

Dictamen de la Sección de Derecho Administrativo del IDEL-FACA.

Buenos Aires, 2 de noviembre de 2020

DICTAMEN

En el día de la fecha, se reúnen los integrantes de la Sección de Derecho Administrativo del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, a los efectos de suscribir el presente dictamen.

I. EXORDIO

El Decreto 635/2020 crea, en el ámbito de la Presidencia de la Nación, el “Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y el Ministerio Público” con incumbencias fijadas en su artículo 4º, alrededor de ejes temáticos entre los cuales se encuentra la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN en adelante).

De conformidad a lo dispuesto en el inciso 1º, el dictamen a elaborar por el Consejo deberá contener una descripción valorativa con especial indicación de los problemas que se observan para el funcionamiento de la CSJN.

En el presente dictamen se abordarán algunas consideraciones y propuestas en el marco de la CSJN, su funcionamiento y carácter de sus sentencias.

II. DESARROLLO

a. Acerca de las acordadas de naturaleza procesal y la necesidad de su incorporación legislativa

1. Competencia de la Corte para dictar normas procesales

La regulación que la CSJN ha hecho respecto de normas de naturaleza procesal relacionados a trascendentes aspectos, que no solo radican en normativa vinculada a basales instituciones que hacen a su funcionamiento, sino también determinan reglas que impactan decididamente sobre los derechos y garantías de acceso a la justicia y los principios *pro homine*, *pro actione*, etc., sin dudas es uno de los puntos que deben ser analizados por el Consejo Consultivo creado al efecto, en conexión con el ejes de correcto funcionamiento de la Corte, y en especial, la evaluación de las normas que reglamentan la competencia atribuida al Alto Tribunal, análisis de normas en materia de audiencias orales, entre otros (Decreto 635/2020, art. 4, inc. 1 y 2).

Se parte de la inconveniencia, en nuestro Estado Constitucional de Derecho, de la atribución de competencia que efectuó la CSJN respecto de la normativa de naturaleza procesal, y que desde el punto de vista formal, debe ser el Congreso de la Nación quien debe ejercer su potestad de legislar sobre normativa de esa naturaleza, y no por Acordadas del Alto Tribunal, que no son otra cosa que actos administrativos de carácter general, o si se prefiere, reglamentos, que en nada se relacionan con la materia superintendencia.

En la mayoría de los supuestos aquí analizados, si bien es verdad que la Corte ha sustentado el dictado de dichas Acordadas en las atribuciones que tiene como cabeza de un Poder del Estado pues –se argumenta– desde su constitución en 1863, durante todo su ulterior funcionamiento y hasta la más reciente legislación sancionada por el Congreso de la Nación, le han sido otorgados expresos poderes para dictar reglamentos (ley 48, art. 18; ley 4055, art. 10) como los aquí mencionados, y en igual sentido el segundo párrafo del art. 4° de la ley 25.488 de la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece expresamente que la CSJN queda facultada para dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de la norma y fines de la reforma.

También lo es que, en no pocos casos, por fuera de sus facultades para dictar su reglamento interno (art. 113 CN) y eventuales poderes implícitos como tribunal de garantías constitucionales, directamente incorpora reglamentariamente a través de actos administrativos de carácter general, regulaciones de indudable contenido procesal, y como tal, solo pueden ser de resorte legislativo (art. 18, 75 inc. 12, inc. 20, etc. de la CN).

2. Reglas para la interposición de recurso extraordinario y de queja

En este sentido, puede comenzarse con la misma Acordada 4/2007 que aprueba el Reglamento sobre los Escritos de Interposición del Recurso Extraordinario y del Recurso de Queja por denegación de aquel, al momento que regla diversos aspectos que deberán contemplar las citadas piezas procesales, y que no solo se refiere a solemnidades o meras formalidades a cumplimentar en tales libelos, sino que también recoge diversas exigencias sustanciales y materiales propias de la complejidad de esos recursos, y que en definitiva son motivo de análisis por el Tribunal competente al momento de la resolución respecto la admisibilidad y procedencia del recurso extraordinario o de queja.

Y eso es así, toda vez que, aunque los considerandos del mencionado reglamento presente a la Acordada como un simple “ordenamiento con el objeto de catalogar los diversos requisitos que, con arreglo a reiterados y conocidos precedentes, hacen a la admisibilidad formal de los escritos” que “justifica la sistematización que se lleva a cabo

como un provechoso instrumento para permitir a los justiciables el fiel cumplimiento de los requisitos”, lo que ha sido avalado además rápidamente por la propia Corte en la causa “Arocena” (11/12/2007) y por calificada doctrina señalando que “un repaso por años de jurisprudencia corroboran cada uno de los puntos exigidos, debiendo reiterarse la claridad y pedagogía de la sistematización efectuada por el Tribunal”, en realidad lo que está haciendo es complementar, añadir, sumar e incluso, modificar leyes tales como la ley 48 (que por otra parte data del año 1863), ley 4055, el Código Civil y Comercial de la Nación en sus arts. 256 y ss., entre otras.

