

LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA

Jerónimo Lau Alberdi¹

Facultad de Derecho, Universidad Austral

jlalualberdi@austral.edu.ar

Recibido: 02/05/2024

Aceptado: 09/05/2024

Resumen

Este artículo aborda la creciente judicialización de la política en Argentina, un fenómeno que ha llevado a los tribunales y a los jueces a desempeñar un papel cada vez más prominente en la formulación de políticas públicas, áreas tradicionalmente reservadas para los poderes Legislativo y Ejecutivo. A través del análisis de jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina, se ilustra cómo los tribunales se han convertido en actores cruciales en la adopción de decisiones políticas, particularmente en contextos donde los actores políticos se abstienen de tomar decisiones por temor a las repercusiones electorales futuras. Este desarrollo ha contribuido al abandono gradual de la doctrina de las “cuestiones políticas no justiciables”, marcando una transición hacia una “juristocracia”, donde los jueces no solo interpretan la ley, sino que también ejercen una influencia significativa en la configuración del orden político y social del país. Adicionalmente, el trabajo propone una nueva perspectiva para comprender la judicialización de la política enfocándose en la teoría del agente-principal. Desde esta visión, los tribunales cumplen funciones esenciales de supervisión y coordinación dentro de una democracia, actuando como mecanismos de control para garantizar que el Gobierno (el agente) actúe en concordancia con los intereses del pueblo (el principal). Esta función es fundamental para mantener la soberanía popular y asegurar que las acciones gubernamentales permanezcan dentro de los límites establecidos por la ley y la constitución, subrayando así la importancia crítica de los tribunales en la preservación de un equilibrio democrático saludable.

Palabras clave: judicialización de la política, Corte Suprema, Argentina, agente-principal, cuestión política, juristocracia.

1 Agradezco profundamente los valiosos comentarios y sugerencias recibidos al presentar un borrador de este trabajo en el Seminario para Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Los aportes de mis colegas contribuyeron a mejoras sustanciales y me señalaron aspectos que no había considerado. Mi gratitud también a quienes, de manera privada, continuaron la discusión conmigo. Cualquier error o infelicidad me pertenecen.

The Judicialization of Politics

Abstract

This article addresses the growing judicialization of politics in Argentina, a phenomenon that has led courts to play an increasingly prominent role in the formulation of public policies, areas traditionally reserved for the legislative and executive branches. The analysis of jurisprudence from the Supreme Court of Argentina illustrates how courts have become crucial actors in political decision-making, particularly in contexts where political actors refrain from making decisions for fear of future electoral repercussion. This development has contributed to the gradual abandonment of the doctrine of non-justiciable political questions, marking a transition towards a *juristocracy*, in which judges not only interpret the law, but also exert significant influence in shaping the political and social order of the country.

Additionally, the study proposes a new perspective to understand the judicialization of politics, focusing on the principal-agent theory. In this view, courts perform essential oversight and coordination functions within a democracy, acting as control mechanisms to ensure that the government (the agent) acts in accordance with the interests of the people (the principal). This function is fundamental to maintaining popular sovereignty and ensuring that government actions remain within the limits established by law and the constitution, thus underscoring the critical importance of the courts in preserving a healthy democratic balance.

Key words: judicialization of politics, Supreme Court, Argentina, principal-agent, political question, juristocracy.

1. Introducción

Nadie puede negar que la Corte Suprema es uno de los tres grandes poderes del Gobierno argentino. Sin embargo, entre los juristas, existe un empeño por diferenciar al Poder Judicial de la política, como si por un lado estuviera la justicia y, por el otro, los poderes constituidos electos popularmente cuya función es hacer política. La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables² es emblemática de esta tradición, en tanto afirma que determinados actos o decisiones quedan excluidos del control de los jueces. Así, la etiqueta de las “cuestiones políticas” se aplica a todos aquellos temas sobre los que un tribunal, en un momento dado, opinará que es impolítico o inoportuno asumir la jurisdicción. A veces, esta inconveniencia se da por el temor a la inmensidad de las consecuencias que podría acarrear una decisión sobre el fondo; a veces, por la sensación de que el tribunal es incompetente para tratar el tipo particular de cuestión de que se trate; y a veces será inducida por la sensación de que el asunto es demasiado importante para los tribunales (Finkelstein, 1924, p. 344).

2 Entre varios trabajos sobre el tema, recomiendo los siguientes (en orden de publicación): Barkow (2002); Grove (2015); Bradley y Posner (2023).

La judicialización de la política se refiere al proceso por el cual los tribunales y los jueces llegan a elaborar o a dominar cada vez más la elaboración de políticas públicas que antes habían pertenecido al ámbito de los poderes Legislativo y Ejecutivo (Moustafa 2007, pp. 26-27). Con simplemente observar la realidad, se evidencia una creciente dependencia de los tribunales para resolver los principales problemas morales, cuestiones de política pública, crisis económicas y los conflictos de poderes. Este fenómeno, que ha cobrado particular importancia a finales del siglo XX y principios del XXI, involucra el recurso a las cortes supremas y tribunales constitucionales, armados con potentes mecanismos de control de constitucionalidad, a fin de que aborden una diversidad de temas que incluyen la libertad de expresión, las libertades religiosas, la privacidad, el derecho de propiedad, el comercio, la educación, la inmigración, el empleo y la protección ambiental.

La República Argentina está inmersa en dicho fenómeno. Después de explorar el alcance, la naturaleza y las causas de la judicialización de la política, así como el comportamiento judicial de los tribunales, explicaré cómo la política y la justicia son dos gemelos siameses. Los tribunales se convierten en instrumentos para adoptar decisiones que los actores políticos evitan por el costo electoral que podrían acarrear. A través del análisis de jurisprudencia reciente de los tribunales inferiores y de la Corte Suprema de Argentina, argumentaré cómo la judicialización de la política conlleva la transferencia de cuestiones esencialmente políticas a la esfera judicial. Estas cuestiones abarcan desde los procesos y resultados electorales, la legitimidad del orden democrático y el aseguramiento de principios republicanos y las prerrogativas del Poder Ejecutivo hasta la relación Iglesia-Estado. Este trabajo refleja el abandono de la doctrina de la “cuestión política no justiciable” y señala una transición hacia lo que algunos autores como Ran Hirschl (2004) han denominado “juristocracia”.

