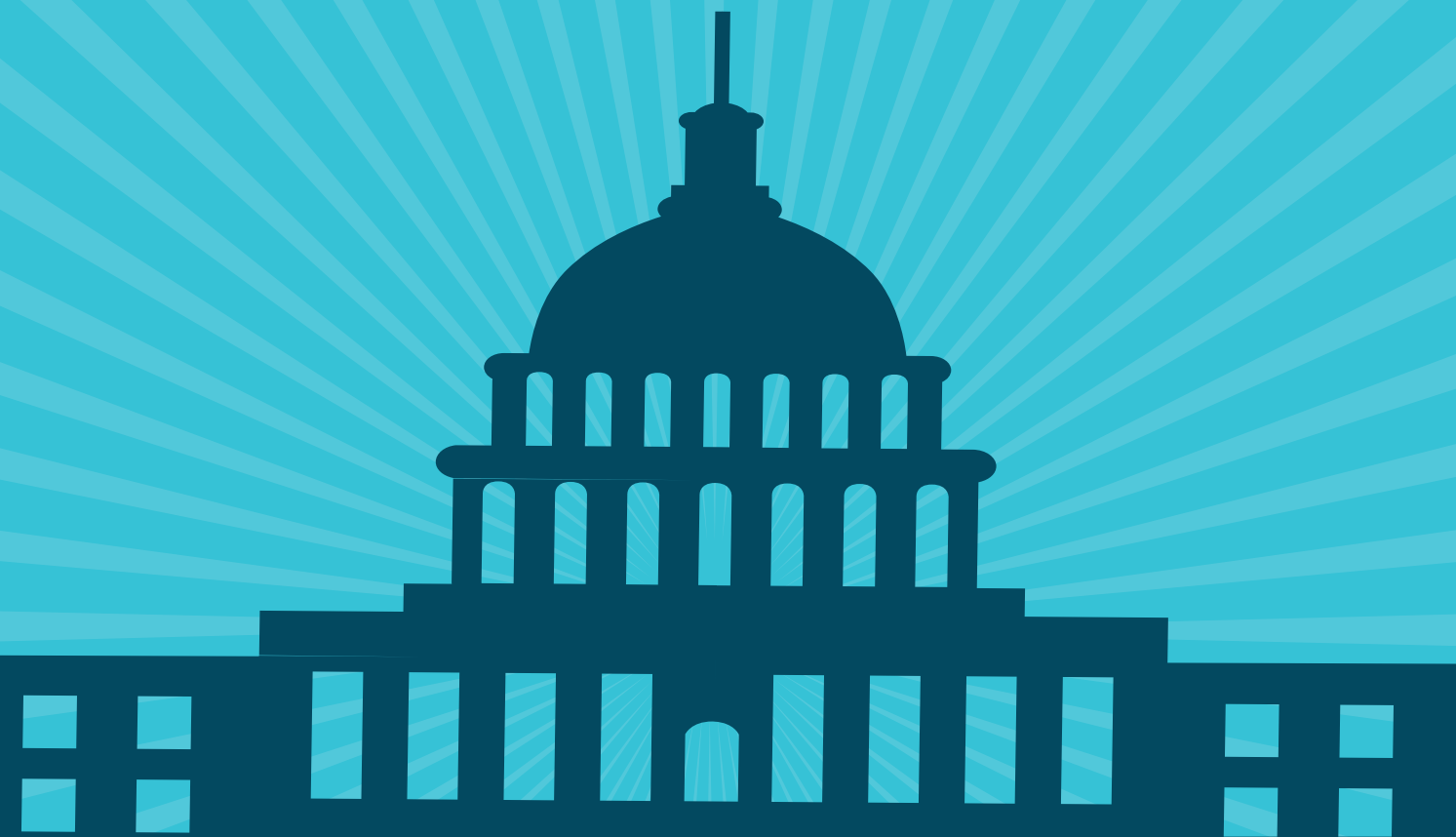


[ nota de tapa ]



# *¿ Democracia sin Estado de Derecho ?*

LA CONSTITUCIÓN NACIONAL SOSTIENE  
LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

por el Dr. Jorge M Streb, Director de Investigaciones de la Universidad del CEMA.

