

X Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Escuela de Historia de la Facultad de Humanidades y Artes, Universidad Nacional del Rosario. Departamento de Historia de la Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad Nacional del Litoral, Rosario, 2005.

Frontera inexplorada: lo jurídico a fines del siglo XX. Un análisis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación durante el menemismo (1989-1999).

Marcos Daniel Grubisic.

Cita:

Marcos Daniel Grubisic (2005). *Frontera inexplorada: lo jurídico a fines del siglo XX. Un análisis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación durante el menemismo (1989-1999)*. X Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Escuela de Historia de la Facultad de Humanidades y Artes, Universidad Nacional del Rosario. Departamento de Historia de la Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad Nacional del Litoral, Rosario.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-006/415>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

**Xº JORNADAS INTERESCUELAS / DEPARTAMENTOS DE HISTORIA,
Rosario, 20 al 23 de septiembre de 2005**

TÍTULO: FRONTERA INEXPLORADA: LO JURÍDICO A FINES DEL SIGLO XX.

Un análisis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación durante el menemismo (1989-1999).

MESA TEMÁTICA: MESA N° 44 – Política y Economía en la Historia Argentina Reciente (1983-2001). Democratización excluyente y reformas económicas de mercado.

Lic. y Prof. MARCOS DANIEL GRUBISIC (UNR),

marcosgrubisic@hotmail.com , marcosgrubisic@yahoo.com.ar

SAN JUAN 579 3º B CP 2000 ROSARIO (SANTA FE) TE 0341- 4494058

FRONTERA INEXPLORADA: LO JURÍDICO DE FINES DEL SIGLO XX.

Introducción.

La *Constitución Estadounidense* de 1787, tomada en su acepción como organización política- jurídica escrita de un tipo de Estado, fue copiada progresivamente durante los siglos XIX y XX por gran parte de los nacientes Estados nacionales de Europa y América. Dicha arquitectura institucional ha hecho que Carl Schmitt diferenciara los límites en el concreto desempeño del poder en dos Principios:

Principio Organizativo: de la escisión del poder en tres ramas o esferas por las cuales se distribuye todo el poder (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), detentado hasta los Estados Absolutistas por el monarca o, en el caso particular de Inglaterra, en el Parlamento.

Principio Distributivo: de la libertad discrecional ilimitada para el individuo o *ciudadano*, y limitada para el Estado en cuanto a invadir el espacio de derechos (por aquella época a la libertad, propiedad y libertad de prensa) de los mismos.¹

La posterior Constitución de la Nación Argentina de 1853 (CN) incorporó cuatro características de la Carta Magna estadounidense: un gobierno de base federal, la fuerte figura presidencial, la división y equilibrio de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), y el control de constitucionalidad difuso. Entre aquellas funciones, el que menos estudios ha merecido por las Ciencias Sociales desde un enfoque político – social – económico es el Poder Judicial, y más específicamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

El Poder Judicial tiene la función de aplicación del Derecho, entendido como restricción al poder arbitrario del Estado o de los particulares, mediante saberes técnicos específicos: es el encargado del *disciplinamiento y control social*. Símil del modelo norteamericano, el Poder Judicial argentino es un poder técnico – político institucional que *decide*

¹ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Ed. Alianza, 1982, p. 141.

discrecionalmente sobre el control de constitucionalidad en forma difusa, es decir, cada juez federal establece - exclusivamente para el caso en cuestión - si una norma, acto u omisión está de acuerdo *interpretativamente* con la Constitución. En la cúspide de esta estructura estatal judicial se encuentra la CSJN, órgano supremo y último de decisión e interpretación del control de constitucionalidad.

Los fallos de la CSJN definen precedentes y jurisprudencia para los Tribunales inferiores (federales y provinciales), campos de ejercicio técnico de la Constitución y del Derecho Positivo, y lógicas de aplicación concreta de sus fundamentos. Es el máximo responsable de la seguridad jurídica – mantener incólume el procedimiento de evaluación de la norma -, la razonabilidad y certidumbre sobre los métodos de ordenamiento social.

Desde 1930 el Supremo Tribunal ha tenido un papel político protagónico en la convalidación, legitimación y legalización de las pautas de gobierno de los regímenes dictatoriales o democráticos. En consecuencia, establece de hecho y de derecho el *sentido de un régimen*: la interpretación de las determinaciones legal – constitucionales y gubernativas implica fijar dentro de la legalidad la *orientación de un tipo de Estado y de individuo*.

Esta ponencia, que es una breve síntesis de nuestra Tesina de Licenciatura defendida en el año 2004 y dentro de un programa de investigaciones sobre la CSJN desde 1983, se propone dar cuenta de esta hipótesis durante la década menemista, desde la frontera entre lo jurídico y la economía, pero que extensivamente posibilita una lectura que integra el entramado político – social.

OTRAS LECTURAS.

Los trabajos sobre el Poder Judicial Federal, y más estrictamente sobre nuestra temática, la CSJN, lamentablemente, desdeñan un enfoque en el cual dicho órgano juega un papel central en las relaciones de poder, en los límites entre el Estado y el individuo, y en el espacio dentro del cual el individuo ejerce (o intenta ejercer) sus derechos.

Se ha debido a una historia jurídica institucional positivista y tradicional, en el cual la CSJN es vista o como un órgano jurídico o como un órgano político – institucional, pero sin establecer sus relaciones con otros órganos o Poderes, ni las consecuencias de sus decisiones jurídicas o políticas en la Sociedad. Es el caso de la *Historia de la Nación Argentina*, y de las publicaciones del Instituto de Historia del Derecho, además de las

aislados fragmentos sobre la temática de los integrantes de la Academia Nacional de la Historia.

Dentro del mismo enfoque se pueden contar asimismo los trabajos publicados en las revistas especializadas de Derecho y Jurisprudencia (*El Derecho, La Ley. Jurisprudencia Argentina*), referidas a aspectos técnicos y de jurisprudencia, sin ampliar la mirada sobre la totalidad del sistema político – institucional y económico.