La primera parte de este artículo responde a la pregunta sobre el concepto y definición de la judicialización de la política, una cuestión difícil que requiere una discusión extensa. La segunda y tercera parte ingresa de lleno en el caso de estudio: la realidad argentina. Los legisladores controlan a los jueces de la Corte mediante el procedimiento de juicio político, el presidente pone en ejercicio su potestad legislativa mediante el dictado de un decreto de necesidad y urgencia a pocos días de asumir, mientras que el Poder Judicial actúa controlando a los otros dos cuando se salen de sus límites formales y sustanciales, pero también tomando decisiones que los otros dos poderes no quieren tomar. A través del estudio de las sentencias más trascendentes de la Corte Suprema del año 2023,

quedará de manifiesto cómo la justicia y la política llevan adelante esa relación simbiótica que ha estado presente desde el origen mismo del ejercicio de la función jurisdiccional.³ La cuarta parte ingresa en una nueva forma de entender este fenómeno, a partir de la teoría del agente-principal. Desde esta visión, los tribunales cumplen funciones esenciales de supervisión y coordinación dentro de una democracia, actuando como mecanismos de control para garantizar que el Gobierno (el agente) actúe en concordancia con los intereses del pueblo (el principal). Esta función es fundamental para mantener la soberanía popular y asegurar que las acciones gubernamentales permanezcan dentro de los límites establecidos por la ley y la constitución, subrayando así la importancia crítica de los tribunales en la preservación de un equilibrio democrático saludable.

2. ¿Qué es la judicialización de la política?

Tradicionalmente, se ha recurrido a un tipo ideal, o en realidad a un prototipo, de lo que debería ser un tribunal, que implica: un juez imparcial e independiente que aplica normas legales preexistentes mediante procedimientos contradictorios con el fin de lograr una decisión dicotómica en la que a una de las partes se le asigna la razón jurídica y a la otra se la encuentra equivocada (Shapiro, 1981, p. 1).

Inmediatamente, Shapiro (1981) descarta la definición del prototipo, así como su utilidad. En el nivel más básico, argumenta que simplemente no es una representación exacta de la realidad de los tribunales y, por tanto, como tipo ideal es más engañoso que clarificador:

...si examinamos lo que generalmente llamamos tribunales en las sociedades contemporáneas e históricas, el prototipo no se ajusta a casi ninguna de ellas. Así, pues, la defensa del prototipo parece infructuosa. Un estudio de los tribunales que es esencialmente la medición de la desviación de un tipo que rara vez se aproxima en el mundo real parecería ser igualmente infructuoso. (p. 1)

Así, partiendo de un análisis del conflicto o del poder, Shapiro (1981) introduce el marco de este nuevo modelo para el estudio de las instituciones judiciales basado en el siguiente conjunto resumido de proposiciones: (1) el Poder Judicial, es decir, el tribunal y el juez, no es un órgano independiente,

3 Cabe recordar el caso *Cullen c. Llerena*, Fallos: 53:420 (1893), y la sentencia dictada veintiocho años antes en el caso *José Roque Pérez*, Fallos: 2:253 (1865).

sino más bien una parte del régimen político en el poder; (2) el Poder Judicial no es meramente el ejecutor de normas legales preexistentes, sino que a menudo actúa también como legislador para crear leyes; (3) el proceso judicial no es puramente un procedimiento contencioso, sino más bien una mezcla de mediación y litigio para alcanzar soluciones de consenso; y (4) el derecho a una revisión judicial por una instancia jerárquicamente superiores un mecanismo y un reflejo de la concentración del poder político más que una protección de los derechos individuales.

Al igual que la mayoría de las demás instituciones políticas importantes, los tribunales tienden a estar cargados de múltiples funciones políticas, que van desde reforzar la legitimidad del régimen político (por ejemplo, al respaldar la constitucionalidad de una ley o decreto) hasta asignar recursos económicos escasos o establecer políticas públicas y sociales importantes. El análisis y la descripción empírica de Shapiro revelan muchos de los entresijos de la transición de la justicia individual a la institucional. Ahora bien, ¿por qué y cuándo se produjo esta transformación? ¿Qué nuevas fuerzas sociales, políticas o económicas aparecieron? ¿Qué nuevas contradicciones surgieron que hicieron insostenible el sistema anterior? ¿Qué ocurría al mismo tiempo en otras instituciones sociales y políticas? ¿Acaso la Administración o el Congreso también estaban experimentando mutaciones? Con un Estado cada vez más burocratizado, que cuenta con agencias cada vez más técnicas que dictan regulaciones sumamente específicas (acentuando el problema del agente-principal⁴), sumado a una concepción equivocada del derecho constitucional donde el anhelo, la necesidad y el derecho se confunden,⁵ no sorprende que los jueces adquieran un protagonismo cada vez mayor.

El término “judicialización de la política” describe distintos fenómenos interconectados. En primer lugar, refleja la creciente incorporación del lenguaje, las normas y las metodologías jurídicas al ámbito de la política y la formulación de políticas. Esta tendencia es evidente en diversas facetas de la vida moderna, marcada especialmente por la adaptación de los procesos de toma de decisiones dentro de los marcos del Estado de derecho a normas que se asemejan a las de los sistemas judiciales. Las negociaciones, antes informales o no jurídicas, se ri-

4 Cfr. Miller (2005, pp. 205-06).

5 Recomiendo escuchar la conferencia del juez de la Corte Suprema de Justicia Argentina, Carlos Rosenkrantz, en la inauguración del año académico de la Escuela de Pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile el 26 de mayo de 2022. Disponible en: <https://perma.cc/5KX3-CFFD>.

gen ahora predominantemente por normas y procedimientos jurídicos (Sieder et al. 2005, p. 5). Este enfoque legalista generalizado en el discurso y la práctica traduce a menudo el concepto de justicia en términos predominantemente procesales. Esta judicialización se entrelaza con la creciente influencia del sistema jurídico sobre las interacciones sociales y las normas culturales, redefiniendo de hecho la forma en que se gestionan los conflictos sociales (Habermas, 1988; Teubner, 1987). Además, las transformaciones en la vida moderna, señaladas por los primeros sociólogos jurídicos como Henry Maine, Emile Durkheim y Max Weber, incluyen el cambio de los estatus sociales tradicionales a las relaciones contractuales y la aparición de un sistema jurídico más formal, inequívoco y racional en las sociedades occidentales (Hirschl, 2009).