En la disidencia de la Acordada 28/2004 (primera regulación nacional de los *amicus curiae*), los Ministros Belluscio, Fayt y Vázquez – y a modo de *obiter*, si es que se nos permite dicha alocución para referirnos a las motivaciones de un reglamento de la Corte – argumentaron que las denominadas “Rules” de la Suprema Corte americana constituyen un supuesto de legislación delegada por el Congreso de ese país en su Suprema Corte, de tal amplitud que ha llevado al aquel tribunal a dictar verdaderos códigos procesales, luego considerada constitucional, lo que le permitió precisamente a aquel Tribunal “legislar”, por ejemplo, sobre los requisitos que deben contener los escritos que se presentan ante el Tribunal (Regla 21), la extensión máxima de las presentaciones (Regla 33), entre otras. “El contenido de este tipo de disposiciones –fundamentan los Ministros – es claramente ajeno a la facultad reglamentaria que corresponde a esta Corte en virtud del art. 113 de la Constitución, que sólo le autoriza a dictar «su reglamento interior»”.

Con lo dicho, no se trata de poner en debate que las reglas mencionadas sean o no un fiel reflejo de la jurisprudencia de la propia CSJN en la materia – lo que incluso podría analizarse –, sino más bien determinar respecto la necesidad que tal sistematización debió hacerse por una Ley dictada por el Congreso de la Nación, al igual que se hizo con las normas procesales antes mencionadas, y si el Máximo Tribunal Federal lo hace a través de la permanencia, generalidad y atemporalidad que implica un acto administrativo de carácter general, no habría razones entonces para negarle el carácter legislativo que tan importantes reglas requieren, máxime cuando muchas de sus especificaciones ya están legisladas procesalmente (véase por ejemplo el art. 280 del CPCCN respecto el art. 11 del Reglamento).

En definitiva, tomando como propias las palabras de Néstor Sagüés, “resulta discutible la facultad de la Corte de sancionar esta acordada, dado que tal competencia legislativa no es delegable ahora por el Congreso (art. 76 CN), aunque, de hecho, la mayor

parte del contenido de sus directrices ya obraban en el derecho consuetudinario procesal constitucional”.

3. Audiencias públicas y *amicus curiae*

Mismas consideraciones pueden caberle al Reglamento de Audiencias Públicas (Acordada 30/2007), por un lado, y al Reglamento sobre la Intervención de los Amigos del Tribunal o *amicus curiae* (Acordada 7/2013), por el otro, que – claro ésta – buscan los loables objetivos de profundizar la participación ciudadana, mejorar la eficacia y objetividad del servicio de administración de justicia, fortalecer la legitimación de las decisiones jurisdiccionales dictadas por la Corte, elevar la calidad institucional, entre otros, por cuanto – como acertadamente se dijo – en ambos casos se adoptan formas y modelos participativos “tendientes a dotar a sus decisiones de consenso y sustento democrático, inaugurando modalidades de «diálogo» singulares con los restantes poderes, formas «exhortativas» para impulsarlos a actuar superando omisiones o previniendo actos ilegales o inconstitucionales futuros” .

Sin perjuicio de la plausible intención, no puede dejar de tenerse a la vista los argumentos ofrecidos por disidencia de la Acordada 28/2004 ya citada, por cuanto señala que en nuestro país no existe delegación legislativa a favor de la Corte Suprema para dictar reglas procesales; que la habilitación en normas particulares de la intervención de algunos funcionarios en causas no puede permitir arribar a un principio general de admisión de la figura en cualquier otra circunstancia; no puede asimilarse a las figuras de perito ni consultor técnico; la propia existencia de proyectos en el Congreso que solo se limitan a derechos de incidencia colectiva o cuestiones de interés público no patrimonial, prevén que se corra traslado a las partes, y finalmente, lo que es de suma importancia para esa disidencia, que es la indicación tanto respecto de quien elaboró la opinión que se pretendería agregar, como la fuente de financiamiento con que cuenta quien pretende intervenir en un conflicto que en principio le es ajeno y cuya actuación no puede generar costas, concluyendo que la Corte carece de atribuciones para regular la intervención procesal del “Amigo del Tribunal”.

En este mismo sentido, opina Sagüés, que el “amigo del tribunal, así diseñado, no está previsto por la legislación vigente, y es dudosa la facultad de la Corte de instrumentarlo por su propia voluntad. En rigor de verdad, la facultad de dictar reglamentos relacionados con la organización judicial y los necesarios para asegurar la independencia de los jueces y

la eficaz prestación del servicio de justicia, compete ahora al Consejo de la Magistratura, según el art. 114, inc. 6, de la Constitución”.

