

SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE "TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y FEDERALISMO"

Fecha: 26 y 27 de Marzo de 2008.

Instituciones organizadoras:

Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires
Foro de Federaciones

Auspicio:

Senado de la Nación
Embajada de Canadá en la Argentina
Fundación Manuel Jiménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autónomo
Universidad Federal de Segripe, Brasil
Escuela de Magistratura Federal de la 5º Región, Recife, Brasil
Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja de la Universidad de Buenos Aires
Centro Argentino-Canadiense en Buenos Aires (CEAC)
Asociación Argentina de Estudios Canadienses (ASAEC)
Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC)

Director general: Jorge Bercholz

Coordinador: Sebastián Sancari

Lugar: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

PARTICIPANTES

Atilio Alterini, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA); **Eugenio Raúl Zaffaroni**, catedrático de la Universidad de Buenos Aires y ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; **George Anderson**, presidente del Forum of Federations; **Timothy Martin**, embajador de Canadá en la Argentina; **Jorge Bercholz**, profesor e investigador de la UBA; **Walter Carnota**, profesor de la UBA y prosecretario general de la Cámara Federal de Seguridad Social; **Raúl Gustavo Ferreira**, profesor de la UBA y Doctor en Derecho; **Pablo Manili**, profesor de la UBA y Doctor en Derecho; **Juan Vicente Sola**, profesor de la UBA, diplomático y Doctor en Derecho; **Udo Steiner**, ex juez del Tribunal Constitucional Federal de Alemania; **Cheryl Saunders**, directora ejecutiva del Centro para Estudios Comparativos Constitucionales (Centre for Comparative Constitutional Studies) y presidenta de la Asociación Internacional de Centros para Estudios Federales (International Association of Centres for Federal Studies); **Carlos Rebelo**, juez federal y electoral de Aracaju y profesor en la Universidad Federal de Sergipe, Brasil; **Luiz Alberto Gurgel de Faria**, profesor en la Universidad Federal de Rio Grande del Norte y juez camarista en el Tribunal Regional Federal de la 5ª Región, Recife, Pernambuco (Brasil); **Shawn Deborah Greenberg**, jueza de la Corte de Queen's Bench de Manitoba, Canadá; **Enric Fossas**, catedrático de Derecho Constitucional y ex letrado del Tribunal Constitucional Español; **Rajeev Dhavan**, abogado de la Suprema Corte de la India y experto en Derecho Constitucional; **Carlos M. Vazquez**, profesor de Derecho en la Universidad de Georgetown, Estados Unidos.

OBSERVADORES

Anup Raj Sharma, juez de la Suprema Corte de Nepal y **Saleem Marsoof P.C.**, juez de la Suprema Corte de Sri Lanka.

RESUMEN

SESIÓN INTRODUCTORIA PARA LOS ACADÉMICOS Y FUNCIONARIOS INVITADOS (1º TEMA: CUESTIONES INSTITUCIONALES, POLITOLÓGICAS Y SOCIOLÓGICAS)

Jorge Bercholc¹ realizó la introducción al seminario expresando que la temática a analizarse durante las jornadas es la interrelación entre los tribunales constitucionales y el federalismo. En referencia a los tribunales constitucionales aclaró que se refería a los tribunales supremos con control de constitucionalidad.

A continuación, hizo alusión a su investigación sobre el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de nuestro país y la necesidad de realizar estudios comparativos con cortes supremas de otros países.

Comenzó su análisis haciendo una comparación con el rol de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Afirmó que en doscientos diez años de existencia declaró la inconstitucionalidad de leyes federales en ciento treinta y cinco oportunidades. Si se analiza diacrónicamente, se verifica que hasta 1964, declaró la inconstitucionalidad de ochenta y cuatro leyes federales, o sea, que ha ejercido esta función cada año y medio. Desde 1964 a 1998, declaró la inconstitucionalidad de cincuenta y un leyes federales, o sea que ha ejercido esta función cada ocho meses.

El orador sostiene que, en cambio, en la Argentina se ha verificado un control de constitucionalidad más intenso, al menos por los datos estadísticos. En el período de 1935/83, se declaró la inconstitucionalidad de noventa y tres leyes federales y en el período de 1984/95, de veintitrés leyes federales. En consecuencia, se verifica que se ha declarado la inconstitucionalidad, de promedio, una vez cada seis meses.

Continuó con la comparación con los Estados Unidos, donde se verifica que hasta 1998 la Corte norteamericana declaró la inconstitucionalidad de mil cincuenta y nueve leyes estatales, o sea, una cada dos meses y ocho días. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el período de 1936-98 declaró la inconstitucionalidad de trescientas siete normas jurídicas, de las cuales, doscientos una son leyes. El promedio es de una norma jurídica cada tres meses y veintidós días.

Bercholc siguió con su exposición, realizando una comparación de la actuación de la Corte Suprema con el Tribunal Constitucional de Alemania. Allí se verifica que un 32% de las normas declaradas inconstitucionales eran locales y se declaró la inconstitucional de una norma jurídica cada tres meses y veinticinco días. En cambio, el 57% de las normas declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación eran locales

¹ Profesor e investigador de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y director general del seminario.

hasta 1983 y 53% desde ese año. En consecuencia, se verifica que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es muy activa en la declaración de inconstitucionalidad de normas jurídicas provinciales. Las hipótesis que plantea el orador son que las leyes provinciales son defectuosas técnicamente o que la Corte tiene más incentivos para declarar la inconstitucionalidad de las leyes provinciales porque el poder político provincial es más débil.

Una vez finalizada esta exposición, Cheryl Saunders² realizó una presentación sobre las temáticas que van a ser abordados en el Seminario respecto a la relación entre las Cortes Constitucionales y el Federalismo.

ACTO DE APERTURA

La apertura de la Conferencia estuvo a cargo del vicedecano de la Facultad de Derecho, Tulio Ortiz.

Eugenio Zaffaroni³ comenzó su exposición mencionando la complejidad política y teórica del tema del seminario. Consideró que América Latina tomó el modelo federal de los Estados Unidos con algunas variantes.

Una diferencia que traza entre América Latina y los Estados Unidos es que las colonias americanas tenían gran desconfianza del gobierno central y de la concentración de poder, por ello, la Declaración de Derechos estaba dirigida al gobierno federal.

En relación con nuestro país, Zaffaroni considera que se organiza como una “república oligarca” adaptando el modelo norteamericano. Remarca que hay diferencias en la competencia legislativa, ya que los Códigos de fondo son dictados por la Nación, a diferencia de los Estados Unidos que son normas jurídicas locales. Pero debido a que la interpretación la hacen los poderes judiciales locales y que no existe un recurso de casación centralizado, tenemos la problemática de que rige la misma ley en todo el país, pero hay 25 posibles interpretaciones. Lo cual, conlleva un alto grado de inseguridad jurídica.

Luego, el orador se centró en el control de constitucionalidad, remarcando que tampoco crea certeza sobre la aplicación del derecho, ya que es difuso, no existe la obligación de aceptar la decisión de la Corte Suprema, no tiene carácter *erga omnes* y varía según la composición de la Corte.

Considera que estos problemas no fueron solucionados en la reforma constitucional de 1994, donde no se introdujo un recurso de casación centralizado, que unifique la interpretación del derecho.

² Directora ejecutiva del Centro de Estudios Constitucionales Comparados (Centre for Comparative Constitutional Studies) y presidenta de la Asociación Internacional de Centros para Estudios Federales (International Association of Centres for Federal Studies).

³ Catedrático de la Universidad de Buenos Aires y ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Cuando se refiere al federalismo, hace referencia que es un derecho de los ciudadanos a autogobernarse. Remarca que hasta 1994, los ciudadanos de la ciudad de Buenos Aires se vieron privados de este derecho, porque el intendente de la ciudad era designado por el Presidente de la Nación. Pero aún persiste un Poder Judicial elegido por los órganos federales, que aplica el derecho común.

También remarca que una de las problemáticas centrales del federalismo cuya solución es sumamente dificultosa es la coparticipación federal.

Finalmente, plantea algunos interrogantes entre el control de constitucionalidad y el federalismo. En primer lugar, si es posible que la Corte Suprema declare la inconstitucionalidad de una Constitución local y si son válidas las leyes procesales marco dictadas por el gobierno federal.

A continuación, George Anderson, presidente del Foro de las Federaciones (Forum of Federations), hizo mención a las actividades y objetivos desarrollados por la organización que representa.

Luego, Timothy Martin, embajador del Canadá en la Argentina, hizo una descripción sucinta del rol de la Embajada en la Argentina, en particular, sobre los temas de cooperación.

Finalmente, la conferencia fue cerrada por Jorge Bercholz quien realizó una serie de agradecimientos.

SESIÓN DE TRABAJO PARA CUESTIONES INSTITUCIONALES, POLÍTICAS Y SOCIOLÓGICAS

Carlos Vázquez⁴ abrió el panel y en su exposición resaltó las complejidades que representa el estudio comparativo sobre los sistemas federales en materia judicial. Se mostró escéptico respecto de la posibilidad de hacer un estudio comparativo empírico, ya que las cifras crudas en un país representan distintos resultados en países con diferentes contextos. Solamente, puede realizarse dicha comparación en Estados que tengan similares características.

A continuación, Shawn Greenberg⁵ explicó que el ámbito judicial es fundamental para resolver las disputas sobre federalismo, aunque existan medios alternativos de resolución de conflictos.

Asimismo y en esta línea destacó cuatro puntos con respecto a la Corte Suprema canadiense:

1. La Corte es efectiva para resolver las disputas sobre federalismo y es la última encargada de hacerlo.

⁴ Profesor de Derecho en la Universidad de Georgetown (Georgetown University).

⁵ Jueza de la Corte de Queen's Bench de Manitoba, Canadá.

2. La Constitución federal debe ser actualizada en sus contenidos, pues fue redactada y sancionada hace ya mucho tiempo y para lograr este objetivo la Corte es imprescindible.
3. La Corte canadiense cuenta con un alto grado de representatividad con respecto a la ciudadanía, reflejando el multiculturalismo en su conformación. Esto es destacable, más allá de que para el abordaje de cuestiones técnicas no sea tan imprescindible la representatividad, sino el conocimiento. De todas formas, reconoce que no hay una representatividad suficiente de los aborígenes en la Corte.
4. Afirma que no existe una visión sesgada en la Corte canadiense y que no hay una tendencia hacia la centralización.

Por otra parte, plantea dos interrogantes para reconocer si los tribunales son efectivos al resolver las cuestiones federales. Por un lado es importante determinar si producen un sistema balanceado y por el otro, si estas decisiones afectan a la política o al público canadiense en general. Ante esto, Greenberg afirma que hay una influencia en los políticos, lo cual repercute en sus decisiones, pero no en la sociedad canadiense, pues los medios de comunicación no generan suficiente información al respecto.

Luego, Cheryl Saunders realizó una breve referencia acerca del funcionamiento del Poder Judicial en Australia. Así, explicó que la Corte analiza por un lado, cuestiones federales –definiendo los temas que va a resolver- y otros temas que debe entender como instancia originaria. Asimismo, mencionó que el federalismo es el motivo principal para la aplicación de la doctrina del *traditional review*.