Algunas formas de política son inherentes a la judicatura, otras son beneficiosas y otras son contrarias a la función judicial y corrosivas para el derecho, aunque lo cierto es que la literatura le da distintos significados al concepto de la “política” en la función judicial. Propongo, entonces, hacer un breve repaso sobre esos distintos sentidos.

2.1 Los jueces como protagonistas de gobierno

La ciencia política estudia todas las instituciones de gobierno. Desde este punto de vista, las instituciones jurídicas no son otra cosa que elementos que integran el aparato político del Estado. “Los politólogos dicen que la Corte es parte de la política a pesar de ser un tribunal de justicia, porque todo el derecho, incluido el derecho constitucional, es parte de la política” (Shapiro, 1989, pp. 1555-1556). Vistos como engranajes del aparato político del Gobierno, los jueces son actores políticos protagónicos. Cuando los politólogos dicen que los jueces son políticos, a menudo lo dicen en este sentido. Sin embargo, cuando los abogados ven el término “político” agregado a los jueces, su “angustia es causada por una confusión bastante simplista sobre la palabra política y lo que significa” (p. 1559).

En un Estado democrático, los tribunales intervienen si y sólo si el proceso electoral experimenta algún fallo masivo en sus mecanismos normalmente autocorrectivos. Los tribunales existen justamente para proteger determinados valores como la representación de las minorías segregadas o la libertad de expresión en situaciones de hostilidad. Este razonamiento de “corregir los fallos de la democracia” es la justificación democrática más estrecha para una judicialización de la política más bien estrecha (Ely, 1980; Shapiro, 1966).

La justificación más amplia reside en afirmar que la constitución o la tradi-

ción universal de derechos humanos contiene un conjunto de derechos ciertos y conocibles y que se supone que el control de constitucionalidad debe defender de la violación de las mayorías. El juez no se presenta como alguien que ejerce una discrecionalidad política, sino simplemente como alguien que hace cumplir derechos constitucionales o legales preexistentes (Dworkin, 1977).

Además, hay quienes argumentan que los jueces aportan una perspectiva generalista a un proceso de elaboración de políticas que, de otro modo, se vería muy distorsionado por las estrechas perspectivas de los diversos especialistas que son los verdaderos autores de la mayoría de las leyes y reglamentos (Shapiro, 1968). Así pues, los tribunales están en mejor posición para reconocer el verdadero interés público entre los diversos intereses especiales que se disfrazan de interés público que tienen los órganos legislativos o ejecutivos (Sunstein, 1990). De hecho, en cualquier Gobierno contemporáneo, es la mente del juez la que más se aproxima a la del *demos*, ya que el resto del Gobierno está cada vez más fragmentado en las diversas especializaciones necesarias para hacerle frente a un entorno cada vez más complejo.

Esta explicación se relaciona con la capacidad institucional de los tribunales. Concediendo que el Congreso y el presidente también son responsables de hacer cumplir la constitución, los tribunales están en mejores condiciones para centrarse en los valores constitucionales a largo plazo que los poderes Legislativo y Ejecutivo, órganos políticos presionados para hacerles frente a problemas inmediatos con soluciones inmediatas (Perry, 1982). Además, en el proceso judicial se les presta la misma atención a ambas partes, independientemente de la disparidad de sus recursos políticos, especialmente respeto de la argumentación sistemática y receptiva. De este modo, el litigio proporciona una calidad de deliberación política que no está disponible en ningún otro lugar del Estado (Fiss, 1979).

2.2 La política de las políticas públicas

Un aspecto de la judicialización de la política es la ampliación de la competencia de los tribunales y los jueces en la determinación de los resultados de las políticas públicas, principalmente a través de la revisión de la actuación de la Administración pública, la redefinición judicial de los límites burocráticos entre los órganos del Estado y la jurisprudencia sobre derechos patrimoniales. No pasa una sola semana sin que una corte suprema o tribunal constitucional de algún lugar del mundo emita una sentencia importante relativa al alcance

de la protección de los derechos constitucionales o a los límites de los poderes Legislativo o Ejecutivo (Hirschl 2004, pp. 103-118).

La política puede ser entendida como un proceso mediante el cual se generan decisiones que configuran políticas públicas. Los jueces juegan un rol fundamental en este proceso a través de la declaración, construcción, interpretación y aplicación de la ley, contribuyendo así a la formulación y ejecución de las políticas públicas. De manera sumamente simplificada, en el *common law*, los jueces crean derecho al resolver casos concretos, ejerciendo una influencia directa en la evolución jurídica (Tamanaha, 2010, pp. 17-21). Por otro lado, en la tradición romanogermánica, los jueces primordialmente interpretan y aplican las normas preestablecidas por los poderes Legislativo y Ejecutivo. No obstante, en ambas tradiciones jurídicas, los jueces inevitablemente inciden en políticas públicas al tomar decisiones durante la resolución de casos, influyendo así en la dirección y en el impacto de dichas políticas.