La Argentina ha mantenido un logro institucional a partir del 10 de diciembre de 1983: una democracia legítima. Su componente básico, la libre competencia de los candidatos por el voto ciudadano (la característica distintiva captada por Joseph Schumpeter en su libro *Socialismo, capitalismo y democracia* de 1942), se viene dando regularmente desde entonces a pesar de tremendas crisis macroeconómicas como la hiperinflación de 1989 o la gran contracción de 2001-2002.

Aún más, la Argentina ha logrado una sociedad civil con gran libertad de expresión. Según los indicadores de Freedom House sobre libertades políticas y civiles, como un país libre. Esto es importante no sólo en perspectiva internacional sino histórica, comparado con los gobiernos democráticos de 1946 a 1955 donde el Presidente Perón cercenó progresivamente las libertades civiles y cerró los diarios independientes.

Una prensa libre es esencial para controlar al gobierno, en particular en cuestiones de corrupción donde se abusa de la función pública para ventaja personal. Los países con una prensa libre y una infraestructura que permite su difusión amplia entre la población sufren menos la corrupción, además de que los medios de prensa originan la mayoría de las denuncias que la justicia luego investiga (pueden ampliarse conceptos con la obra de Tobias Dahlstrom, *The role of the media in combating corruption*, Jönköping International Business School, 2011).

A pesar de los evidentes logros en términos de democracia y libertad, a la Argentina todavía le falta una justicia plenamente independiente para estar a la par de las democracias avanzadas en cuanto al estado de derecho. La clave del estado de derecho es que nadie está por encima de la ley, ni siquiera los gobernantes. Además de evidencia anecdótica a este respecto, como el uso de barrabruvas y presidiarios cuando se intervino el INDEC en 2007 (según han contado profesionales que se desempeñaban ahí), hay indicadores objetivos sobre los problemas del estado de derecho en Argentina.

Desde 1982 está disponible una serie de ley y orden (*law and order*) elaborada por la International Country Risk Guide (ICRG) que mide tanto la ley, es decir la fortaleza e imparcialidad del sistema legal, como el orden, entendido como la observancia de la ley por la población. Este índice se deterioró fuertemente en nuestro país a partir de la crisis económica de 2001. Sin embargo, como se focaliza en el clima para la inversión extranjera, no es una medida ideal para medir el estado de derecho.

Dos series recientes permiten medir más precisamente el estado de derecho o imperio de la ley: los índices del World Justice Project (WJP) y de la Bertelsmann Stiftung (BS). Según ambos índices, se lee que Argentina es la peor de todas cuando se la compara con las repúblicas vecinas del Cono Sur, sobre todo Chile y Uruguay. La posición relativa se ha deteriorado a partir de 2006.

#### IMPERIO DE LA LEY (*rule of law*)

	ARGENTINA	BRASIL	URUGUAY	CHILE
--	-----------	--------	---------	-------

#### ÍNDICE DEL WORLD JUSTICE PROJECT

2014	5.0	5.4	6.8	6.9
------	-----	-----	-----	-----

#### ÍNDICE DE BERTELSMANN STIFTUNG

2006	6.0	7.0	9.25	10
2014	5.75	7.8	9.25	10

Nota: Los índices van de 1 (peor) a 10 (mejor). El índice de la Bertelsmann Stiftung es parte de un índice más amplio, el Bertelsmann Stiftung's Transformation Index (BTI).

Un componente esencial del estado de derecho es la sujeción de los funcionarios públicos a la ley. El World Justice Project reporta a este respecto la corrupción en los diferentes poderes del Estado, mientras que la Bertelsmann Stiftung reporta directamente en qué medida son juzgados y penalizados los funcionarios públicos que

abusan de sus prerrogativas. En ambos casos, estos índices específicos repiten los mismos patrones de los índices generales sobre imperio de la ley.

