

LAS PRESTIDIGITACIONES DE LA CORTE Y LA GALERA DEL MAGO¹

por Germán J. Bidart Campos

1. El título de este comentario podrá tal vez parecer irónico o hasta irrespetuoso pero, todo lo contrario, tiene un sentido alegórico que es útil para una indagación iusfilosófica elogiosa.

El mago muestra una galera vacía, y como buen prestidigitador que es mete en ella su mano, con la que saca a la luz un objeto que antes estaba ausente.

Si equiparamos la galera vacía al orden de las normas escritas; si comparamos al mago con la Corte; y si la Corte lleva a cabo una maniobra de prestidigitación, arribamos a la conclusión comparativa: en un buen número de cuestiones y materias de índole constitucional que carecen de normas escritas, la Corte elabora en su derecho judicial las pautas con las que cubrir los vacíos normativos. ¿Es algo así como una prestidigitación constitucional que de la galera vacía hace surgir lo que es necesario para colmarla?

La respuesta que a través de algunos ejemplos vamos a resumir es, por supuesto, afirmativa: la Corte ha hecho buenas prestidigitaciones constitucionales.

2. Como primer testimonio brindemos el del *recurso extraordinario*. La ley 48, en un breve articulado muy sobrio, dio los carriles elementales, dejando en el orden normativo escrito un espacio lagunoso muy vasto. Si tuviéramos que explicar en detalle el recurso extraordinario, llegaríamos a lo que arribaron ilustres juristas: a un denso libro en el que, por supuesto, las lagunas han desaparecido porque el derecho judicial hizo verdad aquello de la plenitud hermética del orden jurídico. Y entonces aparece la bisagra que habíamos insinuado al inicio cuando aludimos a la iusfilosofía, porque ¿no es acaso un tema que a todas las escuelas y tendencias de filosofía jurídica apasiona y convoca, éste de analizar qué acontece cuando la dimensión de las normas escritas tiene huecos, y para resolver cada caso hay que ingeniarse con la galera del mago a fin de que, prestidigitación mediante -de una clase o de otra- lo que carece de norma halle solución en la sentencia? Diríamos que la galera del mago ya no está vacía, porque la jurisprudencia de la Corte ha volcado a ella todo un arsenal de parámetros elaborados al curso de sus creaciones judiciales. Y tal producto, al hilo de un nutrido número de fallos del alto tribunal, superó las lagunas y, en suma ¿no logró acaso la plenitud hermética del ordenamiento, o algo muy semejante? Otra vez el “sí” parece ser la respuesta adecuada.

3. Ninguna norma escrita consigna que para llegar a la Corte desde tribunales locales y provocar su jurisdicción extraordinaria se torna indispensable que la cuestión constitucional federal haya sido objeto de tratamiento por el superior tribunal de la provincia, tanto si el derecho local lo habilita y le ofrece vía de acceso, como si es lagunoso o silente. Sin embargo, el itinerario hacia la instancia extraordinaria se frustra cuando tal requisito ha sido incumplido. ¿Por qué y cómo? Porque la Corte así lo tiene elaborado hace ya varios años como recaudo, por interpretar que, previamente a su decisión final, es indispensable -hasta por un condicionamiento federalista- la intervención del máximo órgano del poder judicial local.

¹ Publicado originariamente en el Número Especial de Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis, *140 años de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, mayo de 2003.

Nuevamente, de la galera del mago emergió, por prestidigitación muy hábil y encomiable, lo que en el vacío de la galera no aportaba norma escrita alguna, ni en la ley 48 ni en ningún otro ámbito.

4. Pero si queremos retroceder cronológicamente, este año 2003 proporciona ocasión para que, en el bicentenario del caso “Marbury c/ Madison”, de la Corte Federal de los Estados Unidos, traigamos a colación que, con base en esa fuente del derecho comparado, nuestro sistema de jurisdicción constitucional difusa abrió paso al *control judicial de constitucionalidad* sin que el texto de la constitución abordara explícitamente su procedencia y habilitación. Bastó que un artículo atribuyera a los tribunales del poder judicial federal el conocimiento y la decisión de “todas” las causas que versen sobre puntos regidos por la constitución, etc., para que desde la prestidigitación de la Corte la galera del mago ya no quedara vacía.