Las decisiones sobre políticas públicas que toman los jueces son inevitables porque la ley no tiene respuesta final y definitiva a todas las cuestiones que presenta el complejo entramado social. Los jueces son llamados a resolver casos trascendentes de alto impacto y, en algunos casos, de incidencia colectiva. De esta manera, son un componente clave del aparato político del Gobierno en tanto permiten actualizar al sistema jurídico y evitarle ser disfuncional. Su tarea es la de un jardinero que cuida y mantiene el jardín prolijo y siempre bien regado. En este sentido, los jueces echarían mano de una de las corrientes del interpretativismo judicial como es el *living constitutionalism*.⁶

La expansión de las agencias administrativas en el Estado del bienestar moderno ha llevado a los tribunales a desempeñar un papel cada vez más importante en la revisión de la actuación de la Administración. Normalmente, este escrutinio judicial se centra más en los aspectos procedimentales de la elaboración de políticas públicas que en el contenido sustantivo. Los tribuna-

6 Como explica Solum (2019), los orígenes de la expresión “constitucionalismo vivo” son oscuros. Quizá, el primero que la utilizó fue el diputado Hugh Legaré en un discurso pronunciado en la Cámara de Representantes en 1837. Una de las formulaciones más importantes vino por parte del juez William J. Brennan, Jr. (1986), cuando explicó: “The most important formulation from the 1980s was offered by Justice William Brennan: To remain faithful to the content of the Constitution, therefore, an approach to interpreting the text must account for the existence of these substantive value choices and must accept the ambiguity inherent in the effort to apply them to modern circumstances. The Framers discerned fundamental principles through struggles against particular malefactions of the Crown; the struggle shapes the particular contours of the articulated principles. But our acceptance of the fundamental principles has not and should not bind us to those precise, at times anachronistic, contours” (p. 437).

les utilizan principios del derecho contractual, del derecho constitucional y, principalmente, del derecho administrativo para garantizar el cumplimiento de las garantías procesales, la igualdad de oportunidades, la transparencia, la responsabilidad y la razonabilidad en la creación y aplicación de las políticas públicas. Además, su influencia se extiende a otros muchos ámbitos, como la planificación urbana, la sanidad pública, las relaciones laborales y la protección de los consumidores (Hirschl, 2009).

En las dos últimas décadas, la judicialización de la formulación de políticas públicas también ha proliferado a nivel internacional⁷ con la creación de numerosos tribunales transnacionales, organismos y comisiones que se ocupan de los derechos humanos. Dos ejemplos parecidos, aunque con distintos grados de sofisticación, son, por un lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo⁸ y, por el otro, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En los últimos años, legisladores, ejecutivos y poderes judiciales de Estados que han reconocido la jurisdicción a estos tribunales le han otorgado un estatus cada vez más importante, en particular en lo que respecta a las libertades civiles y los derechos humanos. Más allá de la doctrina del margen de apreciación nacional,⁹ las sentencias de estos tribunales tienen un gran peso simbólico y han obligado a muchos países a incorporar normas jurídicas transnacionales en su ordenamiento jurídico interno.

En Argentina, al igual que en muchos países latinoamericanos, el poder judicial a veces ha eclipsado al proceso legislativo, lo que subraya la necesidad de un enfoque más participativo. Santiago y Boulin (2023) subrayan que, si bien el Poder Judicial desempeña un papel vital en la defensa de la Constitución, la elaboración de políticas debería ser predominantemente competencia de los representantes electos. Sin embargo, hay una tendencia creciente a que los políticos utilicen los tribunales no sólo como mediadores, sino también como escudos, descargando los costos políticos y electorales de las decisiones polémicas en el Poder Judicial, aprovechando que los jueces no están sujetos a presiones electorales y que la política los podrá blindar ante una acusación por mal desempeño. Esta delimitación, aunque teóricamente clara, se vuelve matizada cuando los tribunales, en su deber constitucional, revisan y a veces anulan decisiones legislativas o ejecutivas, lo que da lugar a percepciones de

7 Véase Goldstein et al. (2001), Romano (1999) y Slaughter (2000).

8 Véase, por ejemplo, Weiler (1999) y Stone Sweet (2000).

9 Para un estudio exhaustivo del tema en Argentina, se sugiere la consulta de la obra de Santiago (2020) y también de Díaz Solimine (2020).

extralimitación judicial en los ámbitos políticos y complica aún más el proceso de toma de decisiones y la interacción entre los poderes del Gobierno.

2.3 La política como ideología

“Política” también se utiliza a menudo como sinónimo de “ideología”, un término opaco que abarca la totalidad de las opiniones de un juez sobre la política, la moral, la economía, la sociedad, la religión y la vida (Lammon, 2009, pp. 235-238). En el nivel más amplio, esto incluye principios políticos y morales; en el nivel mundano, contiene creencias sobre asuntos importantes. Las influencias teñidas de ideología se filtran en las decisiones de los jueces de varias formas sutiles: moldeando y reflejando el contenido de las creencias y afectando la forma en que se perciben los hechos (a través del encuadre perceptivo y los sesgos cognitivos) y la forma en que un juez razona (razonamiento motivado para apoyar los resultados preferidos) (Kahan et al., 2009, pp. 887-902).

La teoría de la interpretación que adopta un juez en casos difíciles, sea el pragmatismo, el textualismo, el originalismo, la constitución viviente, etc., es producto de las opiniones del juez sobre el derecho, el lenguaje, las normas y el rol que el Poder Judicial tiene en un gobierno democrático. Cuando la ley se agota, cuando interpretaciones alternativas igualmente plausibles de un conjunto de disposiciones legales apuntan a resultados diferentes o cuando las disposiciones legales aplicables entran en conflicto, un juez debe recurrir a opiniones ideológicas de fondo si quiere dar alguna respuesta (Miller, 2008, pp. 1321-1334).

Las influencias ideológicas se manifiestan en los jueces a través de dos mecanismos distintos: la cognición humana y la interpretación jurídica. En primer lugar, todos los procesos cognitivos humanos, incluidos la percepción, el juicio y el razonamiento, están inevitablemente condicionados por la ideología. Esto es particularmente evidente en la toma de decisiones judiciales, donde tales sesgos operan a menudo de forma subconsciente. Aunque los jueces pueden ser conscientes de estos sesgos e intentar mitigar sus efectos, estas influencias son inherentes a la cognición humana. Por lo tanto, cualquier persona humana que sea juez debe reconocer y aceptar un cierto grado de influencia ideológica.