Finalmente destacó que la Corte en su país tiene mucho poder, puesto que puede oponerse al gobierno en temas de legislación; no puede, en cambio, como en los Estados Unidos, confiar en que las otras instituciones estatales revean sus decisiones, sino que debe actuar y decidir.

Rajeev Dhavan⁶ clausuró la primera parte de esta sesión de trabajo. En su exposición afirmó que la Corte en la India es muy poderosa y que fue diseñada con el fin de desarrollar planificadamente un país que tiene una gran población y muchos problemas sociales. Su competencia es originaria y de consulta. Concordó con Carlos Vázquez en que las cifras no son útiles para comparar su eficacia en los distintos países con sistema federal.

Abierta la etapa de comentarios sobre las exposiciones, Carlos Vázquez hizo referencia al sistema dual que existe en los Estados Unidos. En este contexto, la Corte Suprema –dijo- no tiene competencia sobre el derecho estadual, pues corresponde al Poder Judicial estatal decidir sobre sus leyes, pero sí la tiene para las causas federales. Su competencia no es de consulta, sino sólo para entender en causas concretas.

A continuación, Cheryl Saunders clasificó a ciertos países federales de acuerdo a su diseño judicial y afirmó que tanto en Australia como en los Estados Unidos el sistema judicial es dual; en Australia existe un sistema para tratar las leyes del Commonwealth y otro para las estatales. En cambio, en Canadá y en la India hay una única Corte, es decir que hay un único sistema judicial.

⁶ Abogado de la Suprema Corte de la India y experto en Derecho Constitucional.

Luego Shawn Greenberg realizó una nueva intervención para afirmar que no existen tensiones entre las provincias y el sistema federal en Canadá.

Rajeev Dhavan mencionó que la Corte en la India es la que se encarga no sólo de las designaciones de los jueces –antes lo hacía el Poder Ejecutivo-, sino también del manejo del sistema judicial. Afirmó que en su país subsisten los problemas de financiamiento en el Poder Judicial.

Jorge Bercholc, por su parte, reconoció que existe cierto escepticismo acerca de la posibilidad de realizar un estudio comparativo-empírico, sin embargo, entiende que con pautas de medición establecidas a tal fin, es factible su realización.

Para ello, tomó como ejemplo el tema del activismo judicial como un posible índice de comparación. En Canadá y en los Estados Unidos está discutido hasta dónde puede avanzar una Corte federal en sus resoluciones. Así, se puede tomar una posición acerca de si el activismo es bueno o malo y en ese punto, la decisión a la que se arribe va a afectar directamente, por ejemplo, al perfil de los miembros con los que se quiera integrar la Corte.

Con respecto a la representación que tiene que existir en la Corte Suprema planteó dos opciones, según la actividad que se pretenda de esta institución. Si se pretende que la Corte tenga un carácter técnico, no será necesario que exista una representación de la ciudadanía. En cambio si resulta deseable que sea democrática, pues bien, se deberá analizar la cantidad de sus miembros y a quiénes representan (procedencia regional, género, extracción económica, entre otras características), procurando que sea un espejo sociológico de la sociedad. En la Argentina existe una sobre-representación de jueces provenientes de una extracción social alta y destacó que cuando hubo una mayor cantidad de miembros provenientes de distintas provincias fue cuando hubo una mayor cantidad de declaraciones de inconstitucionalidad de leyes provinciales.

A continuación, Shawn Greenberg afirmó que en Canadá existe una representación regional en la Corte, pero que de todas formas en la mayor parte de las decisiones sobre federalismo no influyen las características propias de cada uno de los jueces (procedencia regional o género), las que sí influyen cuando se tratan causas relacionadas con derechos.

Para Pablo Manili, el activismo judicial no es bueno ni malo en sí mismo, sino que hay buenos y malos activismos. Afirmó que el activismo en muchas oportunidades es más garantista en cuestiones de derechos que el garantismo y definió que si el activismo se refiere a los derechos fundamentales es deseable.

Enric Fossas⁷ afirmó que las Cortes federales no tienen una agenda, porque no actúan de oficio, sino a instancia de parte, por lo cual la jurisdicción federal se activa únicamente si las partes quieren acudir a instancia. Asimismo destacó que la jurisdicción federal pocas veces actúa como un poder contramayoritario, porque en general falla a favor del Estado federal.

Luego de la pausa, Mario Serrafiero reabrió el panel y se refirió a las facultades que tiene el Gobierno nacional para intervenir en las provincias. Recordó que ello se encuentra

⁷ Catedrático de Derecho Constitucional y ex letrado del Tribunal Constitucional Español.

inscripto en la Carta Magna y que puede instrumentarse tanto de oficio, cuando el Gobierno representativo y democrático está en peligro, como a pedido de las autoridades provinciales.

Mencionó que la utilización del instituto de la intervención federal en la Argentina fue abusiva. En el 67% de los casos –explicó– la decisión fue tomada por el Poder Ejecutivo Nacional, mientras que en el restante 33% por ley del Congreso de la Nación.

Por otra parte y en el mismo sentido, analizó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ocasión de fallar sobre la intervención federal en los tres poderes en el *leading case* “Cullen”. En este caso, la Corte decidió que la intervención federal es una cuestión no justiciable y que su verificación corresponde a los poderes políticos, es decir, a los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

En el caso “Zavalía c/ Santiago del Estero”, que constituyó la última intervención federal hasta el momento, el interventor provincial había impulsado la reforma constitucional, arrogándose así, poderes preconstituyentes. La Corte, en este caso, asume su competencia originaria, por la relación que se da entre el Estado federal y el provincial, y dicta una medida de no innovar.

A continuación Luiz Alberto Gurgel de Faria destacó tres principios presentes en la Constitución brasilera que son el federalismo, la uniformidad tributaria y la reducción de las desigualdades regionales y se refirió específicamente a los últimos dos, cuyas relaciones pueden ser conflictivas. Con respecto al principio de uniformidad tributaria, afirmó que el gobierno federal no puede realizar distinciones entre las provincias y los municipios al momento de cobrar los tributos federales y de acuerdo al que establece la reducción de las desigualdades regionales, afirma que existe una reforma tributaria en trámite que tiene como objetivo el desarrollo de las regiones menos favorecidas.

Enric Fossas realizó una descripción del sistema judicial español. De esta forma se refirió a la independencia con que cuenta el Tribunal Constitucional, su composición y la forma de elección de sus miembros. Remarcó que sus funciones son las de resolver conflictos entre los órganos constitucionales, los que son principalmente territoriales; ejercer un control de constitucionalidad y la defensa de los derechos fundamentales, a través del recurso de amparo, que es un remedio a mano de los ciudadanos.

En lo que respecta al control de constitucionalidad existen dos procedimientos, por un lado el recurso de inconstitucionalidad, que es directo y la legitimidad para exigirlo es de determinados órganos establecidos; y, por el otro, la cuestión de inconstitucionalidad, que es un recurso indirecto en el cual el juez a cargo de una causa eleva la cuestión al Tribunal para consultar si la norma que tiene que aplicar es o no constitucional, ya que los jueces no pueden omitir la aplicación de una ley.

Mencionó también las patologías con las que cuenta el Tribunal. La principal de ellas, afirmó, es la avalancha de recursos de amparo que en un 98% son rechazados, generando una actividad negativa en el Tribunal, ya que una gran parte del tiempo laboral se malgasta en estas decisiones. El segundo problema que vislumbra es la alta conflictividad de competencias que llegan para ser resueltas por el Tribunal.

Raúl Gustavo Ferreira⁸ realizó un comentario elogioso sobre la acción directa de inconstitucionalidad que existe en Brasil y la mencionó como un procedimiento novedoso en el mundo judicial. Acto seguido invitó a Carlos Rebelo⁹ a decir algunas palabras al respecto y con ellas, mediante las cuales explicó brevemente su funcionamiento, finalizó la primera sesión.

SESIÓN DE TRABAJO PARA CUESTIONES DOCTRINARIAS Y CONSTITUCIONALES

Comenzó a exponer Raúl Gustavo Ferreyra sobre la idea de que la Constitución Nacional es un documento intergeneracional, que permite el diálogo entre diferentes generaciones. A su vez, es la expresión democrática de la ciudadanía del pueblo. Sobre la base de esta idea justificó que los integrantes de la Corte Constitucional tengan el cargo de por vida.

En relación con la discusión sobre el activismo judicial, consideró que tiene que ver con el debate entre Hart y Dworkin, o sea, entre positivismo y neiusnaturalismo.

Afirmó que la calificación de ciertos temas como “cuestión política no justiciable” por parte de los Tribunales Constitucionales es una doctrina que nuestra Corte Suprema ha tomado de la Corte norteamericana. Pero resulta inevitable que la política de alguna manera ingrese al Poder Judicial. Sin embargo, habría ciertos temas que no pueden ser tratados en los tribunales como la intervención federal, el proceso de creación de las leyes o la declaración del estado de sitio o de guerra.

A continuación, la exposición estuvo a cargo de Carlos Rebelo de Brasil. Sostuvo que en su país hubo cuatrocientos años de anomia. Aclara que si bien la Constitución reconoce un régimen federal, en la práctica es un gobierno unitario. Esto se verifica, principalmente, en que la legislación tributaria es nacional.

Considera que este problema comprende a toda América Latina, donde en ciento cincuenta años, se sancionaron doscientos cincuenta y tres Constituciones Nacionales, lo que evidencia la falta de cultura constitucional. Señaló que bajo los gobiernos de facto se verificó la falta de respeto a la Constitución, ya que en Brasil se dictó una nueva Constitución y en la Argentina no se la aplicó. De todos modos, siempre se verificó una gran brecha entre los derechos reconocidos y su eficacia.

Luego, señaló tres objetivos a tener en cuenta en Brasil.

- 1) La consolidación democrática. Para ello, es necesario fortalecer el sistema representativo, pero se ve afectado porque el Poder Ejecutivo legisla a través de medidas provisorias en situaciones de urgencia y relevancia. La Corte Suprema ha validado esta práctica, siempre y cuando, se vuelvan a reeditar las medidas cada

⁸ Doctor en Derecho y profesor de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

⁹ Juez Federal y Electoral de Aracaju, España y profesor en la Universidad Federal de Sergipe.

treinta días. Actualmente, se dictaron novecientos diecisiete medidas que tuvieron cinco mil cuatrocientos noventa y un reediciones.

- 2) Descentralización para consolidar el federalismo. Sin embargo, no hay una distribución adecuada de los tributos.
- 3) Mejorar las condiciones sociales para solucionar la problemática desigualdad social.

El siguiente expositor fue Udo Steiner de Alemania. Comenzó señalando que el Tribunal Constitucional es el copiloto del Parlamento (corrige los errores del piloto) y su función es generar derecho en un espacio libre del *lobby*. Considera que los tribunales constitucionales pueden tener una actitud más defensiva u ofensiva (más controladora). Remarcó que el Tribunal alemán se acercaba más a una actitud defensiva.