Desde nuestra óptica, instituciones como las comentadas deben incorporarse al régimen jurídico argentino, a través de una ley que así lo permita, al igual que se hace cuando se regula la intervención de terceros (cualesquiera sean sus facultades) u otros aspectos que hacen a la publicidad de los actos o el acceso a la información judicial, y tal como efectivamente se concretó en específicas regulaciones legales que en el orden nacional admiten la participación de algunos funcionarios estatales como amigos del tribunal – leyes 24.488 (art. 7) y 25.875 (art. 18, inc. e) – pero no por ello puede concluirse artificialmente que tal posibilidad puede extenderse genéricamente a todo tipo de procesos, sin que exista ley de Congreso que lo autorice.

Es más, y tal como se señalara en el derogado régimen de audiencias públicas aprobado por Acordada 28/2004, la actuación de los Amigos del Tribunal encuentra sustento en el sistema interamericano al cual se ha asignado jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), pues ha sido objeto de regulación en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 62.3) y ha sido expresamente autorizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sustento en los arts. 44 y 48 de la Convención Americana, por lo que tal importante institución no puede quedar sujeta a lo que ordene una norma de naturaleza administrativa.

4. La problemática de los procesos colectivos

Asimismo, en materia de procesos colectivos, debe considerarse primero la Acordada 32/2014 por la cual se crea el “Registro de Público de Procesos Colectivos” radicados ante los tribunales del Poder Judicial de la Nación de carácter público, gratuito y de acceso libre, disponiéndose la inscripción ordenadamente de todos los procesos de este tipo – tanto los que tengan por objeto bienes colectivos como los que promuevan la tutela de los intereses individuales homogéneos –, bajo el argumento de la “gravedad institucional que da lugar al escándalo jurídico que genera la existencia de sentencias contradictorias de distintos estrados, o de decisiones de un tribunal que interfieren en la jurisdicción que está ejerciendo otro órgano judicial” (citando “Municipalidad de Berazategui c/Cablevisión S.A. s/amparo”, 23/09/2014) además de “preservar un valor eminente como la seguridad jurídica” y “perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el proceso” – según se lee en los considerandos de la resolución –

; que fuera a la postre ratificada por el Máximo Tribunal Federal en la causa “García c/ PEN” (de fecha 10/03/2015).

Y después la Acordada 12/2016 (de fecha 5/04/2016) que directamente aprueba el “Reglamento de Actuación de Procesos Colectivos”, y aunque en sus considerandos se argumente – sumando a lo antes dicho – que “resulta imperioso definir el criterio que determinará la preferencia temporal de este tipo de procesos”, en rigor de verdad se establecen reglas procesales ya insertas en los códigos adjetivos de rigor (en muchos casos incluso modificándolas), tales como los requisitos de la demanda, la subsanación de las omisiones de la misma, orden de inscripción en el registro, la certificación del colectivo, el propio traslado de la demanda, medidas cautelares, entre otros aspectos.

Pero lo que es más gravoso aun, es la regla de la remisión al juez que previno señalando la norma en su dispositivo IV que “[s]i del informe del Registro surge la existencia de un juicio en trámite, registrado con anterioridad y que presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva, el magistrado requirente deberá remitir, sin otra dilación, el expediente al juez ante el cual tramita el proceso inscripto...” lo que podría generar serios agravios procesales desconociéndose al derecho de defensa, el debido proceso adjetivo y el principio de tutela judicial efectiva, con la evidente privación de justicia que significa para el justiciable tener que trasladarse a un tribunal foráneo a la causa, sumado a que en los hechos se torna ineficaz e inútil cualquier instrumento procesal apto para proteger judicialmente derechos fundamentales, alejándose el procedimiento de cualquier impronta de viabilidad, eficacia, rapidez y utilidad que definen este tipo de procesos generalmente canalizados a través de acciones de amparo, sumado a que la norma introduce una cuestión de discusión de competencia vedada por el art. 16 de la ley 16.986, y sobre todo pone en crisis el propio sistema de control de constitucionalidad difuso propio de nuestro país; cuestionamientos que se agravan todavía más al momento en que el reglamento solo permite que se apele “la resolución que rechace la remisión de la causa al tribunal ante el cual tramita el proceso registrado y la decisión de este último de rechazar la radicación del expediente remitido”.

En esta última Acordada, que incluso fuera ratificada por la Corte en la causa “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” (18/08/2016) reprochando a los jueces federales del país el no cumplimiento del registro de procesos colectivos, fue paradigmático la expectativa que puso el Máximo Tribunal Federal para la obtención de una ley del Congreso al respecto, y lejos estuvo dictar un reglamento de naturaleza procesal con intención de regular

definitivamente la materia, toda vez que si bien la Acordada data de los primeros días de abril del año 2016, en la misma resolución se dice que se aplicará en las causas que se inicien a partir del primer día hábil del mes de octubre de ese año, lo que inclusive es reconocido explícitamente cuando el texto dice que dicho reglamento “tendrá vigencia hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule este tipo de procesos”, pese que la propia Corte desde el año 2009 ha manifestado la necesidad de contar con una ley que regule los procesos colectivos (Fallos 322:111), no obstante ello, hasta la fecha todavía el Congreso no ha dictado una norma con esas características.