En segundo lugar, la interpretación jurídica también alberga influencias ideológicas, especialmente en los casos en que la propia ley exige juicios subjetivos, como evaluaciones de justicia y equidad o razonabilidad, o cuando las normas legales son ambiguas u oscuras. Los jueces deben tomar decisiones in-

cluso en ausencia de directrices legales claras, sorteando lagunas ambigüedades e incoherencias en la ley.¹⁰ Aunque estos factores permiten que los sesgos ideológicos se infiltren en las resoluciones judiciales, no comprometen de forma abrumadora el cumplimiento de las reglas y normas jurídicas. De hecho, la mayoría de las normas jurídicas son suficientemente claras y los jueces las aplican de forma coherente, con independencia de sus inclinaciones ideológicas. Así lo corroboran varios estudios cuantitativos, que sugieren que, aunque la ideología influye en las decisiones judiciales, su impacto es generalmente modesto.¹¹

2.4 La política en cuestiones controvertidas

Otro hecho común que involucra a la política y a los tribunales se da cuando los jueces intervienen en los asuntos políticos controvertidos o mediáticos del momento; temas que el público general cree que deberían decidir los representantes electos. Ejemplos son la tenencia de estupefacientes, la pesificación o la convertibilidad, el aborto, el matrimonio homosexual, una reforma laboral, impositiva o sanitaria, asuntos de discriminación positiva y la regulación medioambiental, entre muchos otros temas.

En la actualidad, prácticamente todas las leyes, decretos del presidente o resoluciones ministeriales son inmediatamente sometidos a un escrutinio judicial en los tribunales por aquellos que se oponen estas normativas.¹² Los políticos saben de antemano que necesitan del aval judicial para que sus medidas tengan vigencia efectiva. Este alto nivel de litigiosidad se da, en muchos casos, en cuestiones prematuras donde no ha habido aún una afectación directa y concreta y en donde el que litiga tampoco tiene legitimación procesal. En Argentina, la rabieta tiene límites en el sistema de control de constitucionalidad, donde sin gravamen no hay puerta de tribunal que debiera abrirse.

En este marco, con una sociedad fragmentada y polarizada sobre los asuntos más controvertidos, cualquier decisión judicial provocará una reacción en la que la parte perdedora acusará al tribunal de hacer política porque ambas partes están convencidas de que tienen razón. Cuando el asunto que se discute es percibido por la sociedad como un tema político, casi por definición la deci-

10 El artículo 3 del Código Civil y Comercial argentino establece que “[e]l juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

11 Véase, entre otros, Sunstein et al. (2006), Ashenfelter et al. (1995) y Cross (2007).

12 Véase Kagan (2001, pp. 13-14), quien explica cómo, en el sistema jurídico norteamericano, todas las políticas públicas más importantes eventualmente terminan en los tribunales.

sión judicial es política. Así, los argumentos que tenga el tribunal para decidir pasarán a un segundo plano, al tiempo que los medios de comunicación harán una lectura sesgada y parcial de lo resuelto.

2.5 Política en los nombramientos judiciales

Los nombramientos de los jueces para los tribunales provinciales o federales dejaron de ser una cuestión de mecenazgo (Evans, 1948, p. 330) para pasar a ser cuidadosamente seleccionados por sus posturas ideológicas. En un trabajo extraordinario publicado recientemente por dos profesores de la Princeton University, Cameron y Kastellec (2023) demuestran con evidencia cómo los nombramientos para la Corte Suprema de Estados Unidos forman parte de los acontecimientos centrales en la vida política de ese país. Cada vacante desencadena una lucha encarnizada entre republicanos y demócratas por los candidatos y, una vez cubierto el puesto, los nuevos jueces suelen votar de forma predecible. El libro examina noventa años de historia política estadounidense para mostrar cómo el crecimiento del Poder Judicial federal a partir de la década de 1930 inspiró a los presidentes, los partidos políticos y los grupos de interés a darle forma a la judicialización de la política a través de los nombramientos. El resultado es una nueva política dirigida directamente a seleccionar y colocar personas con la misma ideología en la Corte, lo que ha transformado al máximo tribunal federal en una rama ideológicamente impulsada y polarizada.

De hecho, en 2016, el líder republicano del Senado norteamericano, Mitch McConnell, se abstuvo de programar audiencias para Merrick Garland luego de que el presidente Barack Obama lo nominara para suceder al fallecido juez Antonin Scalia en la Corte Suprema. McConnell invocó una supuesta convención que sostiene que un presidente no debe nominar jueces a la Corte Suprema durante un año electoral en el final de su mandato. Como resultado, la nominación de Garland quedó guardada en un cajón. Posteriormente, en 2017, el presidente recién electo, Donald Trump, designó a Neil Gorsuch para ocupar la vacante de Scalia. Más adelante, en lo que sería el último año de su mandato, Trump procedió a nominar a Amy Coney Barrett, quien fue confirmada en un proceso extraordinariamente rápido, apenas treinta días antes de las elecciones presidenciales, a pesar del precedente establecido por el caso de Garland. Estos eventos evidencian que, en Estados Unidos, la política desempeña un rol crítico en la selección y nombramiento de jueces, demostrando que no se puede depositar plena confianza en la estabilidad de las llamadas prácticas

constitucionales, dado que siempre existirá quien, poseyendo mayor poder, esté dispuesto a modificarlas.

En Argentina, la facultad de enviar los pliegos de los candidatos a jueces de la Corte Suprema al Senado es una facultad discrecional del presidente, en la medida en que los candidatos cumplan con el requisito constitucional de la idoneidad y los ocho años de ejercicio profesional en la abogacía. Por su parte, la sociedad civil en general está pendiente del perfil de cada candidato y podrá manifestar su apoyo o rechazo a través de los canales institucionales habilitados para ello.¹³ Quizá, alguno recuerde cuando, a mediados de 2015 y en medio del proceso electionario, la presidenta Cristina Fernández propuso a Roberto Manuel Carlés como candidato a la Corte Suprema para cubrir la vacante dejada por el juez Eugenio Zaffaroni. Finalmente, y por falta de apoyo en el Senado, se decidió retirar el pliego, constituyendo un claro error político el hecho de intentar nombrar a alguien para esa vacante a pocos meses de finalizar dos mandatos presidenciales seguidos.