Aunque en dos ramas distintas, estos enfoques pueden agruparse en una sola corriente de tratamiento de la temática, puesto que la producción, con las particulares connotaciones en cada caso, tiene un mismo procedimiento metodológico de análisis: los hechos y sus consecuencias políticas o técnicas coyunturales.

Una segunda corriente historiográfica es la historia socio - política y económica de los claustros universitarios, de las Ciencias Sociales en su totalidad, es escaso o nulo el rescate y análisis de lo jurídico como especificidad, del Poder Judicial argentino y de la CSJN como enclave neurálgico en la estructura de poder estatal y en la relación entre Estado y sociedad. Esta negación o marginalidad es sorprendente y preocupante, y revela lo acotado de los estudios sociales, y la falta de integración de este espacio de poder.

Por fuera de estas dos corrientes, las investigaciones periodísticas - caso de *Hacer la Corte* de Horacio Verbitsky - recuperan la importancia de los cambios de composición y de sus entretelones, los fallos más polémicos, y las motivaciones políticas coyunturales. En tanto, las publicaciones periódicas rescatan regularmente encuestas de opinión y editoriales sobre el estado del Poder Judicial Federal, y la CSJN en particular, su imagen y sus sentencias. Desde 1989 estos medios le han venido dedicando un espacio y un tratamiento cada vez más amplio que en cualquier otro período anterior.

Conceptos.

Para poder analizar los hechos y las consecuencias de la actuación de la CSJN en la década de 1990, utilizaré como herramientas conceptuales las nociones de *lo jurídico*, *Régimen Político* (RP) y *Régimen Social de Acumulación* (RSA).

Lo jurídico remite, generalmente, a la norma y a la aplicación de la norma desde el Poder Judicial y secundariamente al Poder Ejecutivo. Pero además, y estos son aspectos que no son tenidos en cuenta por los pocos estudios sobre esta esfera de poder, debe necesariamente incluir las tradiciones judiciales, las costumbres de los magistrados y funcionarios judiciales, y las prácticas establecidas en las instituciones judiciales. Como se

puede suponer, es un entramado social, pero al mismo tiempo específico y que permite, al mismo tiempo, dos lecturas: desde el poder y desde la sociedad.

En tanto, el *Régimen Político* fue caracterizado por Natalio Botana como “una estructura institucional de posiciones de poder, dispuestas en un orden jerárquico, desde donde se formulan decisiones autoritativas que comprometen a toda la población perteneciente a una unidad política”. El mismo debe responder a dos interrogantes:

- a) qué vínculo de subordinación establecerá el poder político con el resto de los sectores de poder presentes en la sociedad (*organización y distribución del poder*); y
- b) qué reglas garantizarán el acceso y el ejercicio del poder político de los futuros gobernantes (*modo de elección de los gobernantes y en los límites entre éstos y los gobernados*)².

Los distintos regímenes militares que desde 1930 habitaron el sistema político argentino, establecieron desde el Poder Ejecutivo las maneras de acatar la organización y distribución de poder, en alianza con los actores económicos y sociales que propugnaban la instauración de reglas *de facto* convenientes a sus intereses. Desde esa cima se repartían y designaban los escalones inferiores para las estructuras estatales burocráticas nacionales y provinciales, reproduciendo la jerarquía castrense con el concurso lógico de personal administrativo civil perteneciente a esas estructuras para posibilitar su normal funcionamiento. A partir de aquí, la sociedad, como conjunto, era penetrada por el Estado, los límites se desplazaban.

Esta recurrencia de gobiernos militares y democráticos finalizó con la consolidación de estos últimos, instaurándose desde 1983 un *régimen político democrático* dentro del sistema político argentino. El fortalecimiento de la fórmula prescriptiva de ejercicio de poder republicano moderno reestableció la legalidad emanada de la CN de 1853/ 60. La misma está dividida en una parte dogmática reservada sobre todo a proteger al individuo del avance del Poder Estatal, y en una segunda que organiza la forma concreta en que el poder se constituye en autoridad y se ejerce en la realidad.

En un régimen democrático, la organización de poder se asienta en la división y equilibrio de los poderes estatales prescrito en la CN, y los límites al poder estatal a partir de fórmulas generales que institucionalizan sus órganos, funciones y facultades ante al individuo, y ante los actores sociales con “capacidad de poder”.

La expresión jurídica de las relaciones políticas, económico- sociales, y culturales de una unidad territorial está contenida en la Carta Magna, y secundariamente en todo el ordenamiento jurídico del Derecho Positivo infraconstitucional. Para el caso particular

² Botana, Natalio, *El Orden Conservador*, Bs. As. , Hyspamérica Ediciones, 1985, pp. 40 a 42.

argentino, en la CN está contenido – si bien no específicamente reglado con precisión - el régimen político republicano.

Es interpretado continuamente en su sanción y aplicación por el tercera esfera de división horizontal del Principio Organizativo, integrado por los órganos y funcionarios técnicos especialistas en la aplicación de la CN y del Derecho Positivo correspondiente: el Poder Judicial, y en última instancia por la CSJN: de ahí su importancia neurálgica.

José Nun ha adoptado, como categoría de análisis económico- social e institucional, lo que ha dado en llamar el *Régimen Social de Acumulación* (RSA). Lo ha definido como “... un conjunto complejo de las instituciones y de las prácticas que inciden en el proceso de acumulación de capital...”³.

Implica, como herramienta de explicación de la realidad para este trabajo, los marcos institucionales que facilitan a los agentes económicos la obtención de ganancias y resoluciones de inversión de acuerdo a pautas normalizadas. A partir de fines de los '80 y principios de los '90 se puede hablar de una etapa de emergencia de una nueva “red específica de interacciones sociales”, que permitió desde la llegada al gobierno del Menem un nuevo impulso en el proceso de acumulación de capital, con características neoliberales.

Dichos marcos institucionales implican no sólo las relaciones y normas que le permitan a aquéllos agentes de la economía desarrollar sin obstáculos una nueva espiral de acumulación bajo otras reglas de juego, sino también contar con las instituciones que avalen los comportamientos, conductas e intenciones de inversión y toma de ganancias. Algunos de estos nuevos vínculos fueron confirmados y legalizados por la CSJN.