En relación con la composición, explicó que refleja la globalidad política. Ninguno de los jueces puede ejercer el cargo más de doce años, permitiéndose así la renovación de los integrantes. Cada doce años, se renuevan dos tercios del Tribunal. Además, ninguno de los jueces puede tener más de sesenta y ocho años de edad y tienen vínculos con la realidad política y social. Aclaró que los profesores universitarios suelen ser más innovadores como jueces y que el Tribunal estuvo integrado por políticos que fueron ministros de Justicia.

La sesión continuó con la exposición de Enric Fossas de España. Empezó detallando las temáticas que fueron abordadas por el Tribunal Constitucional de su país como la distribución de competencias legales y los casos vinculados a la economía, la agricultura, las obras públicas y la educación. En los '80 y '90 se abandonaron algunas temáticas y se abordaron y mantuvieron otras como medio ambiente y educación.

En relación con la jurisprudencia vinculada al régimen federal se discutió el concepto de autonomía y el carácter de una administración autónoma. También se debatió sobre la jerarquía de un estatuto autónomo, sobre la diversidad del derecho y su tensión con el derecho a la igualdad y la facultad de realizar actividades internacionales por parte de los entes autónomos.

Concluyó realizando una valoración sobre el papel del Tribunal Constitucional considerando que ha tenido un papel decisivo y protagónico frente a un espacio abierto de la Constitución Nacional y los conflictos de competencia. Agregó que no es un "copiloto", sino que es un legislador negativo, que actúa como árbitro. Debe remarcar que en los últimos tiempos ha perdido su prestigio.

A continuación, expuso Walter Carnota¹⁰, que señaló que en la Argentina en teoría hay un gobierno federal, pero en la praxis es unitaria. En relación con el activismo judicial, aclaró que no siempre es de "arriba hacia abajo", sino que en los casos del "corralito" fue de "abajo hacia arriba".

¹⁰ Profesor de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y prosecretario general de la Cámara Federal de Seguridad Social.

Utilizó como ejemplo los casos ante la Justicia Federal de la Seguridad Social para demostrar como se centralizan determinadas cuestiones conflictivas en las que el Estado fue demandado.

Con respecto a la Justicia Federal aseveró que actúan como delegados del poder central y que la Corte Suprema no refleja los intereses locales.

Luego, fue el turno de la exposición de Pablo Manili. Empezó con una descripción del sistema judicial en la Argentina, aclarando que cada provincia diseña su sistema judicial y existe un Poder Judicial Federal que aplica las leyes federales. La Corte Suprema, si bien debería entender sólo de cuestiones federal, tiene competencia para analizar casos en que las normas jurídicas locales incluyendo los Códigos contradicen el derecho federal o cuando se ha producido una sentencia arbitraria.

A juicio de Manili, habría ciertos problemas en el trabajo de la Corte Suprema:

- 1) La sobrecarga de causas, ya que resuelve doce mil casos por año.
- 2) La falta de especialización en derecho constitucional por parte de sus integrantes.
- 3) La designación de sus integrantes por parte del mismo Gobierno, ya que hoy en día cuatro de sus integrantes fueron designados por el Presidente, lo que puede generar cierto desbalance ideológico y poca independencia.

El expositor explicó que la falta de independencia afecta la vigencia del federalismo, porque sus decisiones tienden a ser condescendientes con la política del Gobierno central. Por ello, es más frecuente que se invalide una norma jurídica local que una federal. A continuación, citó una serie de casos en los que se declaró la inconstitucionalidad de normas jurídicas locales o intervino frente actos de autoridades locales como "Ferrocarril Central Argentino", "Hileret", "Siri", "Graffigna Latino" o "Chaco" de 1998.

Luego, propuso una serie de soluciones.

- 1) La Constitución Nacional, tras la reforma de 1994, dispuso que los jueces de la Corte requieran el acuerdo del Senado otorgado por una mayoría de dos tercios. Lo cual, tiene como objetivo garantizar la representación de los intereses locales. Sin embargo, los senadores tienden a representar más a los intereses partidarios. Hoy sólo un ministro de la Corte Suprema es del interior del país.
- 2) El decreto 222/03 dictado por Kirchner estableció la conveniencia de la representación geográfica equitativa.
- 3) La creación de Cortes de Casación regionales para unificar la aplicación del derecho común. Asimismo, se descongestionaría el trabajo de la Corte Suprema y se reduciría el centralismo.
- 4) La práctica de que las provincias impugnen normas jurídicas federales, lo cual ha sido muy poco frecuente. Por ejemplo, no hubo planteos sobre el régimen de coparticipación federal.

El siguiente expositor fue Juan Vicente Sola¹¹ que sostuvo que el control de constitucionalidad difuso favorece la influencia política, garantiza un mayor debate constitucional y reduce los costos de transacciones para obtener una decisión sobre la constitucionalidad de una norma jurídica o un acto (basta un simple amparo).

Aclara que no siempre las decisiones son a favor del poder político como fue el caso del “corralito”. Explicó que durante el ‘83, la Corte Suprema tuvo una posición firme en los casos “Sejean” y “Bazterrica”, pero no tuvo la misma actitud con el ahorro forzoso.

A continuación, el orador fue Carlos Vázquez que explicó que la Constitución federal establece la división de poderes y le asigna a la Corte Suprema el control de constitucionalidad de las leyes estatales y su adecuación a las leyes federales.

En relación con el federalismo, aclaró que la doctrina “Marshall” afirmó la facultad de que el tribunal federal revoque una ley federal.

Luego, en la época del *New Deal* hubo conflicto entre las leyes federales que restringían las facultades de los Estados (regulación del comercio, de la manufactura y de la agricultura). La Corte Suprema intentó limitar estas leyes federales utilizando como argumento el federalismo. Pero cuando se produjo una renovación de los integrantes, los nuevos jueces consideraron válidas las leyes del *New Deal*. De modo que lo más relevante es la ideología y no la defensa del federalismo. Aparte, hay que tener en cuenta que la Corte Suprema se estaba oponiendo a una mayoría política.

A partir de ese momento, se ampliaron las facultades del Gobierno central, incluso en otros temas como la lucha contra la discriminación. Esto se mantuvo hasta que en 1995 se consideró inválido el ejercicio de las facultades federales por afectar el federalismo.

Cheryl Saunders fue quién continuó en la exposición y advirtió que existe una inmunidad estatal con respecto a la influencia del Commonwealth. Dijo que hay un sistema dual en Australia, es decir que hay dos gobiernos.

Luego, Rajeev Dhavan tomó la palabra y se refirió a que en la India existe una Constitución de segunda generación. Asimismo expresó que el carácter multicultural presente en ese país y la pobreza extrema, que es una realidad de gran parte de la población, deben ser tenidas en cuenta al momento de abordar el federalismo. Mencionó la importancia de que la Corte Suprema sea independiente y que se debe respetar la división de poderes.

Por otra parte, cuestionó la mala administración de los recursos, la corrupción que existe en la India y el gran poder del Gobierno central que tiene en materia de Justicia. El federalismo indio es asimétrico: se dan distintos tipos de protección a regiones distintas, lo cual está relacionado con preceptos constitucionales.

Shawn Greenberg de Canadá se preguntó cuáles eran los temas que afectan primordialmente a la Justicia. A ello respondió que la independencia de la Corte

¹¹ Profesor de la Universidad de Buenos Aires (UBA), diplomático y Doctor en Derecho.

Suprema, en primer lugar y en segundo, la legitimidad del Poder Judicial. Con respecto a la independencia de la Corte, expresó que ésta se mantiene estable. Ahora bien, en referencia al segundo tema, esto es la legitimidad del Poder Judicial, afirmó que en Canadá son sumamente cautelosos con los límites fijados por la división de poderes, no deciden más de lo que puede.

En referencia al diálogo interpoderes, afirmó que existe entre el Poder Judicial y el Legislativo. Ello ocurre, en general, cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley y hay un diálogo con el fin de que la legislatura la modifique para mejorarla, lo que se da principalmente en los casos en que se afectan los derechos humanos.

A continuación, Carlos Vázquez habló acerca de la relación que existe entre los derechos individuales y el federalismo y afirmó que su tratamiento se encuentra dividido entre las distintas Cortes Federales. También, aclaró que en los Estados Unidos una enmienda constitucional jamás puede ser declarada inconstitucional.

Saleem Marsoof¹² de Sri Lanka mencionó que en su país las instancias judiciales superiores son las que gozan de menos independencia en su actividad. De hecho, aclaró que el Presidente es quién designa a los miembros que integran la Corte Suprema.

Finalmente, Shawn Greenberg cerró la segunda sesión de trabajo y contó al resto de los presentes la experiencia de un programa que existía en Canadá que brindaba ayuda económica a aquellos ciudadanos que litigaban con determinado objeto, pues frente al Estado que tiene recursos ilimitados, el ciudadano se encuentra en inferioridad de condiciones.

CONCLUSIONES. ACTO DE CLAUSURA

Las conclusiones estuvieron a cargo de Cheryl Saunders de Australia. Ella sintéticamente mencionó los temas que fueron abordados a lo largo de las dos jornadas de trabajo.

Con respecto a los métodos comparativos consideró que existen dificultades y diferencias estructurales entre distintos países, pero que sin embargo podrían establecerse puntos de equivalencia para tratar de realizar estudios al respecto. Asimismo mencionó que el control de constitucionalidad no puede ser un punto de equivalencia. Reconoció que el federalismo comparativo debe ser tomado con mucha precaución.

Por otra parte, sintetizó los cuatro temas que se abordaron:

- 1) Activismo judicial: no está relacionado ni con el dictado de leyes, ni con la declaración de invalidez de las leyes; sino con el alejamiento de los límites establecidos para su actuación, lo cual varía de país en país y está vinculado con la actualización de la Constitución en cada Estado.

¹² Juez de la Suprema Corte de Sri Lanka.

- 2) Composición y representatividad de las Cortes Constitucionales. Existen dos aspectos, uno es la legitimidad en la forma de designación, es decir, su procedimiento y el otro se refiere a la representatividad regional.
- 3) El control de constitucionalidad debe ser difuso o concentrado.
- 4) Federalismo y los derechos.

Finalmente mencionó otras cuestiones:

- La relación entre el *traditional review* y las enmiendas constitucionales;
- La importancia de la independencia, de la legitimidad de la Constitución Nacional y de la toma de decisiones.

Jorge Bercholc, por su parte, se mostró positivo con respecto a la posibilidad de realizar un estudio comparativo y empírico entre los distintos países federales.

Con respecto a la independencia de los tribunales, expresó que la división de poderes no es inherente a la estructura estatal, sino que es meramente funcional. Muchas decisiones de la Corte Suprema en la Argentina, a lo largo de su historia, fueron más estratégicas que independientes y ello, en gran medida, se debe a que fueron consideradas las posibles consecuencias políticas, sociales y económicas al momento de resolver sobre una cuestión en particular.

Agradeció a todos los participantes y confió en la continuidad del trabajo en próximas reuniones.

Finalmente George Anderson cerró el seminario agradeciendo la participación y expresando su satisfacción por el desenvolvimiento de las sesiones de trabajo. Asimismo dejó abierta la posibilidad de nuevos encuentros para seguir abordando estas problemáticas.