5. Conclusión

Así como acertadamente se ha establecido que en nuestro sistema la competencia originaria de la Corte Suprema no puede ser ampliada ni restringida por leyes de Congreso por estar en la Constitución Nacional determinado cada uno de los supuestos, precisamente por mandato de aquella la competencia “por apelación” solo puede ser regulada según las “reglas y excepciones que prescriba el Congreso” (art. 117 CN), quien es en definitiva la Autoridad constituida que, bajo las reglas del sistema republicano de gobierno, fija las normas de actuación de la Corte Suprema de Justicia, de la misma manera que cualquier ley de contenido procesal. Después, podrá ésta o cualquier tribunal competente del país, para el caso concreto y en el supuesto que dicha normativa viole libertades, derechos y garantías constitucionales y convencionales, declarar la inconstitucionalidad, inaplicabilidad y/o nulidad de ese tipo de normas, como efectivamente y no hace mucho tiempo lo hizo declarando la invalidez del apartado a), inc. 6, del art. 24, del Decreto Ley 1285/58 – supuesto de recurso ordinario de apelación ante la Corte por el monto.

En los últimos años, puede advertirse como nota característica de comportamiento de la CSJN la tendencia a potenciar su poder como cabeza de un Departamento de Gobierno de Estado en miras a consolidar la operatividad de la norma suprema, lo cual ha sido muchas veces calificado como el activismo judicial del Tribunal incluso a través de acciones como legislador “positivo” al adoptar decisiones normativas, pero no por ello, puede ni debe suplantar las competencias del Congreso de la Nación en el dictado de leyes que dispongan su funcionamiento.

b. Acerca del valor del precedente y la sentencia arbitraria en la CSJN

En segundo lugar, en línea con el mentado Decreto, se impone la necesidad de examinar el valor que la CSJN asigna a sus precedentes (tanto verticales como horizontales),

la relación de estos con la sentencia arbitraria y finalmente la obstaculización del tratamiento de las cuestiones netamente federales que ello genera.

Nuestro país adhiere al sistema de control de constitucionalidad difuso “puro” en virtud del cual cualquier juez puede en un proceso declarar la inconstitucionalidad de una norma y por ello sentenciar sin aplicarla. Dicho sistema no contempla la relevancia del precedente, sin perjuicio de lo cual su valor ha merecido reconocimiento por la CSJN en 1985 habiéndose expresado que:

“... no obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas...” y que *“... la sentencia apelada no se adecua a la ley en su ineludible vinculación con la doctrina y la jurisprudencia relacionados, a su vez, con el caso a decidir y satisface solo de manera aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa, lo que impone su descalificación con arreglo a la conocida jurisprudencia de esta Corte en materia de arbitrariedad.”*¹

El precedente, como bien sabemos, puede ser:

- a) Vertical: proviene de un tribunal de mayor jerarquía hacia los inferiores,
- b) Horizontal: el que debe observarse por el mismo tribunal que lo dictó.

La distinción entre ambos supuestos nos lleva a discernir distintas problemáticas en torno a la labor de la Corte.

Ejemplo de precedente vertical lo constituye los cinco recientes fallos recaídos con fecha 8 de octubre de 2020 donde – citando como precedentes causas análogas de previa resolución – se dicta sentencia revocando las de Cámara en abierta contradicción.

En cuatro de las cinco causas, la fórmula invocada es la misma:

“...Que los agravios de las recurrentes remiten al examen de cuestiones sustancialmente análogas a las examinadas por el Tribunal en los precedentes “Nieto”, “Villarreal” y “Cuello”(Fallos: 329:3054 y 3488; 331:379 y 330:3483) y en las causas CSJ 166/2007 (43-O)/CS1 “Obarrio, María Pía c/ Microómnibus

¹ Del voto del Dr. Fayt en CSJN, Incidente de Prescripción Cerámica San Lorenzo del 4 de julio de 1985.

Norte S.A. y otros” y CSJ 327/2007 (43-G)/CS1 “Gauna, Agustín y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro”, sentencias del 4 de marzo de 2008, cuyas consideraciones se dan por reproducidas.

El juez Rosenkrantz se remite a su voto en la causa “Díaz” (Fallos: 341:648).

“Por ello, resultando inoficioso que dictamine la Procuración General de la Nación, con el alcance indicado, se declaran formalmente admisibles los recursos extraordinarios y se revocan las decisiones apeladas...”

Con misma fecha 8/10/2020 también se destaca la resolución por vía de precedente en un Recurso de Queja de tema distinto a los mencionados pero idéntica valoración a la señalada.

Las sentencias de los cinco expedientes han sido revocadas y en la ficha de consulta se inserta la calificación de ARBITRARIEDAD para su archivo y recopilación posterior en cuadernillo.