El nuevo RSA desde los fallos.

En abril de 1990 se sancionó y promulgó la Ley 23.774 de Modificación de la CSJN. Por la misma se amplió el número de ministros del Supremo Tribunal de cinco a nueve, que durante la década de los '90, en virtud de su actuación, fue y es considerada adicta al menemismo.

Sus integrantes, desde 1991, fueron: Enrique Petracchi, Augusto Belluscio, Carlos Fayt – los tres nombrados por Alfonsín -, Julio Nazareno, Eduardo Moliné O' Connor, Ricardo Levene (h) (desde diciembre de 1995 Adolfo Vázquez), Julio Oyhanarte (Boggiano en mayo 1991), Rodolfo Barra y Mariano Cavagna Martínez (en noviembre de 1993 reemplazados por

³ Nun, José, “La Teoría Política y la Transición Democrática”, en Altamirano, c. et al., *Ensayos sobre la transición democrática en la argentina*, Bs. As. , Puntosur, 1987, p. 37.

Guillermo López y Gustavo Bossert). Dentro de esta configuración, con seis de los ministros nombrados por Menem, se conformó una “mayoría automática” que en los casos judiciales de *gravedad o importancia institucional* para el Gobierno votaba a favor de las necesidades del mismo.

Al menos son dos decenas de sentencias en los cuales la CSJN estableció e institucionalizó una nueva concepción judicial, una nueva jurisprudencia y una más estrecha relación con el Poder Ejecutivo. En esta ponencia – por cuestiones de espacio- se tratarán cinco de esas decisiones, cinco de los fallos de fundamental relieve que sentaron jurisprudencia, y por los cuales se instrumentó desde los mismos la implementación concreta de las políticas económicas y sociales ligadas al modelo de acumulación con rasgos neoliberales: *Aerolíneas Argentinas* (1990), *Peralta* (1990), *Cocchia* (1993), *Rodríguez, Juan Ramón* (1993) y *Rodríguez, Jorge* (1997).

En los mismos, además, se legitimó y legalizó la utilización y los contenidos de los Decretos de Necesidad y Urgencia, y los Decretos de Delegación Legislativa, además de estrenarse *jurisprudencialmente* una invaluable institución del Derecho estadounidense para el Estado Nacional y la Corte de Carlos Menem: el *Per Saltum*.

Desde la convalidación de esas políticas económicas, y de los instrumentos que el gobierno utilizó para llevarlas a cabo por parte de la CSJN, los actores sociales instauraron las relaciones que permitieron establecer un nuevo RSA y modificaciones en el RP en Argentina con características de cuño neoliberal. Complementariamente, variaciones en lo jurídico en la Historia de la CSJN.

Aerolíneas Argentinas: La primera sentencia que tuvo una vital incidencia en la implementación de las políticas de cuño neoliberal fue el comúnmente conocido como caso “Aerolíneas Argentinas”, en julio de 1990. La adjudicación de la línea aérea hasta ese entonces de bandera nacional a manos de la española Iberia, fue objetado por el Diputado Nacional Moisés Fontela mediante un amparo presentado ante la justicia federal, denunciando que tal adjudicación violaba la exigencia legal por la cual el Estado debía reservarse el 51% del paquete accionario y no el 5% contra un 95% privatizado, tal cual lo establecía la Ley 23.696 de Reforma del Estado.

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso administrativo Federal N° 2 dio lugar a dicho amparo, ordenando en consecuencia que el Estado Nacional encuadre a la sociedad a crearse “dentro de lo estipulado en el artículo 6° de la ley 23.696.” Como

réplica, el por entonces Ministro de Obras y Servicios Públicos y mentor de la reforma estatal, José Roberto Dromi, concurrió para destrabar el trámite administrativo de adjudicación directamente a la CSJN, la cual por aplicación procesal innovativa de su hasta ese momento inmaculada mayoría (Levene (h), Cavagna Martínez, Petracchi, Barra, Nazareno), hizo uso del *Per Saltum*, esto es permitir al Tribunal saltar la/ las instancias de proceso normal para fallar en un caso de gravedad institucional, tal cual lo estableció en sus considerandos:

“2º)(...) surge de un modo claro y manifiesto que las consecuencias de la resolución apelada pueden traducir agravios de imposible o tardía reparación ulterior. súmase a esto que, en definitiva, el objeto del proceso es de inequívoca sustancia federal y, por su trascendencia, exhibe gravedad institucional.

3º) que, en tales condiciones, corresponde que esta corte declare la suspensión de los efectos de la sentencia apelada....”⁴

Peralta: Un cambio significativo que se evidenció a partir de las sentencias de la CSJN es el desplazamiento de los costos de una emergencia económica. Hasta ese momento la transferencia de recursos económicos se producía de un sector a otro de la sociedad, pero desde 1990 *legalmente* se produce desde la sociedad hacia el Estado.⁵

Por Decreto 36/90 del 3/1/90, se canjeó – ante otro nuevo rebrote inflacionario que llevó al Ministerio de Economía al coprovinciano del Presidente, Erman González - forzosamente “depósitos en caja de ahorros especiales, a plazo en australes, aceptaciones, pases pasivos y garantías por los préstamos y por pases entre terceros residentes en el país” que excediesen un millón de australes por Bonos Externos 1989⁶ Ante la presentación de uno de los afectados por considerar que se perjudicaba gravemente sus derechos, la Corte fallo... a favor del Estado.

El considerando 1º del fallo convalidó dicha operatoria:

“Los derechos nacidos de los contratos están sometidos a reglamentación por razones de interés general, *máxime en situaciones de emergencia* (Consid. 14, situación de hiperinflación), *y pueden ser razonablemente postergados en su ejercicio, modificados sin alterar su esencia o limitados, incluso en su tasa de*

⁴ “DROMI, JOSÉ ROBERTO s/ AVOCACIÓN EN AUTOS: “FONTELA, MOISÉS E. c/ ESTADO NACIONAL s/ AMPARO”, Fallos 313:863, 13/7/1990, subrayado mío.