5. Pasemos a otro rubro: el de los *derechos no enumerados* del art. 33. Para su nómina no haremos pie en la doctrina, porque nuestro tema se circunscribe a la jurisprudencia de la Corte; pero aun con ese marco más limitado no es ocioso recordar que el tribunal fue, poco a poco, formulando una lista, en la que nuestra memoria registra -por ejemplo- la mención de los derechos emergentes de la patria potestad. Mientras esto data de 1973, vale recordar que en el caso de la inconstitucionalidad del vínculo matrimonial indisoluble (“Sejean”, de 1986) la Corte echó mano asimismo de varios derechos que calificó como implícitos. Y luego en el caso “Urteaga” de 1998 aparecieron otros referidos a los vínculos parentales.

6. Un pasado no demasiado lejano siempre trae al orbe de las creaciones judiciales fecundas y de suma originalidad los dos fallos de 1957 y 1958 en materia de *amparo* (“Siri” y “Kot”). No era entonces previsible que la prestidigitación en la galera del mago encontrara cómo dar curso al amparo contra actos de autoridad y de particulares, cuando el vacío normativo era total, tanto en la constitución como en la ley. Y en buena hora, el garantismo constitucional tuvo entonces elocuente expresión para abrir camino a una novísima ruta tutelar de los derechos.

7. El ingreso a definiciones que son propias del *derecho procesal* en su conexión con el derecho constitucional se topa con muy importantes standards, de reiterada aplicabilidad. Así: a) la Corte tiene indicado a los jueces que han de empeñarse en la búsqueda de la *verdad material u objetiva*, porque la renuncia consciente a ella no se compadece con el adecuado servicio de justicia; b) esa verdad material u objetiva tiene que prevalecer sobre la verdad formal; c) en consecuencia, el *exceso ritual manifiesto* transgrede aquel servicio de justicia; d) para arribar a una sentencia justa, todo tribunal debe encauzar el proceso apelando a la acción más idónea, para lo cual -sin alterar la pretensión del justiciable- el “*iura novit curia*” lo habilita a cambiar la acción y la vía propuestas; e) es deber de los jueces enmarcar a sus sentencias como derivación razonada del derecho vigente de acuerdo a las circunstancias de la causa; f) finalmente, quedan descalificadas las sentencias que encuadran en una o más tipologías de la denominada *arbitrariedad*, que enlazada al recurso extraordinario nos lleva a sostener que la elaboración de la arbitrariedad de sentencia efectuada por la Corte ha venido a agregar una causal más a las que en el art. 14 de la ley 48 cuentan con norma escrita.

Tal arsenal de definiciones muy bien pulidas en el derecho judicial de la Corte significa un aporte valioso de plúrimas proyecciones para el derecho a la jurisdicción, al debido proceso, a la defensa en juicio y, globalmente, al garantismo que merece recibir cobertura desde la administración judiciaria.

8. Ahora daríamos turno al *derecho de propiedad*, que cuenta con normas en los arts. 14 y 17, pero cuyos alcances y contenidos tienen fuente en la jurisprudencia de la Corte. Quiere decir que para saber qué es propiedad en sentido constitucional y qué es lo que, en consecuencia, queda resguardado por la inviolabilidad, hay que tomar en cuenta las definiciones y los desgloses del derecho judicial. Sin descender a este detalle, puede ser sugestivo que, a mero título de ejemplo, recordemos que cada acto procesal válidamente cumplido es un contenido del derecho de propiedad, como lo es el efecto de cosa juzgada que invisten las sentencias firmes. Y lo que a muchos podrá llamarles la atención es lo siguiente: los dos ejemplos recién mencionados no parecen revestir naturaleza patrimonial, no obstante lo cual encuadran en el derecho constitucional de propiedad inviolable.

9. Precisamente, las *jubilaciones y pensiones* componen otro de los contenidos de la propiedad. Y el enjambre de pormenorizaciones que tiene elaboradas la Corte desmenuza una multiplicidad de aspectos, tanto mientras el derecho a la jubilación (futura) es una expectativa para quien se halla en actividad, cuanto desde que se convierte en algo mucho más sólido y tangible con la cesación laboral y desde que el beneficio es otorgado. A partir de allí cobra relieve la distinción entre el status de jubilado, y el goce o disfrute que se traduce en la percepción de una suma dineraria periódica. Uno y otro aspecto cuentan con diferente grado de tutela en materia de propiedad inviolable, lo que pone al descubierto que las jubilaciones y pensiones como un componente del derecho de propiedad penden, en su realidad, de un sólido sustento cuya fuente es, de nuevo, nada más y nada menos que el derecho judicial de la Corte. Y para cerrar esta cita, digamos que si bien el monto del beneficio surge de normas legales, su adecuación al salario de actividad en proporcionalidad razonable tiene en la jurisprudencia pautas porcentuales importantes para impedir, por un lado, rebajas que la Corte reputa confiscatorias, y por el otro dar curso a la norma del art. 14 bis sobre movilidad de los haberes.