CONFERENCIAS COMPLETAS

SESIÓN INTRODUCTORIA PARA LOS ACADÉMICOS/AS Y FUNCIONARIOS/AS INVITADOS/AS

JORGE BERCHOLC

Profesor e investigador de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y director general del seminario

Considero que resulta vital realizar estudios comparados, no sólo nacionales respecto del mismo objeto de estudio, sino internacionales, a través de una expansión de la investigación a otros sistemas políticos. Así tendremos un conocimiento mucho más sensible y básico que nos va a permitir mejores análisis y críticas y una mayor ponderación de aquello que ha funcionado bien. Tal vez no lo sabemos, porque creemos que debiera funcionar como nuestro sistema y cuando hacemos una comparación concreta vemos que “esto no era tan malo como pensábamos” o aquello que creíamos que estaba bien se nos revela como deficitario. Por eso, insisto que sería realmente muy útil e implicaría un gran salto cualitativo y cuantitativo en la generación de conocimiento sobre los tribunales constitucionales. Especialmente, si se centra en su quehacer con respecto a la *traditional review* y en el federalismo.

Tratar de lograr pautas metodológicas y, obviamente, establecer los conocimientos y lo que queremos saber acerca de ellos, para luego trabajar mancomunadamente en esas explicaciones que excedan el mero marco de un sistema político.

En esta introducción voy a presentar algunos datos y se advierten las dificultades metodológicas que se generan para hacer este tipo de trabajo cuando no tenemos un estudio comparado en similares condiciones epistemológicas y metodológicas. Por ejemplo, les comento algunos datos sobre la Corte norteamericana. He tomado 210 años de existencia para poder comparar con la producción de la Corte Suprema de la Argentina. Obtuve los datos de distintas investigaciones a las que pude acceder, pero, claro, ninguna coincidía estrictamente con lo que yo había hecho respecto a la Corte Suprema argentina, con lo cual,

tuve que buscar alguna variable de reducción, que me permita hacer una comparación plausible.

Esto que yo planteo como problema tal vez en el mundo anglosajón no sea para tanto, porque conozco trabajos comparados del tribunal australiano, de tribunales canadienses o del tribunal norteamericano; pero, particularmente, en esta zona del mundo y en Europa también, carecemos en gran medida de trabajos que generen conocimiento básico suficiente –empírico y cuantitativo– y permitan establecer pautas comparadas.

Tuve que elegir la variable temporal para reducir a un coeficiente, esto es “cada cuántos días o meses el tribunal americano y el tribunal argentino habían declarado a una norma inconstitucional”, para poder hacer un trabajo comparativo cuando tenía lapsos temporales que no podían ser comparados. Analicé la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana en sus 210 años de existencia. Hay un dato parcial hasta 1964 donde una investigación nos dice que hubo 84 leyes declaradas inconstitucionales y 51 desde ese año hasta el '98. Este dato reduciéndolo a una variable temporal implica que la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró una ley inconstitucional cada año y medio hasta 1964 y en el período de 1964 hasta 1998, cada 8 meses. Esto de por sí tal vez sea un dato de interés para los propios expertos americanos. Podrá ser interesante ver qué ha ocurrido para que se hicieran más dinámicas y más activas las declaraciones de inconstitucionalidad a partir de 1964. Antes, transcurría año y medio para que una ley federal se declarara inconstitucional, sin embargo en los últimos 40 años ocurre en la mitad del tiempo.

Por otra parte, yo realice un estudio sobre la Corte argentina desde 1935 hasta el año 2000. Tengo estadísticas sobre la Corte argentina durante 62 años y debía confrontarlo con la Corte norteamericana durante 210 años de existencia. La única manera de poder hacer un estudio comparado es utilizando esta variable temporal que, insisto, representa sinuosidades que tenemos que buscar para trabajar con el material que tenemos, que no ocurriría si hubiéramos establecido pautas metodológicas comunes.

La comparación me ha dado que hemos tenido, hasta 1983, el año en que se restaura el sistema democrático en la Argentina luego de cincuenta años de sucesión de gobiernos civiles y gobiernos militares, 93 leyes nacionales declaradas inconstitucionales. Otras 23 en el período '84/'98. En consecuencia, la Corte Suprema argentina declaró una ley federal inconstitucional cada 6 meses, aproximadamente. Alguien estará pensando y con alguna sorpresa que nuestra Corte ha sido más activa declarando la inconstitucionalidad. Esto lo digo porque, en general, cuando hago alguna presentación ante público idóneo o ante gente que no está al tanto de estos temas técnicos, se cree que el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de nuestra Corte Suprema ha sido escaso, pobre o solamente circunscrito a algunas etapas históricas. Esto de alguna manera es así. Pero esta es una estadística promedio en un período amplio, obviamente que cada lapso se puede dividir de acuerdo a distintos criterios y tienen sus particularidades. Sin embargo, una primera aproximación impide, como algunos sostienen y lo han escrito, afirmar que la Corte Suprema ha ejercido escasamente el control de constitucionalidad. Esto no se puede decir, porque hay datos que lo contradicen. Perfectamente se puede discutir y afinar esta definición, en el sentido de que en algunas etapas ejerció un mayor control que en otras. En algunas etapas se habrán declarado inconstitucionalidades sobre temas más importantes, en otros casos sobre normas jurídicas menos importantes.

Para poder abrir juicios más sofisticados y complejos en este sentido, tenemos que traducir la información a datos básicos: saber cuántas veces se han declarados leyes inconstitucionales, sobre qué materias, en qué etapas, en qué períodos de gobierno, sobre qué normas jurídicas y si son de jurisdicción nacional o de jurisdicción provincial. Con lo cual a partir de la generación de datos vamos a tener un conocimiento más sofisticado y complejo, que nos va a permitir generar hipótesis de trabajo. La información no va a estar sujeta a impresiones, intuiciones o a estudios casuísticos sobre algún catálogo de casos, sino sobre una serie suficientemente extendida, que me permita detectar comportamientos y estándares en la producción de un tribunal constitucional. Por eso yo hacía hincapié en que vale la pena realmente detenerse en los aspectos metodológicos sobre cómo podemos mejorar la generación de conocimientos sobre el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de los tribunales.

Lo que veíamos eran estadísticas en torno a las leyes federales, sabemos que el peso de la legislación estadual es muy importante en los Estados Unidos, más importante, por distintos factores, que el peso de nuestra legislación provincial. Esto se puede decir de muchos otros países.

Hasta 1998, han sido declaradas inconstitucionales 1059 normas estaduales. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el período de 1936-98 declaró la inconstitucionalidad de 307 normas jurídicas. Cuando digo normas jurídicas incluyo a los decretos y las resoluciones de los ministerios o las secretarías. Entonces, cada 2 meses y 8 días fue declarada inconstitucional una ley estadual en los Estados Unidos y en la Argentina cada 3 meses y 22 días fue declarada inconstitucional una ley provincial. Esto demuestra un diferente ejercicio en materia federal que en la provincial y aquí tenemos algunas certezas que nos permiten la generación de distintas hipótesis de trabajo, que a más de uno ya se les habrán ocurrido.

También, he obtenido algún trabajo sobre el Tribunal Constitucional alemán realizado por el investigador A. Weber. Son datos estadísticos de los distintos tribunales constitucionales europeos. Hay distintos artículos trabajados individualmente con sus propias características y metodologías de medición, pero no hay allí ninguna posibilidad de articular directamente. Por lo tanto, no hubo un estudio comparado con las mismas variables. De todos modos, nos permite de alguna manera, generar datos comparables con nuestro Tribunal.

Tenemos, por ejemplo, que en el 32% de los planteos ante el Tribunal Constitucional alemán, se declaró la inconstitucionalidad de las normas de los *landers*, provincias para nosotros o Estados para otros países. Esto representa una cada 3 meses y 25 días.

En la Argentina hemos tenido 307 normas jurídicas que implican un 57% hasta 1983 y un 53% en adelante. Esto nos da una norma jurídica provincial, similar a la de los *landers* en Alemania, cada 2 meses y 14 días. Es una pauta interesante: la Corte argentina ha sido más activa que la alemana en declarar las inconstitucionalidades respecto de las normas estaduales.

En relación con otros datos que tenemos, lo que surge es una presunción muy fuerte, si la conflictividad en Alemania como en la Argentina respecto a la legislación federal es similar, de que ambos tribunales son mucho más activos en declarar las inconstitucionalidades de las leyes de los *landers* o de las provincias.

En particular, nuestra Corte Suprema ha sido mucho más activa respecto de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes provinciales. Las declaraciones de inconstitucionalidad hechas sobre leyes provinciales duplican proporcionalmente a las realizadas sobre leyes nacionales, pese a que la conflictividad es mucho mayor respecto a la legislación nacional.

Se me ocurren hipótesis sobre esto, también aplicables al caso alemán, aunque con menor intensidad. Las leyes provinciales son muy malas y no queda otra alternativa que declararlas inconstitucionales, aunque el tribunal no lo quiera. Eso ya lo sostuvieron Hamilton y Madison en algún boletín del "Federalista" cuando advertían sobre los parlamentarios parlanchines, apasionados, poco serios y muy permeables a las demandas también apasionadas, románticas y poco serias de las poblaciones de sus Estados. Con lo cual, el sistema de frenos y contrapesos tiene que ver con "poner distancia" entre quién finalmente define la validez o no de las normas estatales de aquella relación sumamente compleja entre parlamentarios estatales y la población que los votó. Hay otra hipótesis factible, hasta que alguno demuestre que la anterior es cierta. Desde ya, se podría buscar una metodología que demuestre que de acuerdo a algunas técnicas legislativas, las leyes estatales, provinciales o de los *landers* son manifiestamente de menor calidad, malas e inconstitucionales y merecen ser, más allá de cualquier especulación, declaradas inconstitucionales. Si esto no es así o mientras tanto nadie se digne a investigarlo, que puede tener sus dificultades, otra hipótesis posible es que los tribunales constitucionales se animan a declarar en mayor medida inválidas las normas jurídicas provinciales que las nacionales o federales, porque el poder de fuego político de los poderes políticos provinciales es mucho si lo comparamos al del Poder Ejecutivo o Legislativo Nacional. No se me ocurre el escenario que a partir que de un disgusto de un Poder Ejecutivo provincial se intente alguna operación sobre algún tribunal constitucional. Esto a los extranjeros, tal vez, les suene más raro que a los locales, pero es lo que ocurrió en el *New Deal* al pretenderse aumentar la cantidad de ministros en la Corte e impulsar los juicios políticos. Es decir, existe todo tipo de presión imaginable sobre los miembros de un tribunal constitucional cuando el ejercicio del control de constitucionalidad está incomodando al poder central. No se me ocurre como un poder político provincial puede intimidar a un tribunal constitucional federal. En cambio, parece mucho más visible el poder de fuego del poder político federal. De modo que esto puede ser una explicación o una presunción respecto a por qué se notan guarismos, que en el caso argentino, duplican proporcionalmente la declaración de inconstitucionalidad sobre normas jurídicas provinciales que sobre normas jurídicas federales.

La piedra del escándalo de las inconstitucionalidades provinciales en la Argentina son las normas tributarias. Aproximadamente el 50% de las declaraciones de inconstitucionalidad de normas jurídicas provinciales son de contenido tributario.