⁵ González Biondo, Mónica y De Jesús, Marcelo Octavio, “Perspectivas institucionales de la Corte Suprema de Justicia: El Poder de Policía y la Policía de Emergencia”, *El Derecho*, 1991-144, p. 821.

interés. Esta atribución comprende la elección de los medios adecuados para conjurar la situación crítica, sobre cuyo acierto no cabe a los jueces expedirse...”.

En tanto el considerando segundo establece el régimen legal que le correspondía a los Decretos de Necesidad y Urgencia:

*“La atribución del Poder Ejecutivo de sancionar reglamentos de necesidad y urgencia que, sin autorización legislativa previa, modifiquen lo dispuesto por normas legales, requiere para la permanencia de los decretos así dictados, la ratificación del Congreso.”*⁷

Legalizado por la realidad y las leyes vigentes como instrumento válido de implementación de las políticas económicas:

“12. No es aconsejable pronunciarse anticipadamente sobre la ilegitimidad del decreto 36/90, por falta de ratificación del Congreso, dado el receso parlamentario y la sanción de las leyes 23.696 y 26.697.”

Según el Bidart Campos, esta sentencia posee vicios de “forma”, pues prescinde de asegurar si el contenido del Decreto se compadece o no con la Constitución; y de “contenido”, pues “...la supuesta limitación a la propiedad es, en cuanto indisponibilidad para valerse de ella, una confiscación. Y si acaso fuera un empréstito forzoso, tal empréstito sería a su vez confiscatorio”⁸. En tanto su conclusión del fallo revela el “activismo” del Tribunal con respecto al caso y a sus consecuencias:

*“Sumados la ausencia de ley y la inconstitucionalidad en cuanto al contenido de la medida adoptada por decreto, sólo nos resta puntualizar el gravísimo deterioro institucional y la tremenda inseguridad jurídica que ha involucrado un acto estatal tal lesivo del derecho de propiedad, para peor emanado exclusivamente del Poder Ejecutivo.”*⁹

Otra opinión sobre el pronunciamiento es la de Augusto Morello, quien si bien reconoce la importancia del acceso a la justicia para facilitar y promover la tutela efectiva de los derechos individuales a través del *amparo* como en este caso, observa el choque de intereses, resuelta siempre a favor del Estado – precedentes jurisprudenciales en *Ercolano*, 1922 y *Avico*, 1943 -:

⁶ Boletín Oficial del 5/1/1990.

⁷ Ver ED 1990-137-456 y LL 1991-C-141.

⁸ Bidart Campos, Germán J. “Los Plazos Fijos indisponibles: ¿Una confiscación?”, *El Derecho*, 1990-137, p. 458.

⁹ *Ibíd.*, p. 459.

“En la colisión con la macropolítica y el estado de emergencia económica, la propiedad individual ha salido perdedora (Peralta), situación que se repite en materia fiscal o control de razonabilidad de los tributos.”¹⁰

Más grave aún, Roberto Gargarella ha observado una modificación en el Principio Organizativo del Poder:

“Al ratificar lo hecho por el Ejecutivo, la Corte legitimó un drástico cambio en la distribución del poder organizada por nuestra Constitución. No sólo legitimó la posibilidad de que la reforma económica se hiciera por vía de decretos, sino que –a través de los fundamentos de su sentencia- defendió una muy peculiar e inatractiva visión sobre el sistema democrático, que dejaba para el Congreso el rol de mero apéndice del Ejecutivo.”¹¹

Cocchia: En cuanto a los Decretos de Delegación Legislativa o “Reglamentos ejecutivos sustantivos”, tal cual es estipulado por la CSJN en el fallo, el Tribunal sancionó la legalidad constitucional del Decreto 817/ 92 por el cual se suspendía la vigencia del convenio colectivo 44/89 entre el Sindicato de Portuarios con el Centro Coordinador de Actividades Portuarias, fijándose nuevas pautas para el régimen laboral, y conminándose a las partes a la firma de un convenio encuadrado en las nuevas limitaciones.

En el considerando 14 de la decisión se expone el núcleo de la fundamentación:

“Se trata de reglamentos de ejecución sustantivos (art. 99, inc. 2) *ya que no tiene como finalidad establecer el procedimiento según el cual la Administración aplicará la ley –aunque también puede hacerlo- sino regular, por mandato del legislador, la concreta aplicación de la ley en la sustancia misma del objeto o finalidad por ella definidos... no sólo con relación a la norma reglamentada, sino con respecto a todo el bloque de legalidad que conforma, con dicha ley, un sistema*, “un programa de gobierno aprobado por el Congreso.

El decreto en cuestión es, entonces, una norma reglamentaria, *que ejecuta la ley en las materias queridas por el Congreso y que encuentra su fundamento constitucional en el juego armónico de los (ex) artículos 67 inc. 28 –competencia del Congreso para atribuir competencias al Ejecutivo- y 86, inc. 2 de la*

¹⁰ Morello, Augusto Mario, “Las dos Cortes. La de 1983 y la de 1990”, *Jurisprudencia Argentina* 1992-IV, p. 933.

¹¹ Gargarella, Roberto, “Después del Diluvio. El perfeccionismo conservador en la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema (1990-1997), en *Desarrollo Económico*, vol. 38, N° 149 (abril-junio de 1998), p. 442.

Constitución Nacional: competencia del Ejecutivo para llevar a cabo la competencia que le fue atribuida por el Congreso.”¹²

En análisis de tan importante pronunciamiento, Alfonso Santiago (h) parte para su explicación del “programa de gobierno” sancionado por el Congreso, es decir, las leyes de Reforma del Estado y de Emergencia Económica (1989), en las cuales “el Poder Legislativo puso en marcha un proceso de transformaciones económicas, para cuyo cumplimiento facultó al Poder Ejecutivo Nacional a adoptar decisiones tendientes a materializar las pautas allí fijadas.” Y por lo tanto hay que leerlo en el marco de dichas modificaciones operadas:

“El voto de la mayoría (Cavagna Martínez, Nazareno, Barra, Moliné O’ Connor en conjunto, y el pronunciamiento individual del Dr. Boggiano) se muestra más flexible en la apreciación de los requisitos que legitiman la delegación legislativa. Parte de una visión del sistema político en donde hay una interacción dinámica entre los distintos poderes del Estado para lograr una mayor funcionalidad de dicho sistema.... Para adoptar esta elasticidad en el análisis constitucional se tiene específicamente en cuenta las circunstancias de emergencia y transformación económica que vive el país.”¹³

Mediante la convalidación, legalización, y legitimación por estos fallos de los Decretos de Necesidad y Urgencia y de los Decretos Legislativos Delegados más el Per Saltum por la CSJN, el Poder Ejecutivo asume de facto funciones que le corresponden a las esferas Legislativa y Judicial, concentrando el poder y rompiendo con el Principio Organizativo. Esto es una característica central y decisiva que robusteció el presidencialismo argentino, y que coyunturalmente le permitió a Menem llevar adelante sin sobresaltos o impedimentos materiales o de tiempo las reformas estructurales necesarias para consolidar su base de poder y la gobernabilidad de su mandato.