Quien quiera desentrañar en detalle el tema, y en función de la profesión abogacil, o como operador judicial deba sumergirse en el abundante material elaborado por la Corte, no podrá menos que consentir la aseveración de que la trama de pautas judiciales que llena los vacíos de la normatividad escrita hace cierta la prestidigitación de la Corte: su mano ha penetrado en una galera vacía, y con destreza de mago ha transformado la vaciedad en una muy densa fuente judicial. Si no se la conoce, se vuelve imposible, y muy aventurado, todo asesoramiento, todo patrocinio profesional, y toda aplicación judicial de los parámetros que rigen la materia jubilatoria y pensionaria.

10. Cuando se sabe que hasta la reforma de 1994 el articulado de la constitución guardaba absoluto silencio sobre los *partidos políticos*, pese a que la constitución material los contenía desde hacía largo tiempo, es interesante brindar como otro ejemplo de vacío constitucional normativo -aunque no legal- al que la jurisprudencia de la Corte cubrió con definiciones sobre la naturaleza, el espacio activo y el rol de los partidos políticos. Este ejemplo vale para corroborar que también cuando hay ley pero falta

normativa constitucional, el derecho judicial -por más que tome en cuenta a la legislación- afinca sus pautas en los silencios y las implicitudes de la constitución. Por eso elegimos el caso de los partidos. Aunque no es el único, cobra relieve por su situación y su protagonismo institucionales, como intermediación entre la sociedad y el poder.

11. Finalmente, *los medios de prensa, de información y de comunicación social* convocaron a la Corte para que, entre muchos de los aspectos conexos con el tema, elaborara en suplencia de normas constitucionales ausentes algunos parámetros básicos en orden a la responsabilidad. El leading-case “Campillay” trazó con mucha pulcritud el marco severo de los eximentes: dar la noticia, la crónica o el informe citando la fuente, u omitiendo el nombre y la identidad de las personas acusadas o comprometidas, o usando un tiempo de verbo potencial. A esto cabría añadir, además, las pautas en relación con el arduo tema de la *real malicia*.

12. La verdad objetiva que puede inferirse de nuestra sucinta reflexión parece ser ésta: allí donde el ordenamiento no tuvo o no tiene normas escritas en determinadas cuestiones, la Corte ha colmado esas carencias y, a través de sus sentencias, compuso un conjunto de pautas, principios y valores que, de un modo o de otro, consiguieron seguimiento aplicativo posterior.

¿Qué discusiones iusfilosóficas sobrevienen a partir de lo que acabamos de considerar una “verdad objetiva”? Pues son muchas. Quizá quepa empezar afirmando que ese protagonismo cumplido por la Corte mediante su jurisprudencia es, para muchos entre los que nos incluimos, el propio de una *fuerza del derecho*: la *fuerza judicial*. ¿Es que los jueces y, sobre todo, la Corte, crean derecho? Claro que sí. Ese rellenar vacíos normativos desde una prestidigitación con la galera del mago es actuar como fuente a través de las sentencias.

13. Se debate si cada sentencia es o no es una norma -individual, por supuesto, al menos en la praxis federal argentina-. Y podemos contestar, con ancho margen de opinabilidad, que cada sentencia es una norma para el caso que resuelve y que, por ende, calificamos como *norma individual*. Pero de inmediato tal naturaleza de norma individual es capaz, especialmente en el supuesto de las sentencias de la Corte, de acoplar un *efecto general* porque, al ser *imitada* en casos posteriores análogos, opera al hilo del esquema “sentencia-modelo que obtiene *seguimiento*”. De esta manera, no es atrevido comparar, salvadas las distancias, el resultado que surte el derecho judicial de la Corte con el que deriva del sistema del “stare decisis” anglosajón.

14. Todo análisis comparativo en torno de los sistemas de control, tanto difusos como concentrados y mixtos, ofrece variedades con similitudes y diferencias, entre cuyos resultados el más discutido es el que se consigue cuando una declaración de inconstitucionalidad de una norma general produce su derogación, haciéndola desaparecer del ordenamiento jurídico. Es claro que tal resultado es extraño a los fallos de nuestra Corte Suprema, pese a lo cual el dictado en el caso “Fayt”, al declarar nula la cláusula que en la reforma constitucional de 1994 dispuso el cese en la función de los jueces federales al cumplir setenta y cinco años de edad, se aproxima bastante a un efecto general derogatorio.