Una explicación para la debilidad del estado de derecho en Argentina es la falta de una justicia independiente que pueda controlar la conducta indebida de los otros poderes públicos, como muestra el cuadro que sigue.

#### INDEPENDENCIA Y CONTROL JUDICIAL

	ARGENTINA	BRASIL	URUGUAY	CHILE
<b>JUSTICIA LIMITA AL PODER EJECUTIVO - WJP</b>				
2014	3.5	6.2	6.5	6.9
<b>JUSTICIA INDEPENDIENTE - BTI</b>				
2006	6	7	9	10
2014	6	6	9	10

Nota: Los índices van de 1 (peor) a 10 (mejor).

Los índices del World Justice Project (WJP) y de la Bertelsmann Stiftung (BS), que miden el imperio de la ley, plantean que la Argentina es la peor de todas cuando se la compara con las repúblicas vecinas del Cono Sur, sobre todo Chile y Uruguay.

La menor independencia judicial se explica en gran parte por los pocos frenos y contrapesos legislativos que enfrenta el Poder Ejecutivo en nuestro país, a diferencia de las repúblicas vecinas del Cono Sur. Esto se produjo en el marco de una menor competitividad partidaria, al haberse transformado el Partido Justicialista (PJ) en un partido casi-hegemónico en los últimos años. Se agrega el hecho de que el PJ viene de una tradición que muchas veces ha priorizado los resultados antes que el debido proceso. Una instancia trágica, cuyas secuelas resuenan todavía hoy, se dio cuando Montoneros y otras organizaciones armadas pasaron a la clandestinidad en 1974. La respuesta del Presidente Perón y su sucesora fue combatirlos a través de la represión ilegal.

#### NO ESTAMOS CONDENADOS A REPETIR LA MISMA HISTORIA

La reforma constitucional de 1994, acordada por las principales fuerzas políticas del país, sembró las semillas de un corte profundo con el pasado. Veamos algunas de las razones que hicieron que el Poder Judicial de la Nación haya podido proteger la libertad de prensa e investigar a las más altas magistraturas de la Nación.

Un primer paso fundamental fue el cambio en la representación de las provincias, que pasó de dos senadores por la mayoría a tres senadores, dos por la mayoría y uno por la minoría (el sistema binominal chileno hubiera sido aún mejor, al llevar a un senador por la

mayoría y otro por la minoría a menos que la primera fuerza tuviera más del doble de votos que la segunda). Este cambio es un quiebre fundamental, ya que impide situaciones como el juicio político de 1946 a los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sobre los 28 senadores en funciones, 15 eran de la UCR-Junta Renovadora y 13 del Partido Laborista; es decir, todos respondían al Presidente Perón (ambos, junto con el Partido Independiente integrado por políticos conservadores, formarían luego el PJ).

“El Poder Judicial no habla el mismo idioma que los otros poderes”, según entonces dijo Perón (Rogelio Alaniz, “El juicio político de 1946 a la Corte Suprema de Justicia”, *El Litoral*, 16 de enero de 2013). Esto trae a la memoria algunos planteos actuales del gobierno nacional. Pero, como la Constitución Nacional exige juntar una mayoría de dos terceras partes del Senado para remover a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el oficialismo no puede reeditar eso hoy día. Aunque la oposición haya sido inefectiva en el Congreso, por su poco peso político, la Constitución Nacional hizo que su papel fuera crucial para bloquear los avances del oficialismo sobre la Corte Suprema.

La segunda reforma crucial es exigir una mayoría de dos terceras partes del Senado para nombrar jueces de la Corte Suprema. Esto explica, a mi entender, los nombramientos de Kirchner para la Corte Suprema: no la virtud, sino la necesidad de que el Senado aprobara los nombramientos. Cuando era gobernador de la provincia de Santa Cruz, en cambio, podía poner y sacar a su antojo a los miembros del poder judicial.