Rodríguez, Juan Ramón: Este es un fallo emblemático que sentó jurisprudencia en el ámbito laboral, significando una innovación para las relaciones laborales y adelantando la Ley de Flexibilización Laboral de agosto de 1993.

Juan Ramón Rodríguez fue despedido de la Compañía Embotelladora Argentina (CEA). Le inició acciones judiciales por sueldos e indemnizaciones tanto a CEA como a Pepsi Cola Argentina, que le vendía a la primera el concentrado para fabricar el producto y

¹² “COCCHIA”. LL 1994-B-633, Fallo del 2/12/1993, subrayado mío.

¹³ Santiago (h), Alfonso, “Entre la eficacia y el control del poder político: un trascendente fallo de la Corte sobre delegación legislativa”, en *La Ley*, 1994-B, pp. 640 y 641.

que por lo tanto ambas formaban parte del mismo grupo económico: de ahí la solidaridad. La primera instancia judicial y la Sala VI de la Cámara del Trabajo condenaron a ambas empresas a pagarle a Rodríguez lo solicitado en base a esa solidaridad económica. Pepsi Cola Argentina recurrió al Supremo Tribunal, que desestimó los fundamentos de las dos instancias anteriores:

“7º) Que la solución del presente caso puede contribuir al desarrollo del derecho sobre la materia, en que *están involucradas modalidades de la contratación comercial que posiblemente tendrán considerable trascendencia para la economía del país. La cuestión a decidir reviste, por tanto, significativa importancia para el desarrollo del comercio interno e internacional, suscitando cuestión federal trascendente.*

9º) Que no corresponde la aplicación del artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo toda vez que un empresario suministre a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución (...). Esta finalidad económica de la referida contratación comercial se frustraría si el derecho aplicable responsabilizara sin más a los concedentes por las deudas laborales de las concesionarias, *con perjuicio para la economía nacional por las indudables repercusiones que ello tendría en las inversiones, en contratos de este tipo.*

11º) Para que nazca aquella solidaridad es menester que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal. *Debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista, de acuerdo a la implícita remisión que hace la norma en cuestión al art. 6 del mismo ordenamiento laboral. Esta unidad no ha sido probada en el presente caso.*”¹⁴

Esta sentencia fue votada a favor por los ministros Levene (h), Cavagna Martínez, Barra, Moliné O’ CONNOR y Boggiano. En disidencia: Fayt, Belluscio, Petracchi, Nazareno.

En los comentarios del fallo, Vergara del Carril afirmó que el mismo “(...) engrosará la lista de sentencias de nuestra Corte Suprema que los juristas destacan como fallos fundacionales”. Y sobre sus fundamentos:

“(Sobre el apartado 7) En este considerando, la Corte plasma una posición doctrinaria novedosa y sumamente valiosa, cual es que existe *cuestión federal*

¹⁴ “RODRÍGUEZ, JUAN RAMÓN”, *El Derecho* T. 153 – 2003, subrayado mío.

trascendente cuando un litigio sobre un tema de derecho común afecte el comercio interno e internacional y, por consiguiente, la economía del país.

(...) un fallo verdaderamente trascendente que estimamos ha de abrir un necesario surco de estabilidad y progreso para las actividades económicas del país y un sostén de seguridad jurídica para los inversores (...)"¹⁵

Rodríguez, Jorge: en 1997 un grupo de legisladores de la oposición, al que se sumó el Defensor del Pueblo de la Nación, plantearon una acción de amparo contra los Decretos de Necesidad y Urgencia que decidían sobre la concesión, administración y usufructo de los aeropuertos nacionales e internacionales en manos hasta ese momento del Estado a Aeropuertos 2000.

Para destrabar dicho conflicto judicial, el entonces Jefe de Gabinete de Ministros Jorge Rodríguez, hizo una presentación ante el cívico Tribunal para denunciar un grave conflicto de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo (en lo que recuerda a Dromi en *Aerolíneas Argentinas* en 1990).

La sentencia de la “mayoría automática” – Nazareno, Moliné O’ Connor, Boggiano, López, Vázquez, contra la “minoría”, Fayt, Belluscio, Petracchi, Bossert - le quitó la competencia a la jueza federal del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10, y convirtiendo en válidos dichos decretos... otorgando una vez más seguridad jurídica a los grandes grupos conectados al menemismo que sustentaban el RSA neoliberal.

En los argumentos, la CSJN evita inmiscuirse en las facultades de otros poderes:

“15) ... el decreto en cuestión no presenta defectos formales ni aparece emitido fuera del complejo normativo que regula su dictado, por el contrario, aquél se presenta regularmente inscripto en el ejercicio privativo de las funciones propias de uno de los poderes del Estado, sin exceder el marco que constitucionalmente y legalmente éstas se insertan. De este modo, atendiendo al texto constitucional plasmado por la reforma del año 1994, la norma referida sólo puede considerarse sometida al pertinente contralor del Poder Legislativo Nacional, a quien corresponde pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos –de valoración política- que habilita el ejercicio de la facultad excepcional del Poder Ejecutivo, así como la oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido.”

¹⁵ *Ibíd.*, “Trascendente fallo de la Corte en Materia Contractual”, Angel D. Vergara del Carril, pp. 203, 205 y 208 respectivamente.