De algún modo, esto no es de mucha novedad. Los problemas que tenemos en nuestros países en términos de coparticipación federal, lo cual tiene que ver con los conflictos que estamos viendo en estos días, entre las pretensiones de los productores agropecuarios y las retenciones que el gobierno federal aplica. Esto ha sido un poco la base del milagro argentino y es un tema siempre pendiente en la Argentina. Históricamente, el problema de la recaudación tributaria y de la distribución de los ingresos entre el poder federal y las provincias ha traído infinidad de inconvenientes y ha estado en el núcleo de la grave crisis de 2001 y 2002 en la Argentina. Esto se refleja en la actividad de la Corte

Suprema argentina, ya que la piedra del escándalo es una activa intervención en declarar las inconstitucionalidades en temas tributarios.

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Profesor UBA, Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Es un gran honor para mí participar en este evento, pero yo no soy un constitucionalista. Soy un humilde penalista y esa es mi formación básica. Es muy raro como penalista, sin embargo, inaugurar un evento de esta naturaleza.

Soy consciente de las dificultades del tema, así que en muy breves minutos plantearé algunas preguntas y dificultades que aumentan la complejidad política que con frecuencia lo rodea y que, en el último tiempo, se acrecienta en algunos países de nuestra región. La centralización, la descentralización, el federalismo o el mayor o el menor poder central: no son temas que se dan teóricamente, sino que por lo general están vinculados a intereses políticos y económicos coyunturales. Tenemos países de nuestra región vecinos, Bolivia en este momento, que está viviendo esa discusión y se enfrentan a estos intereses.

No se me escapa tampoco la complejidad teórica del tema, que algunos le dan origen bíblico. En América Latina el modelo que ha cundido, por regla general, ha sido el federalismo de la Constitución norteamericana con variables bastante curiosas, que hemos producido en cada uno de nuestros países. Variables que van desde sostener el principio de que el gobierno central se forma por la delegación de los poderes de las entidades federales o en otros países, el principio inverso.

Nuestro federalismo, de cualquier manera, tiene un origen diferente. No está formado en base a aquel origen histórico de la revolución norteamericana. No se cambió la estructura económica, sino que se produjo la liberación del poder del Rey de España manteniendo la estructura económico-social. No fue una revolución para transformar la estructura económico-social, sino que fue una revolución para independizar el país.

En las colonias norteamericanas se admite firmemente el gobierno federal en la Constitución, pero con una enorme desconfianza a la concentración de poder. Esta desconfianza tuvo un grado tal que la Declaración de Derechos de los Estados Unidos originariamente tiene limitaciones al Poder Legislativo Federal, pero no a los poderes legislativos de los Estados, circunstancia que va cambiando a lo largo del siglo XIX.

En la Argentina el origen es muy distinto, participamos, a partir de nuestra independencia, de luchas entre el poder central y los poderes locales, pero por regla general vinculadas a un acercamiento de dos modelos económicos: el modelo de la economía colonialista y el modelo mercantilista. Este enfrentamiento llevó al fratricidio y culminó con el establecimiento de las repúblicas más o menos oligárquicas que han adoptado, de alguna manera, la Constitución de los Estados Unidos, aunque no todas, el federalismo. No fue una desconfianza hacia el gobierno central lo que generó el federalismo en América Latina, sino que fue el resultado de estos enfrentamientos.

En la Argentina tuvo un curioso giro la federalización de la ciudad de Buenos Aires en el año 1880, después de la última guerra civil en ese mismo año. Como resultado de esto, la ciudad de Buenos Aires quedó privada de un gobierno local. La provincia de Buenos Aires que generaba el mayor desequilibrio quedó privada de su capital y esta circunstancia se mantuvo aproximadamente a lo largo de 114 años. La reforma constitucional de 1994 cerró la doble herida, pero, a mi modesta opinión, deja a la Constitución a medio hacer.

La reforma del '94 ha sido insuficiente para corregir una serie de problemas generados por las características fundamentales y originarias del federalismo. La diferencia en nuestra competencia legislativa y la de los Estados Unidos es notoria. En los Estados Unidos, el derecho de fondo es de competencia estadual, para nosotros, en cambio, el derecho de fondo es de competencia nacional. Sin embargo, la aplicación del derecho de fondo en nuestro país sí es provincial-estadual, es decir que en este momento no tenemos un recurso de casación nacional que tenga por objeto la unificación de la interpretación de la legislación de fondo. De modo que tenemos una misma ley para todo el país: un Código Civil, un Código de Comercio, un Código Penal, un Código de Minería y, sin embargo, tenemos veinticinco posibles interpretaciones diferentes. No hay ningún órgano con capacidad de unificar las interpretaciones jurídicas, lo que ciertamente no proporciona una seguridad jurídica muy fuerte. Tampoco tenemos un control de constitucionalidad muy fuerte: el control de constitucionalidad se ejerce conforme al sistema difuso, es decir, por parte de todos los jueces. No tenemos un tribunal constitucional que haya concentrado este control. Aparte, las decisiones de la Corte Suprema no son obligatorias para todos los órganos jurisdiccionales del Estado. Es decir que se niega en la Argentina la regla de *stare decisis* de la Constitución norteamericana.

Hay que entender, por ende, que la competencia del control de constitucionalidad se reduce a los casos contenciosos con el grave inconveniente de que los criterios de constitucionalidad varían conforme a la composición de la Corte Suprema. Es decir, es factible y de hecho ha sucedido, que una ley declarada inconstitucional por una Corte Suprema con una composición, sea declarada constitucional años después por la Corte Suprema con otra composición.

La reforma del '94 no cubrió estos aspectos. No generó un órgano con competencia nacional de casación o de unificación de la interpretación de la ley. Tampoco creó una Corte con la competencia para ejercer el control de constitucionalidad concentrado, que pudiese otorgar seguridad jurídica.

A todo esto vale aclarar que el sistema político en toda la región latinoamericana está marcado por el presidencialismo. En América Latina existen democracias jóvenes establecidas luego de largos períodos de inestabilidad institucional y golpes de Estado. En los últimos 25 años afortunadamente no tuvimos casi ningún golpe de Estado, salvo el de Fujimori y el de Haití, pero en estos 25 años hemos tenido más de 20 presidencias superlativas generando graves consecuencias al régimen institucional y provocando la crisis del sistema, no sólo del gobierno.

Todo esto ha ido generando el fenómeno de desconfianza respecto de la política, que por cierto es mundial, pero ahora, entre nosotros, asume algunas características con rasgo folclórico. Lo que algunos politólogos franceses llaman comúnmente la "contrademocracia", o sea, el control político no institucionalizado que se ejerce sobre las decisiones políticas, en

nuestra región se ejerce básicamente movilizado, muchas veces, por la opinión pública controlada fuertemente por los medios masivos de comunicación social.

La función que ejercen las instituciones de control en nuestro sistema es bastante limitada y no sólo en el ámbito judicial, sino que también cabría incluir al Senado. Este órgano junto con sus funciones específicamente legislativas, si pensamos en términos democráticos, es una representación igualitaria de las entidades federales. Por sus funciones y estructura, resulta que el voto de una persona que vive en una provincia de más habitantes vale menos que el voto de una persona que vive en una provincia que tiene menos habitantes para la sanción de cualquier ley. Distinto sería la valoración si su competencia se viera reducida a las materias que interesan directamente e inmediatamente al federalismo.

Hace un momento me referí a la particular situación de Buenos Aires en el proceso de federalización de la ciudad. Debido a una deformación en la distribución poblacional, a la transformación económica y a la concentración y explotación del poder a través del puerto, un 10% de la población vive en la ciudad de Buenos Aires y ostenta la mayor riqueza. Sin embargo, durante 114 años esta ciudad no tuvo un gobierno propio. El Presidente de la República era el que gobernaba la ciudad de Buenos Aires, pero lo delegaba en un funcionario llamado "intendente".

La reforma constitucional de 1994, como dije en su momento, es una Constitución sin terminar o a medio hacer. Otorga autonomía a la ciudad de Buenos Aires en forma tal que su naturaleza jurídica se discute. La autonomía fue concebida por la Constitución de la ciudad de Buenos Aires a diferencia de lo que sucede en las provincias que respetan el sistema tradicional regulado en nuestra Constitución de 1853, que se remonta a la de los Estados Unidos. Esto crea un híbrido que es de naturaleza bastante peculiar. Pero el federalismo no es solamente un sistema: es un derecho. Es la razón simbólica por la que el 10% de la población se privó de las instituciones propias y del derecho a autogobernarse. Es la razón por la cual los habitantes de la ciudad de Buenos Aires, si tienen que divorciarse lo hacen a través de jueces que son designados por las autoridades federales y no por las autoridades locales como es en el resto del país. Esto ha traído una serie de conflictos que subsisten hasta el día de hoy.

Por supuesto, la base de las dificultades mayores que ha tenido y sigue teniendo nuestro federalismo es la distribución de la recaudación. La coparticipación federal es uno de los problemas que está pendiente y cuya solución es muy difícil. Los impuestos que eran recaudados por las provincias a partir de un raro acuerdo celebrado por los agentes de una dictadura militar y una ley de la década del '30, pasan a ser recaudados por el gobierno federal que redistribuye, conforme a un criterio que todavía no se ha fijado, a través una ley que todavía no ha sido sancionada.

Dentro de estas discusiones acerca de la competencia federal y la local, tenemos el problema de la función policial. Afortunadamente, nuestro sistema federal nos ha inmunizado contra la conformación de policías únicas. Nuestro sistema federal nos permite tener varias policías, una por cada Estado y una en el orden federal, en contra de la tendencia de la unificación de policías. La unificación de las policías en nuestra región se ha manifestado como una tendencia de carácter autoritario, en contra del modelo originario norteamericano que nunca cumplimos; nunca tuvimos una policía de condado, ni una policía comunitaria norteamericana. Copiamos la Constitución de los Estados Unidos, por un lado, y copiamos la policía germánica por el otro. En este momento estamos asistiendo a

una discusión sobre la competencia de la ciudad de Buenos Aires para tener su propia policía contra el gobierno federal, que maneja la policía federal. Si se me preguntan la opinión sobre este conflicto, diría que mantengo en toda su acepción la posición autonomista de la ciudad de Buenos Aires. Los habitantes de esta ciudad tienen, como los habitantes de todo el país, el derecho de tener su propia policía. El gobierno de la ciudad de Buenos Aires tiene que cumplir con esta obligación constitucional.

Pero, la Constitución de la ciudad de Buenos Aires la hicimos en el año 1996, con un modelo de reconstrucción de la sociedad, un gobierno que respondía a una idea de descentralización administrativa y al poder de policía distribuido. Lamentablemente, los gobiernos que se sucedieron en la ciudad de Buenos Aires desde 1996 hasta la fecha, y que tenían que haber coronado la descentralización hacia el año 2001, nunca cumplieron con la Constitución. El grave inconveniente de la transferencia policial a la ciudad de Buenos Aires es que por estas condiciones, el ejercicio del poder policial de la ciudad carecería de las instituciones constitucionales que permitirían su control público.

De modo que esto nos plantea otros problemas de carácter más general: ¿Podría un tribunal de carácter federal juzgar si se ha cumplido o no una Constitución local? Tengo enormes dudas al respecto, desde mi ignorancia de penalista.