La tercera reforma fundamental fue la creación del Consejo de la Magistratura para proponer los nombramientos y remociones de jueces. Para los nombramientos, el Consejo elabora una terna con el propósito de que el Poder Ejecutivo Nacional luego proponga un candidato al Senado. Como la Constitución Nacional requiere que haya un balance entre los representantes de los partidos políticos y los de jueces y abogados, la situación permite dotar de mayor independencia e idoneidad al poder judicial, haciendo más difícil que el criterio para elegir candidatos sea su permeabilidad al poder de turno.

Este balance constitucional fue socavado por la ley de 2006 impulsada por el Presidente Néstor Kirchner que le dio al oficialismo poder de veto, lo que ha llevado a que el proceso de nombramiento de nuevos jueces se demorara. Así se explica la gran cantidad de jueces subrogantes que hay actualmente. Tal balance hubiera desaparecido del todo en 2013 con el paquete de leyes para democratizar la justicia de la Presidente Cristina Fernández de Kirchner, que daba el poder para nombrar y remover jueces a la mayoría oficialista. Pero la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inconstitucionales a esas modificaciones (para más información, léase la columna de Gustavo Chirio, *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y su rol constitucional*).

La Presidente, respaldada por el impresionante porcentaje de 54% de los votos en las elecciones de 2011, 37 puntos porcentuales por delante del segundo candidato, decidió democratizar la justicia en parte por las dificultades para avanzar en contra del grupo Clarín. Quería que la justicia respondiera a los representantes del pueblo más que a una élite legal. Después de que falló esta reforma judicial, la Presidente consiguió que el Congreso aprobara en 2014 una reforma del Código Procesal Penal. Esto deshace la reforma constitucional de 1994, en tanto transfiere el poder para investigar y acusar de jueces a fiscales. Mientras que los jueces están sujetos a un riguroso proceso de selección y remoción, los fiscales no lo están. Los fiscales son nombrados y removidos en un proceso que la Presidente puede controlar, porque depende de la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, quien está completamente alineada con el Poder Ejecutivo.

En el medio de este conflicto entre, por un lado, la Corte Suprema de Justicia y otros miembros del Poder Judicial y, por el otro, el Poder

Ejecutivo tuvo lugar la extraña muerte del fiscal Alberto Nisman. La Procuradora General de la Nación es parte de Justicia Legítima, un movimiento que acusó a los jueces y fiscales que participaron de la marcha silenciosa del 18 de febrero en honor a Nisman, de ser parte de la oposición política. La Presidente y sus adherentes parecen entender que un sistema de justicia legítimo es un sistema de justicia absolutamente leal a las autoridades políticas.

Sin embargo, según la Constitución Nacional la democracia argentina no sólo está basada en la legitimidad electoral. Está también basada en la idea del imperio de la ley. A diferencia del INDEC, el Poder Judicial juzga sobre la libertad, el honor y los bienes de los ciudadanos argentinos. Es su principal garantía. Nisman tuvo el valor de sostener una denuncia contra la primera mandataria. Esto marcó un antes y después. La República Argentina necesita de una justicia independiente, integrada por funcionarios idóneos, imbuida de una mística: que se haga justicia.

## » PALABRA DE EXPERTO

por GUSTAVO CHIRIO, abogado  
y profesor de la UCEMA.



### LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA ARGENTINA Y SU ROL CONSTITUCIONAL

El texto de la Constitución formal de 1853-1860 es una síntesis del sistema legal argentino, basamento sobre el cual se edifica la estructura legal de nuestro país. Y es a partir del consenso básico sobre su vigencia irrestricta que se garantiza la convivencia pacífica y provechosa de quienes habitamos el suelo argentino. Esta ley fundamental está básicamente integrada por una parte dogmática que, entre otras cosas, define y establece derechos y garantías personales, y una parte orgánica que define y delimita los poderes del Estado (correlato esencial de toda la normativa que delimita conductas positivas y negativas de reparto).