Es decir que no sólo da por válido el decreto en su forma y en su pertinencia constitucional, sino que expresa que el Poder Legislativo por medio de su Comisión Permanente Bicameral es quien debe controlar su excepcionalidad: dicha Comisión, hasta el día de hoy, no fue conformada. Por tanto, es otro caso más de convalidación *de facto* de dicho instrumento de gobierno.

Para finalizar, reniega sorprendentemente del Control de Constitucionalidad, convirtiendo de hecho al caso en “cuestión política no justiciable” por ser atribución de otros poderes:

“17)... no existe justificación para la requerida intervención del Poder Judicial en una cuestión seguida por los poderes políticos y pendientes de tratamiento por parte de uno de ellos, el Congreso de la Nación. De otro modo se estaría desconociendo las potestades de éste último, órgano a quien, como depositario de la voluntad popular, la Constitución atribuye una excluyente intervención en el contralor de los Decretos de Necesidad y Urgencia, delicada función política propia del legislador que no puede ser interferida en el modo de su ejercicio por el Poder Judicial sin grave afectación del principio de división de poderes.

Con el mismo énfasis esta Corte afirma que ello no significa la más mínima disminución del Control de Constitucionalidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia.”¹⁶

Ello fue reconocido, en un hecho sin precedentes en la Historia de la CSJN, hasta por uno de los integrantes de la “minoría disidente”, el Dr. Enrique Petracchi, quien además identificó inéditamente a la “mayoría automática”:

“Ello equivale –ni más ni menos- a la destrucción del control difuso de constitucionalidad que caracteriza a nuestro sistema, para sustituirlo por uno en el cual la mayoría de esta Corte, cada vez que el ejercicio de aquél control no le satisface , saltea las instancias regulares para negar la competencia del órgano que lo ejerció.”¹⁷

Este fallo causó desde sorpresa hasta repudió por los juristas y particularmente por los constitucionalistas a quien el Control de Constitucionalidad les compete especialmente. Entre ellos, el ex ministro de la CSJN de 1983, Jorge Bacqué, vertió oportunamente su parecer sobre el cuestionado pronunciamiento:

¹⁶ “RODRÍGUEZ, JORGE, en NIEVA, ALEJANDRO Y OTROS c/ PODER EJECUTIVO NACIONAL”, Fallos 320:2851, 17/12/1997, subrayados míos.

¹⁷ “Un tenue soplo de esperanza”, Clarín 2ª Sección, domingo 28/12/1997.

“Hay algunos fallos que hacen dudar de su confiabilidad (de la Corte). Por ejemplo el que legitimó la entrega de los aeropuertos: tiene ribetes escandalosos. Es un fallo que supera nada menos que al control de constitucionalidad. Es decir que, de alguna manera, suspende las garantías constitucionales. Realmente en las cuestiones en donde el Gobierno tiene un interés muy fuerte, dudo que la Corte sea confiable.”¹⁸

Recapitulación, Balance y Resultados.

Las reglas de acceso y ejercicio del poder político en una Democracia pueden ser agrupadas en tres características: elección de autoridades mediante voto adulto universal, con limitación temporal de los períodos en los que el poder político se ejercita por las primeras; renovación partidaria o sectorial alternativa de esas autoridades; y finalmente, reconocimiento de la existencia de garantías básicas para los derechos civiles inalienables.¹⁹

En el régimen político argentino – o cualquier otro régimen -, la designación o elección de los funcionarios no ha sido debidamente rescatado en su importancia por los estudios políticos o sociales. Los funcionarios judiciales, poder contralor de los otros dos y de la imposición de sanciones a los individuos como tales en caso de que infrinjan los límites dentro de los cuales deben ejercer sus derechos, son peones de importancia insoslayable en el mantenimiento o modificación de los mecanismos o de la totalidad de un RP o de un RSA.

Para este estudio, la manera de elección de los funcionarios judiciales y en especial los ministros de la CSJN está obviamente ligado a *quiénes se puede nombrar* para el Tribunal (punto b del RP). El Poder Ejecutivo tiene la facultad de designar a quien mejor se identifique con los objetivos del proceso político y del programa de desarrollo económico - social.

¿Qué pasó cuando el programa anterior entró en contradicción con las necesidades y los intereses coyunturales de 1989?, ¿Qué ocurrió cuando lo permitido legalmente por la CN entró en colisión con las necesidades del Presidente Carlos Menem para implementar su política económica?, ¿Cómo Menem obtuvo la convalidación de sus mejores instrumentos de gobierno para implementar dinámicamente y “sin anestesia” la mencionada transformación de los marcos institucionales, los decretos de necesidad y urgencia y los decretos de delegación legislativa?.

¹⁸ “La Corte en tela de juicio”, Clarín 2ª Sección, domingo 12/4/1998.

¹⁹ Shugart, Matthew Soberg, Mainwaring, Scott, “Presidencialismo y Democracia en América Latina”, en Mainwaring, Scott, y Shugart, Matthew Soberg compiladores, *Presidencialismo y Democracia en América Latina*, Bs. As. , Paidós, 2002, p. 21.

A partir del aumento del número de ministros de cinco a nueve en la CSJN en abril de 1990 a través de la ley 23.774, la cooptación del *poder de contralor de parte de los miembros de la CSJN* fue central en la arquitectura institucional del régimen democrático durante el gobierno de Carlos Menem. Y la CSJN cumplió con eficacia la función que le asignó la administración encabezada por Menem: convalidar aquellas prácticas, mecanismos y normas legales, emitidos tanto por el Poder Legislativo pero más importante y decisivamente por el Ejecutivo, que le permitieran a los nuevos actores sociales de poder reemplazar los marcos de actuación del Estado Subsidiario por el “Estado Regulador y mínimo”.

En la nueva configuración de las reglas de juego, el *sentido* y la *orientación* de una decisión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad dictadas en los fallos del Supremo Tribunal sobre aquellos instrumentos de política económica y social por el cual el gobierno se serviría, eran trascendentales para crear rápidamente las condiciones de llegada de inversiones y afincamiento de negocios económicos, ya sean industriales, comerciales, de servicios o, lo que fue más relevante, financieros.