15. Ahora, si en lugar de acoplar al efecto general la derogación de la norma inconstitucional o nula imaginamos un efecto general que extiende el reconocimiento de un derecho más allá de las partes intervinientes en el juicio, es interesante traer a colación algunos ejemplos en la jurisprudencia de la Corte. Así, para limitarnos a uno, recordemos que en un proceso donde una organización no gubernamental obtuvo respuesta favorable a su pretensión para efectivizar el derecho a voto de las personas privadas de su libertad sin sentencia condenatoria, el fallo de la Corte benefició a todas las alojadas en establecimientos carcelarios y fijó plazo a la autoridad estatal para implementar las medidas conducentes y necesarias. ¿Qué nos muestra este resultado? Que cuando la legitimación procesal de una asociación la habilita para incoar un proceso en el que se articula una pretensión que, a tono con sus fines institucionales, se refiere a derechos de terceros, la sentencia que acoge su petitorio beneficia a esos terceros sin que hayan sido parte en el juicio. Esto, y un efecto general, si no es lo mismo se le parece demasiado. (Ver la sentencia de la Corte en el caso “Mignone Emilio F.”, del año 2002; el juicio fue promovido por el actor como representante legal de la asociación civil C.E.L.S. contra el Ministerio de Justicia y el Ministerio del Interior, para garantizar el derecho de sufragio de los detenidos sin condena y obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 3º inc. d) del código electoral).

16. Por ende, dejemos de lado especulaciones iusfilosóficas difíciles, y con mucha más modestia recalquemos lo que sigue:

a) al hilo de los ejemplos que hemos extraído de la jurisprudencia de la Corte, queda en evidencia que faltaba -o que falta- la normativa escrita y que, supliéndola, las sentencias fueron cubriendo los vacíos;

b) tanto la *interpretación* que hace la Corte de las “normas que hay”, como la *integración* con que colma las lagunas donde “no hay norma”, generan a través de la fuente judicial la creación de *derecho judicial*;

c) este derecho judicial no es creación de derecho “nuevo” al estilo y del tipo del que crea el legislador, pero de todas maneras pone en escena un activismo importante en el orbe y la tarea de los operadores constitucionales;

d) el derecho constitucional que discurre solamente al ras de la normatividad escrita, y margina, olvida o denigra la fuente judicial, queda muy empobrecido y, seguramente, se desconecta de la dimensión sociológica y de la dimensión axiológica.

17. Un regreso a Cossio nos lleva a utilizar de nuevo su noción de la plenitud hermética del orden jurídico. Viene bien, aunque no se la comparta, para mostrar que el derecho judicial tiene capacidad de riqueza y que, bien utilizada, cubre y colma todo cuanto ha quedado en silencio en las normas escritas. Si a la interpretación de las que hay les suma también su aporte (García Pelayo pudo enseñarnos, al explicar el constitucionalismo de los Estados Unidos, que la ley no es solamente la norma que salió del congreso, sino tal norma más la interpretación aplicativa que de ella hacen los tribunales), el comentario con que acabamos de comparar a la jurisprudencia de la Corte con la prestidigitación de la galera del mago arrima una lección: son pluralmente ricos sus fallos cuando a lo que callan las normas inexistentes les pone la voz de la creación judicial y nos demuestra que la fuente judicial es imprescindible para hacer hablar al derecho escrito y para llenar los espacios que este derecho escrito ha dejado sin norma.

18. Quien haya tenido la paciencia de leer este breve trabajo nos podrá acusar - con suficiente razón- de haber escogido ejemplos que, desde nuestro punto de vista, merecen elogio. ¿Y no habrá otros susceptibles de crítica o vituperio? Con seguridad contestamos afirmativamente; nunca hemos evitado hacer comentarios negativos respecto de la jurisprudencia de la Corte cuando nos provoca rechazo. Pero aquí y ahora creímos que era más ventajoso ofrecer una imagen favorable, aunque más no fuera para estimular las creaciones del derecho judicial que revelan capacidad de conferir al derecho constitucional lo que, en léxico de Maritain, llamaríamos una capacidad para el progreso hacia el bien, en vez del progreso hacia el mal. Volviendo al título: prestidigitaciones de buena magia.