Ahora bien, no corre misma suerte el tratamiento por parte de la CSJN del precedente horizontal. Traeremos a colación el disímil tratamiento de los acreedores involuntarios en el proceso concursal, con el dictado en período menor a cinco meses de dos fallos de holding exactamente opuesto.

Me refiero a lo acontecido en los autos “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/Quiebra s/Incidente de Verificación de Crédito por L.A.R y Ot” de fecha 6/11/2018 radicalmente modificado en “Institutos Médicos Antártida s/Quiebra s/Incidente de Verificación de F.R” de fecha 26/03/2019 donde no obstante tratarse de hechos análogos en especial a la vulnerabilidad extrema del acreedor, con el voto de una conjuez se generó una solución contraria en materia de privilegios concursales, creando un orden distinto de acreedores en ambos casos.

Dicha situación amerita el análisis de las siguientes cuestiones:

a) Que ambos supuestos cuyo objeto contempla situaciones de extrema vulnerabilidad frente a un orden de privilegios concursales legalmente preestablecidos, han merecido disímil tratamiento por una causal ajena a las constancias del expediente.

b) Si la resolución de un Recurso Extraordinario (o eventualmente la queja) puede depender de la conformación del Tribunal y con ello incidir en la

resolución diametralmente opuesta de un precedente horizontal de reciente data, como en el caso.

c) La eventual violación de Tratados de jerarquía constitucional que tal situación conllevaría ante tratamiento opuesto de los acreedores concursales frente a un acreedor involuntario.

Como conclusión de lo aquí expuesto, se propicia que el tratamiento del precedente vertical sea objeto de lineamientos que garanticen su aplicación por los tribunales inferiores evitando que la Corte deba avocarse al análisis de sentencias tachadas de arbitrariedad por tales inobservancias, perturbando por ello el tratamiento de las cuestiones federales encomendadas por el artículo 14 de la Ley 48.

Idéntico tratamiento se propone en relación al precedente horizontal con el aditamento de la consideración de eventual e hipotética intervención de conjuez en causa análoga a otra de reciente resolución por el Máximo Tribunal.

c. Acerca de la potestad de la CSJN para establecer por sí programas de acción para efectivizar derechos

En tercer lugar, tratamos la competencia de la CSJN en el establecimiento de programas de acción con el fin de efectivizar derechos. Siguiendo las palabras de Alberto Bianchi, entre las distintas funciones que posee la CSJN, podemos mencionar, la de creación de Derecho y de políticas.² Algunos ejemplos que dan fe de esta realidad han sido la incorporación por vía pretoriana de la acción de amparo³ y la elección misma del modelo de control de constitucionalidad vigente, respectivamente.⁴

Esta realidad que se luce desde los albores mismos de la Corte, ha tomado especial dimensión en los últimos años dándole un rol más activo al tribunal cimero en la efectivización de derechos. Un caso paradigmático es el fallo *Mendoza*⁵ resuelto en 2006 en una causa que versaba sobre los efectos de la contaminación en la cuenca Matanza Riachuelo. En esa oportunidad, invocando las cláusulas operativas de la Ley General de Ambiente, la CSJN requirió la presentación de un plan integrado a los distintos niveles de

² Cfr. Bianchi, Alberto, Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema, LL 1997-B, 994.

³ Ángel Siri. Fallos 239:459 (1957), La Ley, 89-532

⁴ Eduardo Sojo, Fallo 32:120 (1887)

⁵ Fallo Mendoza Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo) del 20 de Junio de 2006

gobierno previendo objetivos ambientales a ser logrados gradualmente, a través de metas mediatas y remotas siguiendo un plan temporal que la misma Corte supervisaría.⁶

Este rol activo de la CSJN en la convocatoria para elaborar políticas públicas ha surgido en muchas ocasiones por omisiones de la Administración para satisfacer la demanda social impuesta por la norma. En definitiva, a partir del mandato constitucional, la CSJN es el

“último órgano de control de legitimidad de los actos del Poder Ejecutivo y de las leyes que dicte el Poder Legislativo. Por lo cual, su rol en la efectivización de los derechos [...] se da en última instancia y ante el incumplimiento por parte de la administración.”⁷

Ahora bien, no pueden desconocerse las prevenciones que para muchos trae aparejada la dimensión “activista” del Poder Judicial.⁸

A fin de garantizar la división de poderes y así 1º) respetar el ámbito de decisión administrativa del Poder Ejecutivo, 2º) conservar la competencia legisferante del Poder Legislativo y 3º) evitar la intromisión desproporcionada de los órganos jurisdiccionales en la administración de la agenda pública, se ve conveniente proponer un sistema de facultades y limitaciones para la elaboración de políticas públicas por la Corte.