En este contexto la Constitución Nacional dispone la existencia del máximo Tribunal de Justicia de nuestro país: la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Como institución directriz del Poder Judicial de la Nación tiene una importancia que no puede exagerarse. La propia Constitución define su competencia originaria, derivada por vía de recurso extraordinario federal (arts. 116 y 117 CN), y por vía de su desempeño judicial. Así adquiere una esencial trascendencia política. En efecto, la Corte es la principal encargada del control de constitucionalidad de las normas en nuestro país. Concretamente, definirá si las leyes del Congreso y los decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo, entre otras normas, han sido redactadas y puestas en vigencia conforme las disposiciones de la Constitución, en forma y contenido.

Es decir, se convierte la Corte Suprema, por obra y gracia del texto constitucional, en el principal árbitro e intérprete de constitucionalidad de nuestro país. Con lo cual tendremos como cierto el principio que propone que “la Constitución Nacional dice lo que la Corte Suprema de la Nación dice que dice”. Y en ese sentido se nos presenta el principal rol del Alto Tribunal. A través de sus sentencias, la Corte Suprema interpretará las disposiciones constitucionales en cuanto a alcance y significado, rol que excede con mucho el mero cometido legal-judicial, convirtiéndose en un rol esencialmente político.

Y esto es así porque la Corte Suprema (siempre a pedido de parte) tendrá la responsabilidad de establecer la constitucionalidad (es decir la sujeción y la correspondencia con la Constitución Nacional) de los decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo Nacional, así como de las leyes que provengan de proyectos presentados por dicho Poder Ejecutivo, y aprobados en el Congreso de la Nación.

Esta situación plantea un área de tensión entre la CSJN y el Poder Ejecutivo Nacional, que a lo largo de los años ha tenido diferentes desarrollos, con mayor o menor conflictividad.

## REVISANDO LA HISTORIA

Teniendo en cuenta el poder de la CSJN, a partir de la potestad descripta, el poder político ha mantenido diferentes actitudes hacia la Corte desde 1860 a la fecha.

Debe señalarse que en los años llamados de la "Organización Nacional" la Corte mantuvo una tradicional independencia del Poder Político, a punto tal que uno de sus miembros más destacados, el Dr. Antonio Bermejo, fue presidente del máximo Tribunal desde 1905 hasta 1929. La inamovilidad de los jueces dispuesta por el art. 110 de la CN. se respetaba a pie juntillas a pesar de que los fallos pudieran convenir o no al poder político.

La situación cambia con la Acordada del 10 de setiembre de 1930 (Fallos, 158, pág. 290) en la que la CSJN manifiesta "que el gobierno provisional que acaba de constituirse en el país es pues un gobierno de facto cuyo título no puede ser judicialmente discutido con todo éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y policial derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y de seguridad social (...)". Este aval judicial a la suspensión del texto constitucional inaugura en nuestro país un largo período de interrupciones en la vigencia de la Constitución de 1853-1860, por el cual se pagó un alto costo político y jurídico. Y es prueba evidente de la trascendencia política de la CSJN, cuya legitimación de los regímenes de facto resultó necesaria para mantener una situación aparente de "normalidad constitucional", en tanto y en cuanto no pronunciara sentencias contrarias a los designios del Poder político de facto.

Es evidente entonces la necesidad, o por lo menos la intención de parte del poder político de facto, de tener a la CSJN como compañero de ruta. No obstante, y aún en períodos de poder político ilimitado como los característicos del gobierno del Proceso de Reorganización Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió: "es insuficiente por genérico e impreciso el informe del Ministerio del Interior sobre las razones de la detención del Sr. Carlos ZAMORANO. El P.E.N. debe informar concretamente sobre las razones de la detención de dicha persona para privarlo de su libertad" (ZAMORANO, Carlos s/habeas corpus, 9/ago/1977). En igual sentido se pronunció en el fallo "TIMMERMAN, Jacobo s/habeas corpus, 20/jul/1978", con una trascendencia política inclusive mucho mayor.