Espero que les haya proporcionado una somera idea de las dificultades con las que ha nacido, se ha asentado, ha evolucionado y funciona el federalismo y ratifico mi mayor confianza en el sistema.

Me queda una última duda respecto de Constituciones como la nuestra, donde la legislación de fondo es única y la legislación procesal y el sistema judicial se divide en veinticinco competencias distintas. La duda que me queda es si hay un derecho procesal marco. En algún punto, todos sabemos que el derecho procesal es el que realiza el derecho de fondo, pero sabemos que puede llegar a desvirtuarlo, entonces me pregunto si debe haber un marco de carácter federal que se puede anteponer a todas las entidades. De no existir este criterio, las entidades federales pueden deformar la aplicación del derecho de fondo a su gusto.

SESIÓN DE TRABAJO PARA CUESTIONES INSTITUCIONALES, POLÍTICAS Y SOCIOLÓGICAS

CHERYL SAUNDERS

Directora ejecutiva del Centro de Estudios Constitucionales Comparados (Centre for Comparative Constitutional Studies) y presidenta de la Asociación Internacional de Centros para Estudios Federales (International Association of Centres for Federal Studies)

Quisiera mencionarles cómo es el sistema institucional con respecto a la revisión judicial en el sistema australiano en donde el federalismo es mucho más amplio si tenemos en cuenta el rol de las Cortes y lo comparamos con los Estados Unidos y Canadá. Australia es bastante inusual en el mundo. Tiene una Constitución que no protege derechos. El federalismo es todo lo que uno puede obtener de la Constitución de Australia y, básicamente, se ha tomado en forma moderadamente seria por todos.

Ahora, la estructura tribunalicia en Australia tiene que ver con las decisiones referidas a la Constitución y esto se adopta del modelo de los Estados Unidos, pero hay una influencia de Gran Bretaña y de Canadá en cuanto a la redacción de la Constitución. Ahora, lo esencial de la estructura del sistema tribunalicio es que somos una federación y tenemos un sistema tribunalicio del Commonwealth o nacional y uno para cada uno de los Estados. Por lo tanto, Australia, en este sentido es bastante parecida a los Estados Unidos. Ahora, la diferencia con este país es que nuestro último tribunal, que vendría a ser como la Corte Suprema de los Estados Unidos, entiende en las cuestiones del sistema del Commonwealth, como de los diferentes Estados, por lo tanto tenemos una única cámara de apelaciones. Este es el resultado del desarrollo histórico.

Australia fue una colonia del imperio británico y, de alguna manera, la Alta Corte, como la llamamos nosotros, tomó ciertas competencias del *Privy Council*. Además, nuestras Cortes provinciales o estatales manejan ciertos temas, si el Parlamento así lo decide. Esta Corte superior tiene una competencia constitucional, pero también tiene otras facultades. Con respecto a la primera instancia, a diferencia de los Estados Unidos, tiene su competencia en casos de apelación, tanto en los temas federales como estatales. A veces varía según el interés por supuesto del tribunal. Raramente, más del 20% de los tribunales tienen este tipo de carga en cuanto a sus causas y en ciertos casos es difícil separar los temas constitucionales, respecto de otras cuestiones y esto tiene que ver con una explicación empírica.

La forma de la revisión judicial en Australia es difusa, en lugar de ser concentrada. Además, cualquier otro tribunal puede manejar temas constitucionales y muchos otros tribunales aún en el nivel más bajo de la jerarquía manejan cuestiones constitucionales. Entonces, ya sean parte del *Commonwealth* o sean leyes nacionales, ambos tipos de normas pueden ser invalidadas por tribunales de las más baja jerarquía. Si bien hay un sistema donde ciertas cuestiones constitucionales si se plantean en un tribunal de menor jerarquía podrían, entonces, pasar a un tribunal de mayor jerarquía. También tenemos la doctrina del

precedente que es bastante típica del *Common Law*, una decisión adoptada por el tribunal superior es vinculante para todos los otros tribunales.

La revisión judicial en nuestro sistema siempre es concreta, es decir que no hay posibilidad de hacer lo que sucede en Sri Lanka. Siempre se requiere un demandante que tenga interés en el caso. Hay doctrina que acepta que un abogado, ya sea del *Commonwealth* o estadual, siempre va a tener un interés en una cuestión constitucional, entonces, puede comparecer ante un juez para demostrarlo.

Ahora, a pesar del rol asignado por la Constitución, el Alto Tribunal es tratado como una Corte con la jerarquía de los tribunales federales. Tiene un rol importante, pero se lo trata como un Tribunal federal y, además, bajo la Constitución. Los magistrados de este Tribunal son designado por el Poder Ejecutivo del *Commonwealth* y esta es la influencia del sistema de *Commonwealth* británico. No está allí involucrado el Poder Legislativo.

Esto sí ha sido un tema controvertido a través de los años y en 1978 hubo una enmienda a la legislación del *Commonwealth* del derecho anglosajón, por la cual los Estados deben ser consultados para la designación de los magistrados. Esta consulta puede significar muchas cosas, depende también de los intereses del Gobierno del *Commonwealth*. A veces, la consulta puede ser simplemente levantar el teléfono y decir "Vamos a hacer tal o cual cosa, ¿hay algo para decir al respecto?". En otras ocasiones, hay un intercambio constructivo. Ahora hay 2 designaciones en los próximos 12 meses que son muy importantes y aparentemente el procedimiento de designación va a ser bastante cooperativo.

Hay 7 magistrados para los temas importantes, pero ¿hay un sesgo? Creo que no hay un sesgo muy aparente, si bien, por lo general, hay una mayoría que va a favorecer al poder central y cada tanto tenemos algún momento histórico donde una cuestión federal importante aparece ante el Tribunal. Entonces, aparecen los rumores de que la próxima decisión judicial va a favorecer al poder central. En realidad es un poco difícil saber qué es la verdad y qué es la ficción.

Todos nuestros jueces de este Tribunal provinieron de la magistratura o, a veces, de la Procuración General en los diferentes Estados. Actualmente, 2 de los 7 son mujeres.

Hay un alto grado de independencia en todos los tribunales australianos. Hay por supuesto protecciones constitucionales en cuanto a la remoción, a la compensación y tienen una autonomía muy importante con respecto a su presupuesto. Existe una separación constitucional del Poder Judicial, que le da a la Corte una independencia considerable respecto del Legislativo, evitando la interferencia a su actuación. La competencia jurisdiccional está protegida y no puede ser modificada por la legislación.

En cuanto a los resultados, el federalismo es la justificación primaria de la revisión judicial en este Alto Tribunal. Se continúa tomando en forma seria como una responsabilidad de la Corte. Las decisiones del Alto Tribunal como resultado tienen un impacto en la validez tanto de las diferentes leyes del *Commonwealth* como de las estatales.

Ahora, si puedo colocarlo en un contexto más amplio, a diferencia de los Estados Unidos y Canadá, podemos decir que nuestro sistema federal opera sobre la base de un gobierno parlamentario, especialmente por el *Commonwealth* británico. Es decir, en esa tradición, que es bastante adversarial con un sistema bipartidario, su resultado, si nos concentramos en la Legislatura central, fue que las leyes son sancionadas bastante rápido y que la política del Gobierno la va a implementar el Poder Legislativo. Aquí tenemos que el

Gobierno debe ser bastante valiente en cuanto al ejercicio de sus poderes del *Commonwealth*, es decir que si quieren hacer alguna medida van a experimentar con el uso del poder y decir "Bueno, los tribunales pueden revocarlo si creen que nos hemos excedido en nuestros límites". Por lo tanto, sobre esta base no es posible decir que el resto del sistema político o de las instituciones del Gobierno proporcionan más protección para el federalismo australiano.

Hay dos consecuencias para la Corte por su rol. Por un lado, se coloca mucha presión en la Corte, porque muchas veces se ve enfrentada con la legislación, resolviendo sobre temas de política del Gobierno nacional. Pero están experimentando para descubrir sus poderes constitucionales y decidir si ese uso de sus facultades es válido. En segundo lugar no es posible que la Corte, como en los Estados Unidos lo hace, dé un paso atrás y diga: "Bueno, no nos tenemos que preocupar demasiado sobre la aplicación de los límites del federalismo, porque hay otras instituciones en el Gobierno que tienen sus representantes en el Senado y que lo harán". Esto raramente se hace en el contexto australiano y uno no lo creería tampoco si sucede.

SESIÓN DE TRABAJO PARA CUESTIONES DOCTRINARIAS Y CONSTITUCIONALES

PABLO MANILI

Doctor en Derecho y profesor de la Universidad de Buenos Aires (UBA)

En primer lugar, voy a dividir mi exposición en cuatro rubros principales: comenzaré con una breve descripción de cómo es el sistema judicial argentino, al solo efecto de ilustrar a los colegas extranjeros; en segundo lugar, y para ir yendo de lo general a lo particular, efectuaré un análisis de cuáles son los problemas que tiene hoy nuestra Corte Suprema; en tercer lugar, diré cómo se reflejan esos problemas en la situación del federalismo argentino; y en cuarto lugar, propondré algunas alternativas o intentos para la solución de estos problemas.

El primer punto es cómo está formado el sistema judicial argentino. Cada provincia tiene su Justicia, con sus juzgados de primera instancia, sus Cámaras de Apelaciones y sus Tribunales Superiores. Con lo cual tenemos 24 poderes judiciales locales. Al mismo tiempo, tenemos un Poder Judicial federal. Este último entiende en causas de competencia federal, es decir, regidas por las leyes federales, no por el derecho común. La última instancia de apelación en el Poder Judicial federal es la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pero hete aquí que la Corte Suprema no entiende solamente en causas judiciales, sino que también tiene otras dos vías de acceso a ella a través de las cuales le llegan causas donde el contenido no es federal o no es únicamente federal. Estas dos vías son: primero, cuando se impugnan normas locales, por considerarlas contrarias al derecho federal. A los fines de la competencia de la Corte Suprema, los Códigos de fondo son considerados normas locales: el Código Civil o el Código Penal no son normas federales, son normas sancionadas por el Congreso Nacional, pero que a los fines del acceso a la Corte por medio del recurso extraordinario, son consideradas derecho local. Y la segunda vía de acceso a la Corte son aquellas causas en donde la sentencia en sí misma es arbitraria y, por lo tanto, inconstitucional. Entonces la Corte termina fallando en causas que son típicamente civiles, comerciales o laborales, pero

que al dictar sentencia el juez cometió alguna desviación o alguna violación al debido proceso.

Pasamos inmediatamente a los problemas que tiene hoy nuestra Corte Suprema. El primero de los problemas que quiero señalar está directamente relacionado con la sobrecarga de causas. Nuestra Corte Suprema está dictando, por favor no se rían los colegas extranjeros, aproximadamente 12.000 sentencias por año ¿Ustedes se imaginan que es posible que los siete jueces lean esos 12.000 expedientes al año? No hago más reflexiones porque el número es claro de por sí.