2.6 La política de la redundancia

Otra manera de ver la judicialización de la política es a través de las virtudes de la redundancia. No es cierto que el poder del gobierno pueda separarse entre tres grandes ramas, una de las cuales legisla y sólo legisla, otra administra y sólo administra y una juzga y sólo juzga. Las ramas del gobierno sólo pueden controlarse y equilibrarse mutuamente si comparten los mismos poderes, no si ejercen poderes diferentes. En todos los gobiernos que separan poderes, cada rama legisla, administra y juzga, aunque tengan una función que es preponderante sobre las otras. Así, el poder de veto presidencial en Argentina es claramente un poder legislativo, como lo es el veto constitucional de la Corte Suprema. Y las “consideraciones colaborativas”¹⁴ en una resolución judicial son, inevitablemente, una especie de administración, al igual que lo son las mismas actividades cuando las llevan a cabo los administradores.

En última instancia, todos los juicios legislativos deben realizarse del mis-

13 Véase el Decreto 222/2003 que establece el procedimiento para el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 99, inciso 4 de la Constitución Nacional.

14 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández de Kirchner, Cristina*, Fallos: 343:218 (2020) (juez Rosatti, voto concurrente, considerando 10). Allí explica que las consideraciones colaborativas tienen base constitucional, como su propio nombre lo indica, en el principio de colaboración entre los poderes del Estado que surge de la separación de poderes.

mo modo. Tanto si las realizan los legisladores como los administradores o los jueces, siempre constituyen un conjunto de conjeturas prudenciales realizadas en condiciones de gran incertidumbre. El juez que decide si una ley es constitucional repite necesariamente el mismo análisis de hechos, valores, alternativas políticas y resultados previstos que realizaron anteriormente los redactores de la ley (Shapiro, 1968). Si el análisis legislativo ya se ha hecho, ¿por qué deberían hacerlo de nuevo los jueces? Quizás porque tres cabezas piensan mejor que dos. Los altos niveles de redundancia son una respuesta de diseño estándar y sensata para los sistemas que deben manejar situaciones de alto riesgo, alta incertidumbre y alto valor (Landau, 1969). Puede que los jueces no sean mejores que otros gobernantes, pero son diferentes. Permitirles parte del poder de gobernar le da al sistema político más gobernantes de más tipos y más reiteraciones de cálculos políticos cruciales. En última instancia, la mayor o menor judicialización dependerá del análisis costo-beneficio de cualquier nivel de redundancia que se proponga.

2.7 La política sofisticada

Por último, está la judicialización de los procesos políticos fundacionales de un país; en otras palabras, la transformación de la corte suprema o tribunal constitucional en el órgano decisorio más importante que se ocupa de las cuestiones fundamentales relativas a la propia definición, o razón de ser, de la política como tal.

Esta categoría incluye, entre otras, (i) la judicialización de los procesos electorales; (ii) el escrutinio judicial de las prerrogativas del Poder Ejecutivo en los ámbitos de la planificación macroeconómica o los asuntos de seguridad nacional; (iii) los dilemas fundamentales de la justicia restaurativa. Estas áreas emergentes de judicialización de la política amplían los límites de la participación de los altos tribunales nacionales en la esfera política más allá del ámbito de los derechos constitucionales y llevan la judicialización de la política a un punto que supera con creces cualquier límite anterior. La mayoría de las veces, esta tendencia cuenta con el apoyo, tácito o explícito, de poderosos actores políticos. El resultado ha sido la transformación de los tribunales supremos de todo el mundo en una parte crucial del aparato nacional de elaboración de políticas de sus respectivos países. Hirschl (2004) ha descrito este proceso como una transición a la “juristocracia”.

Es difícil apreciar la profundidad de esta transición. Mientras que la super-

visión de los aspectos procedimentales del proceso democrático —el control judicial de los procedimientos y reglamentos electorales, por ejemplo— entra dentro del mandato de la mayoría de los tribunales constitucionales, cuestiones como la legitimidad de un régimen, la identidad colectiva de una nación o la reconciliación de un sistema político con su pasado —a menudo poco admirable— reflejan principalmente profundos dilemas morales y políticos, no judiciales. La resolución de estas cuestiones es un ejercicio inherente y sustancialmente político que va más allá de la aplicación de las disposiciones sobre derechos o las normas básicas de justicia procesal a diversos ámbitos de la política pública. La judicialización de este tipo implica instancias en las que los tribunales deciden sobre cuestiones políticas decisivas a las que se enfrenta la nación, a pesar del hecho de que la constitución no se refiere directamente a las cuestiones controvertidas y del reconocimiento obvio de lo mucho que está en juego para la nación. Son precisamente estos casos de judicialización de cuestiones nacionales decisivas que implican la intersección de intereses políticos muy elevados con escasas o nulas directrices constitucionales pertinentes los que hacen que las credenciales democráticas de la revisión judicial sean más cuestionables. En última instancia, no está claro qué convierte a los tribunales en el foro más apropiado para decidir sobre estos dilemas puramente políticos.

La diferencia entre la judicialización de las políticas públicas y la judicialización de la política sofisticada va más allá de una cuestión de relevancia política. Depende de la conceptualización de lo “político”. Lo que cuenta como una decisión “política” no es una pregunta fácil de responder. Una decisión política debe afectar la vida de muchas personas. Sin embargo, muchos casos que no son puramente políticos también afectan la vida de muchas personas (por ejemplo, grandes demandas colectivas). Y lo que es más importante: dado que no existe una respuesta sencilla a la pregunta “¿qué es político?”—para muchos teóricos, la respuesta a esa pregunta sería “todo es político”—, tampoco puede haber una definición simple de la judicialización de la política. Del mismo modo, lo que puede considerarse una cuestión política controvertida en un sistema de gobierno (por ejemplo, el derecho a abortar en Estados Unidos) puede enmarcarse en un conflicto entre el derecho nacional y el derecho supranacional en otro país (por ejemplo, en Argentina) o puede no ser un problema en otro lugar.