Se pronuncia de igual manera en el fallo "OCARIZ, Jorge" del 23/3/1982, cuando dispone que "corresponde hacer lugar a la acción de habeas corpus por una persona que ha permanecido detenida cuatro años y ha sido absuelta en sede penal, no obstante que el P.E.N. considere que podría poner en peligro la paz y la seguridad de la Nación". En estos y muchos otros fallos de idéntico tenor, la CSJN se esforzó en dar vigencia a las garantías constitucionales, no obstante encontrarse suspendida la Constitución Nacional en su vigencia, en la medida que se encontraba subordinada en su contenido al Estatuto del Proceso.

En épocas más recientes la CSJN ha tenido un papel destacado en la gestión gubernamental del Poder Ejecutivo Nacional: así, en el Fallo "PERALTA, Luis A. c/Estado Nacional (Ministerio de Economía y BCRA)", 27/dic/1990, el máximo Tribunal dispuso: "La división de poderes no debe entenderse como desmembramiento del Estado, en

detrimento de la unidad nacional (...) Cuando una situación de crisis o necesidad pública exige la adopción de medidas en salvaguarda de los intereses generales, se puede postergar el cumplimiento de las obligaciones emanadas de derechos adquiridos (...) En situaciones de emergencia se ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporalmente el efecto de los contratos (...) que inmersos en la realidad, no sólo argentina sino universal, debe reconocerse que la índole de los problemas y el tipo de solución que cabe para ellos difícilmente puedan ser tratados y resueltos con eficacia y rapidez por cuerpos pluripersonales" (en clara alusión al Congreso de la Nación).

## La enorme importancia del rol de la CSJN en nuestro sistema legal y político establece el esencial límite legal a las pretensiones del Gobierno de turno. Y esto implica poder político.

Este fallo surge de resultados del decreto del P.E.N. Nro.36/1990 que disponía el canje forzoso de los depósitos sobre determinado monto a plazo fijo en las entidades bancarias de plaza por Bonos Externos del Estado Nacional. Las necesidades de caja del Poder Ejecutivo lo llevaron a violar el derecho de propiedad de los ahorristas consagrado por el art. 17 de la CN, y la CSJN convalidó con el fallo citado tal conducta inconstitucional.

Debemos destacar que ante otros "hechos del príncipe" como el decreto Nro. 1570/2001 y decreto Nro. 214/2002, denominados de corralito y pesificación respectivamente, la CSJN -ante el avance del Poder Ejecutivo sobre los derechos de los particulares a partir de crisis económicas propiciadas por las propias políticas gubernamentales-, ha salvaguardado los derechos de las personas a través de una serie de fallos que, si bien no han restablecido en forma completa los derechos afectados, han restañado en gran parte los perjuicios patrimoniales derivados de las violaciones al derecho de propiedad que distintos gobiernos no han vacilado en llevar a cabo, con un empeño digno de mejor causa.

Se desprende indudable de las breves líneas que anteceden la enorme importancia del rol de la CSJN en nuestro sistema legal y político, estableciendo el esencial límite legal a las pretensiones del Gobierno de turno. Y esto implica poder político.

Como claramente señala el Justice Felix Frankfurter en *The business of the Supreme Court*, pag. 36, Ed. Transaction Publishers: "The essentially political significance of the Supreme Court's share in the operations of the Union can hardly be overemphasized". Esto es aplicable igualmente al papel de la CSJN en nuestro país ya que el sistema constitucional es tributario directo del norteamericano, como bien lo señalaron en su momento los constituyentes de 1853-1860 y lo prueba el Preámbulo de nuestra Constitución, hecho a imagen y semejanza del propio de la Constitución de los Estados Unidos de América.

El rol de la CSJN es el que le asigna la Constitución, tanto formal como material. Y como tal, el Alto Tribunal sólo debe supeditarse a la Ley fundamental, es decir al marco normativo. Su independencia, en ese escenario, es la mayor garantía que tiene la sociedad de plena vigencia del Estado de Derecho.