El segundo problema que tiene hoy nuestra Corte Suprema es la falta de especialización constitucional de sus integrantes. Ayer lo dijo el Dr. Zaffaroni cuando dio su conferencia: "Yo soy un humilde penalista". Él es un excelso penalista, pero no es un constitucionalista y hace treinta años que no tenemos un solo constitucionalista en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Hemos tenido excelentes civilistas y penalistas y hemos tenido personas que no tenían ningún *currículum vitae* y que solamente eran amigos del poder para reeditar alguno de los males que ustedes señalaron en algunos países -como el colega de la India- pero no hemos tenido ningún constitucionalista en los últimos treinta años. Esto evidentemente no sólo lesiona el prestigio, sino la capacidad del tribunal.

El tercer problema que quiero señalar es la falta de balance que hay en la integración de la Corte Suprema. Recién el colega Gustavo Ferreira se expresaba a favor de la periodicidad de los mandatos de los ministros de la Corte, idea con la cual discrepo, porque a pesar de que tenemos cargos vitalicios, cada Presidente de la Nación que llega quiere tener su propia Corte y busca la manera de poner amigos en ella, por la vía del juicio político como hizo el marido de la actual Presidenta y ex Presidente de la Nación, o bien por la vía de la ampliación de la Corte, como hizo el menemismo, o bien por la vía de jubilar a los magistrados. Cada Presidente quiere tener su propia Corte y lo logra, a pesar de que los cargos son vitalicios. Imagínense, como sería esto si los mandatos fueran periódicos. Este es un problema y genera la falta de balance. Hoy de los 7 jueces de la Corte tenemos 4, que es la mayoría, designados por este Gobierno y tres que vienen de gobiernos anteriores. Si lo miramos desde otro punto de vista, el desbalanceo también se revela en lo ideológico: de los 7 jueces tenemos 3 son de centro-izquierda o izquierda y 4 peronistas; pero no hay ningún conservador, liberal o radical. El desbalanceo es notorio y se debe a esta interferencia del Poder Ejecutivo en la designación de los jueces, especialmente en la remoción de las mayorías que no les convienen. La consecuencia de este obrar es la falta de independencia del tribunal y este problema tiene un efecto inmediato en el federalismo. ¿Por qué? Porque como los jueces son nombrados por el Presidente de la Nación tienden a ser permeables o condescendientes con las políticas del Poder Ejecutivo Nacional, por lo tanto podemos constatar en la historia del Tribunal un número mucho mayor de causas en las cuales se invalidaron normas jurídica locales, es decir, provinciales, que aquellas en las cuales se declaró la inconstitucionalidad de normas jurídicas federales. Esto se debe a que cada Presidente tiene su Corte, que le convalida sus políticas, pero no tienen reparos en declarar la inconstitucionalidad de las normas provinciales.

Voy a dar algunos fallos de cada década para que esto quede demostrado. Por ejemplo, el caso "Ferrocarril Central Argentino" de 1866, donde la Corte notablemente reforzó los poderes del Gobierno federal en detrimento de las provincias. El caso "Hileret" de 1903, en el cual se declaró la inconstitucionalidad de una ley local, cuando al mismo

tiempo se convalidaban las leyes nacionales similares. El caso "Siri" de 1957, donde nace el amparo, es producto de la invalidación de un acto del jefe de policía provincial. El caso "Graffigna Latino", en materia de juicio político con respecto a la provincia de Mendoza en la década del '80. Ni hablar del caso "Chaco" del año 1998, donde la Corte convalidó que el Senado nacional eligiera al senador de la provincia del Chaco. En vez de ser la provincia la que mandaba al senador, el Senado fue el que lo eligió ¿Por qué? Porque le rechazaron el título al senador electo por aquella provincia, que era de un partido político determinado y le dieron el cargo a otro que era de otro partido político. Por supuesto, la Corte lo convalidó. Entonces, aquí vemos cómo la falta de independencia de la Corte Suprema tiene una repercusión inmediata sobre el federalismo y acentúa la tendencia al centralismo a través de la convalidación de normas jurídicas nacionales y de la invalidación más asidua de las normas locales.

Éste es, entonces, el problema central que veo en cuanto a la Corte argentina en su relación con el federalismo. Pero para que mi discurso no sea tan pesimista o lapidario, quiero proponer para el análisis algunas vías de solución.

En primer lugar debo señalar que en el año '94, cuando se reformó la Constitución argentina, se incorporó una norma bastante interesante que podría haber tenido algún efecto, pero lamentablemente no fue así. Se estableció que los jueces de la Corte, al momento de ser designados por el Presidente, requerían el acuerdo del Senado, pero no ya de una mayoría simple, como era antes del '94, sino de los dos tercios de los senadores nacionales. Uno diría: "Bueno, esto debería fomentar el federalismo, porque si estamos pidiendo que dos tercios de los senadores, que son electos por las provincias, convaliden la propuesta del Presidente, esto debería fomentarlo". Lamentablemente, el Senado argentino no funciona así y los senadores no representan a sus provincias, sino a sus partidos y este objetivo ha quedado absolutamente frustrado. Cada vez que el Presidente propuso a un ministro para la Corte, impuso su mayoría partidaria, no importando los intereses provinciales, y los designó. Por ejemplo, en la Corte actual tenemos un solo ministro que es del interior del país, mientras que los otros seis han tenido su actuación judicial y profesional en la ciudad de Buenos Aires. No importa si alguno ha nacido en el interior, como el Dr. Zaffaroni. Si esto no es centralismo, ¿El centralismo dónde está?

La primera propuesta que formularíamos es, si fuera conveniente, y no lo planteo como una aserción, sino como una pregunta; establecer en una eventual reforma constitucional la representación geográfica equitativa al elegir ministros de la Corte Suprema. Hay un decreto del Presidente, donde intentó autolimitarse al momento de nombrar ministros que contempla esta idea de que debe haber una distribución geográfica equitativa.

Otro posible camino para la solución de estos problemas sería la creación de las Cortes de Casación regionales. Por ejemplo, una Corte de Casación para la Patagonia, una Corte de Casación para el Noroeste argentino y otra para el Noreste argentino. En estas Cortes se resuelve sobre el derecho común en aquellas causas que no tengan contenido federal. Le dejen a la Corte Suprema solamente las causas de contenido federal. Esto descongestionaría a la Corte Suprema, al mismo tiempo que reduciría la centralización que se produce a través del ejercicio del control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema y, también, dejaría el derecho común en manos de las Cortes regionales.

Otra posibilidad, en esto me remito a Hans Kelsen cuando crea el control concentrado de constitucionalidad, es establecer que las provincias puedan impugnar judicialmente a las normas jurídicas federales. Si bien no está prohibido en nuestro sistema y algunas las provincias lo han hecho, no hay una práctica asidua en la Argentina. Hay un precedente de la provincia de Santiago del Estero, cuando impugnó el "Plan Alimentario Nacional" en la década del '80. También, algunos casos referidos a los impuestos. Pero la coparticipación federal, que es el tema principal, que hace que la Argentina tenga un gobierno unitario y no federal, jamás ha sido discutido en los estrados judiciales por pedido de alguna provincia. Los que deciden la agenda del tribunal constitucional son, de alguna manera, los poderes políticos, porque definen en dónde discutimos los temas. Por ello, el tema de la coparticipación federal nunca fue discutido en los estrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

CONCLUSIONES, ACTO DE CLAUSURA

CHERYL SAUNDERS

Directora ejecutiva del Centro de Estudios Constitucionales Comparados (Centre for Comparative Constitutional Studies) y presidenta de la Asociación Internacional de Centros para Estudios Federales (International Association of Centres for Federal Studies)

El debate comenzó con observaciones respecto de los métodos comparativos y surgieron advertencias en relación a las dificultades de estos análisis. Creo que no deberíamos tomarlo como dado. Es evidente del debate que se ha producido que existen experiencias distintas con respecto a la *traditional review*. También hay diferencias estructurales entre los distintos países. Si empezamos con las características culturales, históricas y socio-económicas, todo esto se torna cada vez más complejo.

Rajeev planteó la necesidad de encontrar lo que definió como puntos de equivalencias y con eso estoy de acuerdo, pero también sé que son difíciles de encontrar en este contexto. Aparte, el control constitucional o el control a secas en los sistemas federales, no es un punto de equivalencia satisfactorio, porque todos tenemos ideas diferentes respecto de qué podría explicarlo y cuál debería ser su objetivo.

Uno de los mensajes que deberíamos llevarnos es que el federalismo comparativo no es imposible, pero debe ser utilizado con precaución. Nuestros colegas de Sri Lanka y de Nepal plantearon que a veces el federalismo comparativo no se puede deslindar de la situación. Lo que se buscan son guías, pautas y la experiencia del resto del mundo para poder solucionar los problemas de sus países. Así que es dable esperar para ellos y también para nosotros que el federalismo comparativo ofrezca algún tipo de percepción y de visión

Otro tema fue el activismo judicial y se realizaron varias observaciones. El activismo judicial no tiene que ver con el dictado de leyes y tampoco significa la invalidez de la legislación de una u otra esfera de gobierno. La definición básica es que el activismo judicial representa el desborde de los límites establecidos en alguna jurisdicción, pero determinar cuándo esos límites son aceptables es un tema que varía de acuerdo al país y el sistema

constitucional. Simplemente, si comparamos a la India con alguna de las otras jurisdicciones representadas veremos que las realidades cambian de manera significativa.

También el concepto del activismo judicial, en el contexto del federalismo y de las Constituciones en general, es complicado. Esto se debe a que muchas personas no aceptan que las Constituciones deben cambiar con el tiempo.

Otra cuestión que surgió es la composición de las Cortes Constitucionales o su representatividad. Potencialmente es un tema muy interesante que merece una mayor exploración. Tiene dos aspectos. Uno es la legitimidad del modo de designación en sí, es decir, en qué medida, como sucede en Alemania, se involucran ambas esferas del Gobierno y los distintos partidos políticos en el proceso de toma de decisiones, en contraposición con lo que sucede en otras jurisdicciones como la mía, donde se involucra solamente a la rama ejecutiva del Gobierno. Pero, también, la otra dimensión de esta cuestión de la composición tiene que ver con el resultado del proceso de designación y su legitimidad en el contexto del federalismo.

Se plantearon cuestiones sobre si efectivamente el proceso de designación genera una Corte que cuente con representación regional. La Corte refleja desde el punto de vista territorial a la población del país y desempeña un papel en el derecho estadual.

Un tema muy interesante ha sido este debate respecto de la revisión judicial difusa y concentrada. Algunos de los problemas que tienen que ver con el *traditional review* concentrado y difuso probablemente puedan ser respondidos en los contextos de los sistemas. Algunas de las dificultades que se plantearon. Los colegas de la Argentina han explorado mucho más intensa y exhaustivamente esta cuestión de lo que nosotros lo podemos hacer.

Otra cuestión que se planteó es la relación entre el federalismo y los derechos. Estos temas a veces pueden entrar en dos canastas distintas, pero la realidad es que no pueden ser separados del todo y hay mucho más por decir respecto de la interdependencia de las ideas de federalismo y Cortes Constitucionales.