En resumen, “nada queda fuera del ámbito del control judicial; el mundo está lleno de leyes; cualquier cosa y todo es justiciable”, como dijo en una ocasión Aharon Barak, expresidente de la Corte Suprema de Israel. Y esto parece haberse convertido en un lema ampliamente aceptado por la Corte Suprema

argentina. Aunque muchas cuestiones de política pública siguen estando fuera del ámbito de los tribunales (Graber, 2004; Schauer, 2006), en numerosos países de todo el mundo se ha producido una creciente deferencia legislativa hacia el Poder Judicial, una intrusión cada vez mayor (y a menudo bien acogida) de este poder en las prerrogativas de los poderes Legislativo y Ejecutivo, y la correspondiente aceleración del proceso por el que se han judicializado las agendas políticas. En conjunto, estos acontecimientos han contribuido a que se confíe cada vez más en los jueces para aclarar y resolver controversias morales fundamentales y cuestiones políticas muy polémicas, y han transformado a los tribunales superiores nacionales en importantes órganos de toma de decisiones políticas.

La judicialización de la política sofisticada también es cada vez más evidente en el ámbito de los procesos electorales, o lo que podría denominarse “el derecho de la democracia” (Miller, 2004, p. 597). Los casos más frecuentes aquí se dan respecto del control judicial del proceso preelectoral en prácticamente todos los países en los que se celebran elecciones, referendos o plebiscitos. Los tribunales se han pronunciado sobre cuestiones como la financiación de los partidos políticos, la difusión de publicidad durante las campañas electorales, la redistribución de los distritos electorales y la aprobación o inhabilitación de partidos políticos y candidatos. Como señala Hirschl (2009), los tribunales aprobaron (o desaprobaron) la prórroga de los mandatos del presidente de Colombia, Álvaro Uribe, del presidente de Uganda, Yoweri Museveni, y del presidente de Rusia, Boris Yeltsin. El destino político de los ex primeros ministros de Pakistán, Benazir Bhutto y Nawaz Sharif, y del presidente de Filipinas, Joseph Estrada, por citar algunos ejemplos, ha sido determinado por los tribunales. A esta lista podrían añadirse las acusaciones de corrupción contra jefes de Estado (como el italiano Silvio Berlusconi, el peruano Alberto Fujimori, el tailandés Thaksin Shinawatra o la brasilera Dilma Rousseff) y los “juicios políticos”, en los que destacados candidatos y líderes de la oposición han sido descalificados o apartados de la carrera por un poder judicial politizado.

En Argentina, en el caso *Bussi*,¹⁵ del 13 de julio de 2007, la Corte Suprema revocó la decisión de la Cámara de Diputados de no permitir que Antonio Bussi, electo diputado en Tucumán en 1999 y exfuncionario de la dictadura, asumiera su cargo por cuestiones éticas y morales. La Cámara había invocado el artículo 64 de la Constitución Nacional, que le otorga autoridad para evaluar la idoneidad de sus miembros. No obstante, la Corte determinó que evaluar la

15 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bussi, Antonio Domingo*, Fallos: 330:3160 (2007).

idoneidad de un candidato es una prerrogativa del electorado y no del Poder Legislativo, subrayando la importancia de resguardar la soberanía popular y la expresión de voluntad ciudadana. La decisión también destacó la necesidad de definir los límites de las facultades de cada poder del Estado, enfatizando que la Corte debe proteger los consensos básicos para el funcionamiento de una sociedad plural.

A modo de conclusión, creo que es justo admitir que los casos que podrían entenderse como parte de una dinámica de “política judicializada” son una porción ínfima de lo que hacen la gran parte de los tribunales en Argentina. Con la excepción de la Corte Suprema, la mayoría de los jueces resuelven conflictos “cotidianos” que tienen una carga política mucho menor, a veces inexistente. Esta labor judicial tiene una importancia crítica y es crucial comprenderla. De ahí que exista una gran necesidad de más investigaciones que examinen cómo los juzgados y Cámaras de Apelaciones del país se enfrentan y resuelven una gran variedad de conflictos que se les presentan. Ese vacío en la literatura aún no se ha llenado con estudios cuantitativos y cualitativos que pongan el foco en el comportamiento de los jueces.

Cualquiera que firme un contrato laboral, alquile o compre un inmueble, solicite un préstamo, use una tarjeta de crédito, contrate un seguro médico, cobre una pensión o jubilación, se divorcie, redacte un testamento, sufra un accidente automovilístico o cometa un homicidio descubrirá que, en su mayoría, la ley es simple y los jueces la aplican según está escrita. Esta previsibilidad, junto con el costo de litigar, explica por qué la mayoría de los conflictos se resuelven antes de llegar a juicio. Aunque es fácil afirmar que juzgar es hacer política de manera abstracta, estos elementos políticos no predominan en el grueso del trabajo judicial cotidiano (Tamanaha, 2012, p. 776). Juzgar es una actividad lógica que se realiza dentro de las instituciones jurídicas y es esencialmente legal en su naturaleza, lo que hace que los resultados sean generalmente predecibles para quienes intervienen en un litigio. Incluso en la Corte Suprema, donde la presión política es más influyente, las decisiones se toman en contextos fuertemente ajustados al derecho.

3. La situación coyuntural actual en Argentina

Javier Milei asumió la presidencia de Argentina en uno de los contextos económicos más complejos que ha conocido el país. Autoproclamado libertario, se inspira en las ideas de Juan Bautista Alberdi, figura clave en la redacción de

la Constitución argentina de 1853/60. En las elecciones presidenciales celebradas en noviembre de 2023, Milei obtuvo el 56% de los votos, superando a Sergio Massa, ministro de Economía y candidato del movimiento peronista que dominó la política argentina durante 16 de los últimos 20 años. A pesar de no haber entrado en el Congreso hasta 2021, la coalición de Milei, La Libertad Avanza, creada apenas dos años antes, logró una notable victoria en 21 de las 24 provincias argentinas.¹⁶

Durante 2023, el panorama político e institucional de Argentina sufrió importantes convulsiones. Por un lado, un incidente notable fue la iniciativa de juicio político contra todos los jueces de la Corte Suprema, liderada por legisladores peronistas y apoyada por el entonces presidente Alberto Fernández. Los jueces en cuestión eran Horacio Rosatti, Carlos Rosenkrantz, Juan Carlos Maqueda y Ricardo Lorenzetti. Este procedimiento consumió una parte considerable del año e involucró los testimonios de más de 60 testigos, reforzando en última instancia la resistencia de la independencia judicial frente a los desafíos políticos. Por otro lado, hacia finales del año, el presidente Milei, saltándose el Congreso, firmó un Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU 70/23) con el objetivo de avanzar hacia una desregulación de la economía y en la aplicación de amplias reformas legales. Aunque estas medidas destacan por su intención de introducir rápidamente cambios significativos, han suscitado debates jurídicos y constitucionales cruciales para definir los contornos de la gobernanza en Argentina.

