el resto de la población con la cual se compete.

Si bien no es posible medir la inseguridad jurídica, en cada territorio asolado por ella es posible encontrar los rastros. De Atila se decía que por donde pasaba su caballo no volvía a crecer el pasto. Algo así sucedía con la secuela de la inseguridad jurídica que arrasa con la posibilidad de una convivencia organizada, de una planificación razonable, de un crecimiento lógico. La inestabilidad de la jurisprudencia su suma al cambio normativo, y los debates sobre la ley aplicable ya consumen parte del tiempo de los operadores. En esto mismo se encuentran los casos de incumplimiento de las sentencias judiciales, y la inmunidad del Estado, principal actor en la vida económica, en el cumplimiento de sus deudas y compromisos. En definitiva, se verifica un contradictorio cuadro de provisoriedad y consiguiente inestabilidad, con graves secuelas de daño institucional¹⁹.

8. Lineamientos de consolidación institucional

El núcleo de la fórmula del gobierno representativo se encuentra en las disposiciones constitucionales que requieren de deliberación para el gobierno, por medio de los representantes y autoridades electas. Por lo tanto, deliberar que significa tratar y reflexionar sobre un asunto entre varios— es algo que falla y que debe recuperarse, concurriendo en esto dos factores, uno ético constitucional, y, el otro, por imposición de la realidad.

Hay en esto un principio por el que la renovación parcial de los representantes con sus elementos de continuidad y cambio genera una legitimidad claramente actualizada y plural, superior en esto a la legitimidad residual de quienes concluyen su mandato. Lejos de lo unívoco, tendrá la renovada responsabilidad y capacidad de revisar aquellas normas que han tenido un origen meramente sectorial, omitido en su elaboración el necesario debate dialogal y transformativo, que suele de ser condición indispensable para lograr consensos fructíferos que

¹⁹ Manili, P. L. (2011). *La seguridad jurídica. Una deuda pendiente*. Buenos Aires. Ed. Hammurabi y su comentario en ED 12893, lunes 12-12 de 2011.

perduren en el tiempo, como vigencias asentadas en una madura convicción de legitimidad.

Esta nota ha comenzado sosteniendo la unidad de los principios jurídicos fundamentales, y puede defenderse sin esfuerzo que el núcleo central de principios, derechos y garantías es de raigambre constitucional, actualizado en sus fórmulas y sostenido además en una protección internacional a través de los tratados.

Los bienes constitucionales comprometidos en el Preámbulo, la unión, la paz interior, la defensa común, la libertad, para lograr el bienestar general con razón y justicia. También el libre tránsito, la propiedad, el trabajo, la igualdad ante la ley de nacionales y extranjeros, hasta sus actuales desarrollos más elaborados y sutiles, son Derechos Naturales preexistentes, sostenidos en la soberanía del pueblo y la forma republicana. Son valores liminares, que no cesan de sostener la convivencia que se apoya tanto en el orden de las normas –lo jurídico– como de las conductas –las buenas costumbres y el sentido ético en que estas se sostienen, y configuran el orden público sustantivo.

La orientación hacia la paz, superando pugnas y divisiones, configura una piedra fundamental de la politicidad humana, y, necesariamente, un eje central también de nuestro reflexionar. Obliga a una doble acción. Tanto deslegitimar la violencia, el patoterismo conceptual o físico, como entronizar su contrario, el diálogo que personaliza a cada otro y permite la construcción de sentidos para cada una de las vidas individuales, y asignar su debido rol como uno de los motores importantes de convivencia, al trabajo, que seriamente, más allá de los lemas, “dignifica al hombre”, al hacerlo partícipe de la tarea divina de completar la creación, asegurando así una múltiple pertenencia de identidad, consigo mismo, con sus vínculos y prójimo, con el mundo y su Creador.