Un asunto que también querría mencionar brevemente y que podemos dejar para otra oportunidad, es la relación entre el *traditional review* y las enmiendas constitucionales en los sistemas federales. Nosotros tocamos este tema hacia el final al hablar de la estructura básica, pero hay mucho más por decir respecto del papel de los tribunales al actualizar las Constituciones en comparación con proceso de enmienda constitucional. Cuán práctica es esta última alternativa dependerá de cuál sea el procedimiento de modificación de la Constitución, lo cual variará de un país a otro. Hay países en los que la Constitución es inalterable, por ejemplo en Alemania, hay otros países en donde la Constitución se puede alterar o modificar fácilmente y puede dar lugar a la doctrina de la estructura básica, como en la India.

Otro de estos temas que se trataron fue el que planteó Shawn cuando habló de la forma en que el proceso político y el proceso de negociación en el sistema federal podrían abordar los conflictos entre las esferas de Gobierno. Creo que Canadá es un ejemplo muy interesante en este sentido, de manera que el fenómeno que se está dando es muy interesante, más allá de la Carta de Libertades y Derechos y la disposición del gobierno a negociar. Nuestros colegas de España, Alemania e India hicieron comentarios interesantes sobre el papel que se puede desempeñar en la adjudicación constitucional.

Por último, una serie de cuestiones que se mencionaron sobre la importancia de la independencia del Poder Judicial y la legitimidad del proceso de la toma de decisiones y de la Constitución subyacen a todo lo que se ha dicho.

JORGE BERCHOLC

Profesor e investigador de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y director general del seminario

Antes les contaba sobre mis expectativas respecto a la posibilidad de fijar algunas pautas metodológicas para trabajar en la relación de los tribunales constitucionales y el federalismo, pero tuvimos algunas opiniones escépticas especialmente de Dhavan y de Carlos Vázquez respecto a la posibilidad de establecer estas pautas compatibles y congruentes para efectuar estudios comparados.

¿Cuál fue mi sentimiento en el transcurso del día? Fue ambivalente y ambiguo. En algunos momentos veía que mi objetivo caía en algunos pozos escépticos, tal cual lo manifestaron Carlos Vázquez y Dhavan. Sin embargo, con el correr del día recuperé mi optimismo sobre el tema, sin soslayar las dificultades por los distintos contextos socio-políticos y económicos, que ya ha planteado Robert Woods en su famoso libro "Sistema federal comparado". Hay muchos modelos posibles de federalismo, aún en países y en sistemas políticos que tengan indicadores socio-económicos similares. Si tomamos un universo de países hay variados sistemas jurídicos, diferentes modelos de desarrollo económico y social y distintas pautas culturales. Se aprecia la diversidad entre algunos países como en el caso de India o de Canadá. Creo que los problemas están, pero si nos quedáramos sin actuar y no tratásemos de establecer pautas comunes, muchas actividades no se hubieran hecho nunca y no se hubiera logrado el desarrollo de las ciencias y del conocimiento de la humanidad.

Paralelamente a las dificultades que han ido aflorando, también creo que hemos detectado muchos temas en común. La Unión Europea en su conformación con instituciones supranacionales hizo pie en los puntos comunes, que eran muy limitados y pequeños, como una asociación en torno al carbón y al acero, sin embargo ha contribuido al desarrollo homogéneo en muchas áreas en un territorio plagado de diversidades culturales y de contextos socio-económicos de distinto tipo. Han avanzado excepcionalmente partiendo de algunas pautas mínimas para lograr luego las articulaciones de las políticas y del desarrollo. Creo que hemos detectado que tenemos muchos temas en común, además de comprobar fehacientemente que los problemas están y continúan.

En principio, creo que hay una idea específica sobre cuál puede ser la justificación de un Tribunal Constitucional en relación al federalismo. Todos podemos coincidir, más allá de las dificultades de cada sistema político, que es natural en una jurisdicción nacional impulsar la unión del Estado federal y de los estados miembros. Pero, varios de nosotros incluyéndome, aunque fui más descriptivo, hicieron un juicio valorativo denunciando a los tribunales constitucionales por ser muy contradictorios o confrontar con la legislación estadual o provincial ¿Esto ayuda a la unión? ¿Es una amalgama de intereses de los estados

miembros en un Estado federal o es el aplastamiento de los intereses locales en pos de un poder muy centralizado? Creo que varios de nosotros hemos denunciado que el poder federal busca centralizar en forma natural por muchísimos factores propios de la naturaleza política de las instituciones. Ya lo decía Robert Michels, el sociólogo alemán de la década del '20: la "ley de hierro de las oligarquías". Toda estructura organizacional tiende justamente a centralizarse, a burocratizarse y a alejarse de aquellos a los que dice representar. Michels corroboró esto nada menos que observando al partido socialdemócrata alemán que supuestamente no pretendía separarse de sus bases electorales. Con lo cual debiéramos observar si la "ley de hierro de la oligarquía" no funciona naturalmente en una burocracia central, aún en pos de un sistema federal y jugando en una amalgama contradictoria con los intereses locales.

Me parece que tenemos una dificultad que está en la naturaleza de un sistema federal y en su relación con sus Estados miembros. Obviamente, falta agregar cuál es el rol que en esta compleja relación tiene el poder central con sus Estados miembros. Este poder debe propender a la unión, pero al mismo tiempo debe definir cuál es el punto justo para que no sea un aplastamiento de los intereses locales, o sea, cuando no se impulsa la mejora del federalismo, sino la concentración del poder central.

Creo que hay perspectivas distintas, me parece que esta última preocupación es más visible en las exposiciones de los argentinos y del brasilero y también, según lo que he entendido, en la India. Me da la impresión de que no es percibido como un problema en los Estados Unidos, en Canadá y en Australia, lo cual hablaría del desarrollo institucional más acabado en estos sistemas. En España me queda el gran interrogante. Creo que depende a quién se le pregunte, si al norte o al sur, al este o al oeste de España, se tendrá una respuesta absolutamente distinta, aunque esto también ocurre en otros países. Un planteo similar hecho en Cataluña o en el País Vasco va a tener una respuesta muy distinta en Castilla o en alguna otra comunidad autónoma del centro de España.

De modo que me parece que hay una amalgama de coincidencias en temas que deben ser debatidos y nos preocupan. Esto alienta mi optimismo. Cuando observamos que los países formalmente federales tienen realidades tan distintas, ahí mi optimismo se hace más mesurado.

Creo que se debe trabajar humildemente sobre las coincidencias que encontramos y cuando avancemos, tal vez podamos tener mejores y mayores insumos para aquellos temas que se presentan al inicio como muy difíciles de abordar en un diálogo global entre representantes de sistemas formalmente federales, ya que presentan disimilitudes en varios aspectos.

Algo que se debatió bastante entre Shawn y Juan Sola, con respecto a los justificativos del control difuso, se basaba justamente en los beneficios de los costos transaccionales. Sin embargo, esta perspectiva del control difuso justificado con ese argumento nos daría un perfil de juzgados de instancias inferiores que no sería tan problemático, pero sí lo sería la jurisdicción de los tribunales constitucionales. Un perfil así de la Corte Suprema va a implicar que sea sumamente protectora de los derechos sustantivos individuales, pero va a tener dificultades cuando pretenda proteger los derechos colectivos sociales o legitimar su intervención en las políticas públicas en programas asistencialistas o intervencionistas. Esto puede resultar una realidad ajena a algunos sistemas políticos, pero sabemos que en la Argentina y en Brasil este es un problema cotidiano.

Otra cuestión muy interesante, que es otro aspecto para desarrollar en actividades futuras, tiene que ver con la democracia de los tribunales de justicia. Esto es muy plausible de sostener en la Argentina, cuando por los constantes cambios debido a la sucesión de los gobiernos militares y civiles, el Poder Judicial se mantuvo, ya que el reclutamiento de sus miembros no es por vía electoral. Pienso que tal hipótesis es sustentable en determinados contextos políticos, especialmente en las crisis o en los sistemas muy autoritarios, pero tengo mis dudas de que tal democratización pueda sostenerse cuando está funcionando un sistema político consolidado y con alguno de los mecanismos mínimos que se le exigen a la democracia.

Un tema que fue recurrente es la independencia de los tribunales. Es una constante, no hay reunión sobre la Justicia, el Poder Judicial y los tribunales constitucionales donde el tema de la independencia no aflore. Creo que el tema de la independencia no se explica por sí mismo, no es una categoría que naturalmente deba ser aceptada sin cortapisas y me parece cuestionable hablar de independencia a secas, sin precisar, de quién, hasta dónde, cuándo y en qué circunstancias. Con lo cual si introducimos tantas variables, tendremos que redefinir lo que a secas y en forma cruda y desnuda planteamos como independencia. Pensando que el poder del Estado es uno y está dividido funcionalmente, pero nos debe preocupar que el Estado y su administración sigan funcionando de un modo eficaz. Nosotros en la Argentina hemos tenido más de un conflicto en donde el tribunal constitucional o tribunales de nivel inferior, se han mostrado muy independientes en un sentido literal. Pero tendríamos que definirlo, porque se supone que ser independiente es aquel que hace lo que cree que debe hacer, sin que le importe nada, ni ningún límite. Esto ha traído, muchas veces y en determinados momentos, más dificultades y complicaciones que aquello que quería remediar.

El tema de la independencia de la Justicia, en general, y particularmente de los tribunales constitucionales merece un debate, en el que quitemos el concepto del cofre guardado bajo siete llaves y tratemos de comenzar a precisar mejor de qué hablamos cuando nos referimos a la independencia de la Justicia. Precisamente, una sentencia del tribunal constitucional tiene efectos políticos, sociales y económicos que se reproducen y se repotencian. Por ello, la independencia de la que pueda gozar, dicho literalmente, un juez de primera instancia no sea la misma que pueda gozar un juez del tribunal constitucional.

En el caso argentino, hay unas cuantas decisiones en los últimos años que han contrariado la letra fría de las normas jurídicas y, sin embargo, fueron tomadas con sentido estratégico para no generar más problemas de los que se supone que una decisión absolutamente independiente y legalista debía generar. Hay casos importantes y conocidos en la Corte norteamericana donde el juicio de previsibilidad y de anticipación respecto de los efectos, ha hecho que los jueces decidieran no ser tan independientes, ni tan legalistas, considerando los efectos políticos y sociales de sus decisiones. Esto es un interrogante y un desafío.

Finalmente, como corolario, trabajemos en las coincidencias y parafraseando a Machado, el poeta español, “se hará camino al andar” con las dificultades que hoy nos parecen imposibles de abordar, pero podemos comenzar con algunas similitudes temáticas que han surgido.

CIPPEC (Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento) es una organización independiente y sin fines de lucro que trabaja por un Estado justo, democrático y eficiente que mejore la vida de las personas. Para ello concentra sus esfuerzos en analizar y promover políticas públicas que fomenten la equidad y el crecimiento en la Argentina. Su desafío es traducir en acciones concretas las mejores ideas que surjan en las áreas de **Desarrollo Social, Desarrollo Económico y Fortalecimiento de las Instituciones**, a través de los programas de Educación, Salud, Política Fiscal, Inserción Internacional, Justicia, Transparencia, Instituciones Democráticas, Desarrollo Local, Política y Gestión de Gobierno e Incidencia de la Sociedad Civil.