Al mismo tiempo, permitir sin obstáculos reconfigurar al Estado dentro de ciertos aspectos del nuevo liberalismo, haciéndolo funcional y dinámico para la concreción precisa – y su posterior mantenimiento en el tiempo - de ciertas políticas diseñadas en otros contextos de desarrollo, y para la resolución favorable de los probables inconvenientes que en alguna de estas fases tuviesen esos intereses y actores.

Inequívocamente, presentaciones en los Tribunales Federales de Primera Instancia del país, por parte de los sectores afectados por la emergente política económica, supondrían la probabilidad de un fallo en contrario para las nuevas autoridades y el nuevo poder, sobre la pertinencia de las herramientas y los mecanismos legales en conformidad con la CN. Estos reveses en los estrados judiciales significarían inequívocamente no ya una demora en la instauración del nuevo modelo de país y de Estado, más directamente, la imposibilidad de su concreción y en consecuencia la caída de la flamante gestión por falta de resolución de la crisis económico- social del final del gobierno de Alfonsín.

Mediante un cambio en el número y la composición de la CSJN, buscó por la inapelabilidad e irrevocabilidad de las decisiones del Tribunal, resguardarse de probables inconvenientes en los objetivos trazados, en una primera instancia referidos a la solución de los problemas derivados de la crisis coyuntural; en una posterior, más de consolidación de las modificaciones profundas emprendidas más en las estructuras estatales y en las

relaciones económico- sociales y culturales. De esta manera, configuró un elemento de veto de las nuevas políticas económicas, y un órgano clave en el cual respaldarse.

Así también lo afirma Juan Carlos Torre: “Luego de designar jueces adictos, el presidente Menem dispuso de los recursos para evitar que el Alto Tribunal se convirtiera en una oportunidad de veto para los intereses afectados por las reformas o cuestionara los procedimientos seguidos para adoptarlas.”²⁰

La funcionalidad del Principio Organizativo horizontal fue entendida, internalizada y defendida con claros e inequívocos argumentos por los integrantes del gobierno que condujo Carlos Menem. Pero no en el sentido clásico de la división y equilibrio del Poder para evitar las arbitrariedades de éste hacia los otros poderes y hacia el individuo, sino como ámbitos en donde las decisiones, el rumbo y los mecanismos de gestión política y de instrumentación del RSA neoliberal y de modificaciones al RP debían ser “acompañados” o al menos “no obstaculizados” en su aplicación por el Congreso Nacional o el Poder Judicial.

Un Principio Organizativo horizontal en el cual *era necesario que las decisiones estatales sean homogeneizadas* para la consecución de las nuevas políticas de desarrollo. Más fundamentalmente por su importancia neurálgica, por la CSJN, cuya composición, interpretación y sanción debieron apoyar el *sentido* y la *orientación* de un proceso de transformación estatal y económico - social como ocurrió en la Argentina de los '90. Esto implicó para la CSJN, además, variaciones históricas en *lo jurídico*: cambios en las tradiciones del Tribunal (mayor exposición pública), en prácticas judiciales (Per Saltum), y en las costumbres (estrecha relación con el Poder Ejecutivo).

La consolidación de la gobernabilidad en un principio, y de los cambios estructurales ya más avanzada la década del '90, a través de la política económica con características neoliberales por parte del Presidente Carlos Menem rearticuló las relaciones económico - sociales, configurando la emergencia de un nuevo RSA. La implementación de dichas políticas por medio de instrumentos de gobierno – Decretos - fue convalidada por la “mayoría automática” de la ampliada CSJN, significando con su intensivo uso un nuevo elemento de juego en el funcionamiento del RP. Tuvo como consecuencia un aumento del poder del Presidente como órgano del Ejecutivo Nacional, desequilibrando el Principio Organizativo.

Y el reordenamiento en las reglas de los dos regímenes tendría efectos profundos en los límites al interior del poder y de éste con el individuo, que involucraba a la Corte:

²⁰ Torre, Juan Carlos, *El proceso político de las reformas económicas en América Latina*, Bs. As. , Paidós, 1998, p. 49.

“Los casos de “activismo” de la Corte de este período, en cambio, mostraron a un Tribunal ocupando espacios donde eran sumamente dudosas sus atribuciones para intervenir, *sin que esa actuación haya tenido por mira la defensa de un derecho individual en conflicto con intereses estatales, sino más bien la protección de los últimos.*”²¹

Punto de vista compartido por Jones:

“En un período de menos de dos meses, la Corte Suprema había sido transformada de una institución sin jueces designados por Menem (sobre un total de cinco) a una en que había seis jueces nombrados por el Presidente.

Aunque la Corte copada por Menem no fue completamente sumisa, en la mayoría de los casos de gran importancia política para Menem (por ejemplo, privatizaciones tales como la compañía de aviación de propiedad estatal, Aerolíneas Argentinas) la Corte se puso del lado de la posición gubernamental.”²²

En el mismo sentido, esa misma integración volvió atrás en lo jurisprudencial lo referido a reconocer ciertos derechos individuales: caso *Rodríguez, Juan Ramón* sobre el derecho a trabajar y sus sucedáneos.

Para finalizar, citaremos a tres reconocidos juristas que hicieron oportunamente un balance de la actuación de la CSJN durante la década de 1990:

“En los hechos se verifica la paradoja de que muchas veces incrementar el número, aumentar la competencia, rebajar los roles y ordinarizar la Corte ha significado quitarle poder, restarle rol institucional y reducirla a una quinta rueda del carro dentro del juego de la institución.” (...) “El aumento del número de miembros convirtió a la Corte en una instancia más de apelación sin que merezca mayormente una ponderación el ejercicio de sus roles institucionales.”²³

“El balance, a mi juicio, deja a esta Corte en grave deuda. Con excepciones derivadas de la forma en que se resolvieron algunos casos, la Corte no ha sido un freno adecuado a la política de concentración de poder que caracteriza a la administración que rige los destinos del país desde 1989. Esta situación de deuda,

²¹ Carrió, Alejandro, con la colaboración de Alberto F. Garay, *La Corte Suprema y su independencia*, Bs. As. , Abeledo- Perrot, 1996, p. 160, subrayado mío.