Así, dicha competencia operativa en la elaboración de políticas podría surgir en casos de una omisión clara y manifiesta por parte de la Administración que torne ilusorio el ejercicio de derechos ya reconocidos por una ley, la Constitución o un tratado cuando estos últimos exijan de la Administración la elaboración de un programa o proyecto. Esta condición – la existencia de un mandato expreso de obrar para la Administración – diferencia la propuesta del presente dictamen de aquellas facultades que la doctrina ha denominado como sentencias exhortativas⁹. En esta última categoría se ubican aquellas donde la Corte, se limita a poner en conocimiento a otros poderes de una situación fáctica a la luz del ordenamiento vigente sin establecer modos concretos de efectivizar derechos¹⁰.

⁶ Cfr. *Ibidem*, Acápito V de la parte resolutive del fallo.

⁷ Ballhorst, C. A., El rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la efectivización de los Derechos Sociales, Universidad Católica Argentina. Facultad “Teresa de Ávila”, Departamento de Derecho, 2016.

⁸ Peyrano, Jorge W., “Sobre el activismo judicial”, La Ley 2008-B-837

⁹ A este respecto puede verse: Sagües, Néstor P., Las sentencias constitucionales exhortativas, Estudios constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Chile, 2006, Volumen 4, Número 2, pp 189-202

¹⁰ Cfr. Fallo García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad (29/03/2019)

A su vez, esa dinámica operativa de la Corte, debe interpretarse de manera restrictiva para evitar un rol activista del órgano, y reservarse para casos de extremo impacto institucional o afectación de intereses homogéneos de gran relevancia.

De esta forma, en los casos de procesos colectivos o de gran impacto institucional, en donde la CSJN advierta que existe una clara omisión de la Administración en el cumplimiento de una medida de rango legal o constitucional o cuando dicha medida resulte insatisfactoria para cumplir con los parámetros que establece la ley, la Constitución o un Tratado, la CSJN podría solicitar a la Administración la presentación de una propuesta concreta que satisfaga los requerimientos de la ley y supervisar su cumplimiento. A estos efectos, la CSJN podría disponer incluso de una Secretaría que evaluara la pertinencia de dicho Proyecto o Programa y el seguimiento del mismo. De este modo, se vería garantizada la división de poderes pues no quedaría frustrada la competencia de la Administración en el establecimiento de políticas públicas. De hecho, el imperativo hacia la Administración no estaría ya dado por la decisión discrecional de la Corte sino por el mismo ordenamiento que le impone un mandato incontestable de hacer o no hacer.

Las ventajas insumidas por este modo de proceder pueden verse reflejadas en las siguientes manifestaciones:

- a) Equilibra la distribución de poder circunscribiendo competencias y conservando en sus zonas de reserva a cada uno de los poderes.
- b) Evita la mora administrativa cuando existe un mandato legal, constitucional o convencional de hacer o no hacer.
- c) Fomenta la participación ciudadana en el establecimiento de políticas públicas satisfactorias cuando las existentes (por omisión o deficiencia) no cumplen con la finalidad contenida en la norma.
- d) Supera las dificultades de la doctrina de las cuestiones institucionales o políticas no justiciables pues deja en manos del poder administrador la elección del medio adecuado para satisfacer la necesidad.

d. Acerca de la configuración de mayorías especiales para el dictado de sentencias según la índole de los derechos en litigio

La composición, organización y atribuciones de la CSJN es un tema de estudio y reflexión ya que, como tribunal supremo federal, es el espacio institucional en el que confluyen todos los subsistemas de justicia de la República Argentina. Por ello a la luz de estas consideraciones las únicas razones legítimas para alterar el número de integrantes de

la CSJN serían el mejoramiento de su eficiencia y el incremento de su independencia (ambas, inescindibles).

Pero nos preguntamos sin ingresar en el análisis y la pertinencia de la modificación en el número de integrantes, - tema de estudio para otra ocasión - si a los fines de garantizar la eficiencia en el accionar de la Corte se podría analizar la posibilidad de configurar mayorías especiales según los derechos que estén en juego.

El medio para establecer el sistema de mayorías podría ser mediante la modificación de su reglamento interno el cual es un reglamento "funcional", y que no requiere para su dictado de una atribución legal expresa. Recordemos que de su carácter funcional se sigue también, que dicho reglamento interno es un modo posible – reconocido por la propia Constitución – para que el grupo "Corte Suprema" decida cuál regla gobernará sus decisiones¹¹. Veamos un poco como se desarrolló este tema.

La Constitución Nacional no determina ni el número de integrantes de la CSJN ni fija las reglas de acuerdo para la toma de decisiones. Sin perjuicio de ello autoriza a la Corte a dictar su reglamento interno y determinar así su régimen interior.

Asimismo, la CSJN al dictar la Acordada 1, titulada "Reglamento para el orden interior de la Suprema Corte, y organización de sus oficinas" nada dijo al respecto de la toma de decisiones, lo que no hubiera obstado a que lo realizara en otro momento.

Ahora bien, ya la Ley 27¹² del año 1862 de Organización de la Justicia Nacional fijó en cinco el número de "ministros" de la Corte y en su artículo 9º, dispuso: "La Corte no podrá expedir sentencia ni auto alguno que no sea de simple sustanciación, sin la asistencia de la mayoría absoluta de sus miembros".

El Decreto Ley 1285 del año 1958 en su artículo 23º explica que

¹¹ Cfr. Bielsa, Rafael, "Lineamiento jurídico de la ley federal 48 y el recurso extraordinario con especial referencia a las leyes fiscales", "Anales de la Legislación Argentina", 1852-1880, Ed. La Ley, Buenos Aires, © Thomson Reuters Información Legal 24 Documento 1954, p. 366. Bielsa contrasta este reglamento funcional con los "reglamentos" a los que se refiere el art. 18, ley 48 cuando establece que "[l]a Corte Suprema podrá establecer los reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos, con tal de que no sean repugnantes a las prescripciones de la Ley de Procedimientos".

¹² La ley 27 se originó en la Cámara de Senadores, cuya Comisión de Legislación acompañó el proyecto con el señalamiento de que en esta materia "sólo un modelo encontramos en la historia judicial de las Naciones, el de los Estados Unidos" (conf. Espil, Felipe A., "La Suprema Corte Federal..." cit., p. 32). Espil mismo anota que en la redacción de la ley de 1862 "se tuvo a la vista la ley americana de 24/9/1789" (Espil, Felipe A., "La Suprema Corte Federal..." cit., p. 31).

“[s]e faculta a la Corte Suprema de Justicia a dividirse en salas, de acuerdo al reglamento que a tal efecto dicte. Hasta que el mismo no esté en vigencia, las decisiones de la Corte Suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran, siempre que éstos concordaren en la solución del caso; si hubiere desacuerdo, se requerirán los votos necesarios para obtener la mayoría absoluta de opiniones. La Corte actuará en tribunal pleno en los asuntos en que tiene competencia originaria y para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad.”

Así pues, el régimen de quórum y mayoría en la Corte Suprema se mantuvo sustancialmente intacto por casi noventa años. Vemos por ejemplo en el año 1948 un eslabón significativo en esta materia, insertándolo en la cadena no mediante una ley sino por el propio tribunal, a través del ejercicio de su potestad reglamentaria.

El art. 64º del Reglamento de 1948 contiene una novedosa norma ubicada en la secc. "Corte Suprema" titulada "Quórum para cuestiones de inconstitucionalidad" y dice:

“Para declarar por primera vez la inconstitucionalidad de leyes, decretos y demás normas nacionales o locales se requerirá la intervención de la totalidad de los ministros que formarán el tribunal en el momento de dictar sentencia. En caso de impedimento legal prolongado de alguno de ellos la Corte Suprema podrá resolver con asistencia de la mayoría absoluta y concordante de los ministros”¹³.

Por último, la Ley 26.183 establece el nuevo "número legal definitivo" de jueces de la Corte, fijándolo en cinco y en la segunda cláusula transitoria establece que “[l]as decisiones se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros". Pero el art. 3º de la Ley 26.183 no desplazará al art. 23º del Decreto Ley 1285/1958, texto según Ley 15.271 sino que lo reafirma¹⁴.

En la actualidad se hace necesario considerar la adopción de nuevas reglas que gobiernen la toma de decisiones del Alto Tribunal.

¹³ Cfr. Rivera (h.), Julio César - Legarre, Santiago “Quórum y mayoría en la Corte Suprema Autores:” Publicado en: Cita Online: 0003/014196

¹⁴ *Ibidem*.

La CSJN toma decisiones por mayoría absoluta, pero podría establecer mayorías especiales según la índole de los derechos en juego. Se hace necesario considerar la adopción de nuevas reglas que gobiernen la toma de decisiones del Alto Tribunal.

Siguiendo este orden de ideas, cuando una mayoría del tribunal coincide en el resultado y la doctrina del caso no es polémica, la decisión del tribunal no requiere de grandes esfuerzos argumentativos.

Pero si nos encontramos con temas que requieran una conformación y funcionamiento adecuados y regulares de la institución, relacionado al objetivo de obtener decisiones sólidas y consistentes para la producción de sentencias que transmitan mensajes claros a la ciudadanía sobre temas complejos y relevantes, entonces, la situación es diferente.

La Corte dictó fallos de fuerte contenido institucional como fue, por ejemplo el de la pesificación¹⁵ (Fallo *Massa*) donde por mayoría, emitió una suerte de sentencia interpretativa desestimatoria en el ámbito de la pesificación de los depósitos bancarios dispuesta por el gobierno nacional, rechazando el planteo de inconstitucionalidad que por vía de amparo había formulado el titular de una caja de ahorro en dólares contra el Decreto 214/02 y sus normas complementarias. Por el alto impacto institucional de la sentencia (pues los efectos de ella se proyectarían a cientos de ahorristas en esa condición) se podría haber exigido que la decisión sea tomada por unanimidad o una mayoría calificada¹⁶.