²² Jones, Mark P., “Una evaluación de la Democracia Presidencialista argentina: 1983-1995”, en Mainwaring, Scott y Shugart, Matthew Soberg compiladores, *Presidencialismo y democracia en América Latina*, Bs. As. , Paidós, 2002, p. 239.

²³ Vanossi, Jorge Reinaldo, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la expectativa de su independencia”, *Jurisprudencia Argentina* 1994-IV, pp.796 y 797.

además, no es porque no hayan habido casos judiciales u oportunidades para limitar las ambiciones o demasías del poder político reinante.”²⁴

Por último, Fermín Garrote, presidente de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) hizo en su oportunidad una lectura “original” del desempeño de la CSJN hasta el período referido:

“En realidad hay dos Cortes: la Corte de los jueces oficialistas, que siempre le dice sí al presidente Menem, y la Corte de los jueces disidentes. La austeridad de la Corte norteamericana y la ética de sus integrantes contrasta con el alto Tribunal argentino.

La Corte argentina no es un ejemplo de seguridad jurídica y sus miembros no son el ejemplo de comportamiento ético que deberían ser.

La doctrina del ex ministro Rodolfo Barra de que la justicia debe acompañar los proyectos del gobierno fue cumplida al pie de la letra. Y, ahora, vemos los resultados.”²⁵

Bibliografía.

Textos Bibliográficos.

1. ACUÑA, CARLOS H. (compilador), *La nueva matriz política argentina*, Ediciones Nueva Visión, Bs. As. 1995.
2. ALTAMIRANO, C. et al., *Ensayos sobre la transición democrática en la argentina*, Bs. As. , Puntosur, 1987
3. BIDART CAMPOS, GERMÁN J, *Manual de la Constitución Reformada* (3 Tomos), Ed. Ediar, Bs. As. 1997.
4. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Ed. Ediar, Bs. As. 1985.
5. BOTANA, NATALIO, *El orden conservador. La política argentina entre 1880 y 1916*, Hyspamérica Ediciones Argentina, Buenos Aires 1985.
6. CARRIÓ, ALEJANDRO, con la colaboración de ALBERTO F. GARAY, *La Corte Suprema y su independencia. Un análisis a través de la historia*, Abeledo - Perrot, Bs. As. 1996.
7. CHERESKY, ISIDORO y POUSEDELA, INÉS, *Política e instituciones en las nuevas democracias latinoamericanas*, Paidós, Bs. As. 2001.
8. FAYT, CARLOS S., *Nuevas fronteras del Derecho Constitucional. La dimensión político-institucional de la Corte Suprema de la Nación*, Ed. La Ley, Bs. As. 1995.

²⁴ Carrió, Alejandro, con la colaboración de Alberto F. Garay, *La Corte Suprema y su independencia...*, op. cit., p.159.

²⁵ La Nación, lunes 22/12/1997, p. 8.

9. GARGARELLA, ROBERTO, "Después del Diluvio. El perfeccionismo conservador en la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema (1990-1997), *Desarrollo Económico*, vol. 38, N° 149 (abril- junio de 1998).
10. MAINWARING, SCOTT y SHUGART, MATTHEW SOBERG (compiladores), *Presidencialismo y democracia en América Latina*, Paidós, Bs. As. 2002.
11. MELO, LUIS ARTEMIO, *El primer gobierno de Menem. Análisis de los procesos de cambio político*, UNR Editora, Rosario 2001.
12. MILLER, JONATHAN M., GELLI, MARÍA ANGÉLICA y CAYUSO, SUSANA, *Constitución y poder político. Jurisprudencia de la corte suprema y técnicas para su interpretación* (2 Tomos), Ed. Astrea, Bs. As. 1992.
13. OYHANARTE, JULIO, "Poder Judicial", *Todo es Historia*, N° 61, 1972.
14. PALERMO, VICENTE y NOVARO, MARCOS, *Política y poder en el gobierno de Menem*, Norma, Bs. As. 1996.
15. PELLET LASTRA, ARTURO, *Historia política de la Corte 1930- 1990*, Ad- Hoc-Villela Editor, Buenos Aires 2001.
16. PORTANTIERO, JUAN CARLOS, *La producción de un orden. Ensayos sobre la democracia entre el estado y la sociedad*, Ediciones Nueva Visión, Bs. As. 1988.
17. ROGERS, WILLIAM D. WRIGHT- CAROZZA, *La Corte Suprema de Justicia y la seguridad jurídica*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 1995.
18. ROMERO, LUIS ALBERTO, *Breve historia contemporánea de la Argentina*, F.C.E., Bs. As. 2001.
19. SAGUES, NÉSTOR PEDRO, *Elementos de Derecho Constitucional*_(2 Tomos), Ed. Astrea, Bs. As. 1999.
20. SANTIAGO (h), ALFONSO y ALVAREZ FERNANDO, *Función política de la Corte Suprema*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As. 2000.
21. SCHMITT, CARL, *Teoría de la Constitución*, Editorial Alianza, Madrid 1982.
22. TORICELLI, MAXIMILIANO, *El sistema de control constitucional argentino*, Ed. Depalma.
23. TORRE, JUAN CARLOS, *El proceso político de las reformas en América Latina*, Paidós, Bs. As. 1998.
24. VANOSSI, JORGE REINALDO A., *Teoría constitucional* (2 Tomos), Ediciones Depalma, Bs. As. 1975.

Revistas Jurídicas. (entre los años 1989 y 2000).

- El Derecho.
- Juris.
- Jurisprudencia Argentina.
- La Ley.
- Zeus.

Fuentes.

- Anales de Legislación Argentina.
- Boletín Oficial de la Nación Argentina.
- Diarios de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados y de la Honorable Cámara de Senadores 1983 a 1999.
- *Fallos y Acordadas* de la CSJN entre los años 1989 y 1999.
- Legislación Argentina.

Periódicos.

- Clarín.
- El Ciudadano.
- La Capital de Rosario.
- La Nación
- La Prensa.
- Página 12.