Por ello se hace necesario analizar la clase y calidad de los debates dentro del tribunal y de la conformación de la votación para la toma de decisiones.

En algunas ocasiones un fallo dividido, que no arroja un mensaje claro y contundente a la sociedad, sobre un tema muy sensible, y que podría modificarse rápidamente dada la precariedad del mismo es nefasto frente a determinados derechos especiales y sensibles para la ciudadanía. Por otro lado, con este modo de actuar, se impide el desarrollo de una doctrina de la Corte congruente y sólida. Un ejemplo de ello son las sentencias declarativas de inconstitucionalidad.

Por otro lado, si el Alto Tribunal incursiona en temas interpretativos donde se debata y se invoque una valoración social, siempre es necesario el auxilio de expertos so pena de

¹⁵ CSJN. Fallo *Massa*, Juan Agustín c/ PEN – Dto 1570/01 y otro s/Amparo 2771.

¹⁶ ¿La Corte Suprema de Justicia argentina se reinventa, presentándose como un tribunal constitucional? The Argentinean Supreme Court of Justice is reinvented, presenting itself as a Constitutional Court? Víctor Bazán

incurrir en graves errores de interpretación, como cuando se recurre a profesionales de la ciencia médica, ingenieros, etc. ¿Por qué no exigir en esos casos el voto calificado de uno de sus miembros?

La falta de homogeneidad del voto en sus razonamientos y argumentaciones pero especialmente en lo ajustado de la mayoría, nos enfrenta a un voto de alta precariedad en un caso que requería esfuerzos supremos de deliberación y consenso¹⁷.

Frente a determinados situaciones donde entren en conflicto la vida, la discriminación, derechos de la mujer, minorías en general, el objetivo es importante: obtener fallos unánimes, que demuestren un consenso sólido en la interpretación y decisión fáctico-jurídica que una Corte adopte en cuestiones trascendentes y conflictivas. Qué importante sería que se decidieran con la obligación del voto femenino de la misma Corte, por ejemplo.

Por eso el difícil y precario consenso en las decisiones del tribunal, debilita la necesaria "doctrina o derecho judicial" que el máximo tribunal debe producir y que es esperada por los tribunales inferiores a fin de resolver los problemas de la jurisprudencia contradictoria y/o conflictiva.

Siguiendo este orden de ideas, son sentencias que producen en la sociedad civil en general, en cuanto se trata de casos de relevancia y trascendencia pública e implican derechos especiales que genera desde el sistema judicial un mensajes en forma de decisiones judiciales claras y contundentes, incluso en ocasiones, pacificadoras.

No se puede soslayar que determinados procesos vinculados a derechos especiales deben tener un tratamiento especial y armónico a los derechos involucrados¹⁸. La existencia de un voto mayoritario, esquemático y descontextualizado no es plausible para ciertos casos del derecho común o para resoluciones que generen efectos institucionales severos. ¿Qué ocasionan estas sentencias sino quitarle solidez al principio deseable de la seguridad jurídica?

¹⁷ La Corte Suprema en su laberinto. A propósito de la sentencia "Muiña". Los efectos políticos e institucionales del fallo Autor: Bercholc, Jorge O. Publicado en: DPyC 2017 (julio), 10/07/2017, 109 Cita Online: AR/DOC/1500/2017

¹⁸ Cfr. *Ibidem*.

Por ello debemos enviar mensajes claros a la sociedad, la unanimidad sería el *optimum* o una mayoría calificada de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia en consideración a los derechos esenciales y especiales que se encuentren en juego.

En síntesis hemos realizado una breve descripción valorativa del problema que se presenta ante aquellas sentencias de la Corte que involucran derechos esenciales y especiales – que son decididas por mayoría absoluta – proponiendo a fin de garantizar y fortalecer el correcto funcionamiento de la CSJN modificar las reglas de toma de decisiones, sea por unanimidad, por mayoría calificada, etc.

III. CONCLUSIÓN

Como se mencionaba en el exordio, el presente dictamen esboza algunas consideraciones y propuestas en el marco de la CSJN, su funcionamiento y carácter de sus sentencias, a la luz del reciente Decreto 635/2020. Entre ellos se analizó la necesidad y pertinencia de la incorporación legislativa de las acordadas de naturaleza procesal (acápite a), el valor del precedente y las sentencias arbitrarias de la CSJN (acápite b), la competencia de la CSJN para el dictado de programas con el fin de efectivizar derechos (acápite c) y la configuración de mayorías especiales según la índole de los derechos en litigio a la hora de dictar sentencia (acápite d).

SILVIA MORETTI. RICARDO MUÑOZ. FEDERICO MENENDEZ. DANIELA ISOLA. MIRIAN IVANEGA (directora).