En este contexto, el panorama político y económico de Argentina se encuentra sumido en una importante paradoja, moldeada por acontecimientos históricos que han conducido a una situación económica calamitosa. El país se enfrenta a un aparato estatal hinchado e insostenible que se ha expandido drásticamente en las últimas dos décadas. Esto ha ido acompañado de una profunda desorganización de los precios relativos, haciendo que los bienes y servicios básicos sean inasequibles para el ciudadano medio. Las pensiones y los salarios se han visto mermados, la nación se enfrenta a tarifas de servicios públicos obsoletas debido a las anteriores políticas de congelación y las excesivas normativas estatales lastran gravemente la economía.

Al asumir, el Gobierno de Milei se encontró con una tasa de inflación que se tambaleaba al borde de la hiperinflación. Esta precaria situación económica contrasta con los recursos políticos relativamente limitados de los que dispone. El Gobierno carece de representación significativa en el Congreso, ya que

16 Cfr. *Javier Milei will be Argentina's first libertarian president* (2023).

tiene pocos senadores y diputados, y un apoyo mínimo entre los intendentes municipales y gobernadores provinciales; la relación con los sindicatos y los movimientos sociales es tensa.

Las primeras semanas de gobierno de Milei estuvieron marcadas por varios retos: controlar la hiperinflación, lograr un presupuesto equilibrado y negociar con quien él denomina la “casta” política, que incluye a gobernadores, diputados y miembros del poder judicial, todo ello evitando las trampas de un populismo de derecha. Su Gobierno empezó a sortear tres limitaciones principales: el Poder Judicial, en particular la Corte Suprema, que está llamada a deliberar sobre cuestiones políticas muy delicadas y a revisar la probable dependencia del Gobierno de los decretos de necesidad y urgencia; una frontera político-institucional personificada por la oposición en el Congreso y las quejas de los gobernadores; y el esquivo consenso social necesario para los duros ajustes económicos que podrían conducir a la recesión y la estanflación.

3.1 Desafiando la independencia judicial: el plan de destitución del presidente Fernández

A principios de 2023, el presidente Alberto Fernández emitió una carta a los ciudadanos en la que esbozaba su intención de intensificar su escrutinio del Poder Judicial. Apoyado por varios gobernadores, anunció sus planes de iniciar un procedimiento de destitución no sólo contra el presidente de la Corte Suprema, sino también contra los demás miembros del tribunal. Además, indicó su intención de solicitar investigaciones sobre la conducta de todos ellos.

El presidente Fernández justificó la propuesta de destitución del presidente de la Corte Suprema basándose en tres puntos principales: la declaración de inconstitucionalidad de una ley que definía cómo debía integrarse el Consejo de la Magistratura más de un año antes;¹⁷ el dictado de una medida cautelar en un caso pendiente,¹⁸ que el presidente apeló posteriormente; y supuestas conversaciones telefónicas interceptadas durante una operación de inteligencia.

Ahora bien, el derecho constitucional estadounidense influyó profundamente en el diseño de la Constitución argentina de 1853 y en la práctica institucio-

17 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Fallos: 344:3636 (2021).

18 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional*, Fallos: 345:1498 (2022).

nal.¹⁹ Esta influencia está íntimamente relacionada con Juan Bautista Alberdi, considerado uno de los más brillantes y destacados juristas argentinos del siglo XIX,²⁰ como también de José Benjamín Gorostiaga, el principal redactor de la Constitución Nacional.²¹ Alberdi estudió una gran cantidad de constituciones, incluida la de los Estados Unidos, y explicó por qué la Argentina debía seguir la estructura gubernamental norteamericana adaptando sus instituciones a las necesidades de nuestro país.²² Su erudición mostró una innegable admiración por el sistema jurídico estadounidense, al cual le atribuyó el progreso de los Estados Unidos, y creía, además, que los problemas que enfrentó la fundación de la Argentina entre 1810 y 1853 podían resolverse siguiendo el desarrollo constitucional estadounidense.²³

No obstante, hace 170 años, nuestros constituyentes originarios se apartaron del modelo norteamericano y, siguiendo las advertencias que formulara el francés Alexis de Tocqueville al final del Capítulo VII de su célebre obra *La Democracia en América*, se imaginaron situaciones de potenciales abusos a través del llamado “juicio político”. Por eso fue que, en lugar de copiar del modelo la exigencia de una mayoría simple para aprobar la acusación, pusieron la vara más alta y requirieron en el artículo 53 de la Constitución una mayoría calificada de dos tercios de los diputados presentes para poder avanzar en la acusación contra los funcionarios públicos a los que se pretende someter a un proceso de remoción (García-Mansilla, 2023a).

El reciente intento del Gobierno de Fernández de destituir a todos los jueces de la Corte Suprema ilustra un conflicto significativo con el Poder Judicial en Argentina. A pesar de la urgencia percibida por el Gobierno para remover a estos

19 Cfr. Ravignani (1939, p. 468), quien señala que la Constitución argentina fue diseñada en el molde de la Constitución de los Estados Unidos. La Constitución argentina fue reformada en cinco oportunidades (1860, 1866, 1898, 1957 y 1994); la reforma peronista realizada en 1949 fue abolida por la dictadura militar en 1956 y se reinstaló el texto original de 1853. Ver también Bianchi (2019, cap. VI) y Rivarola (1944), quien critica la opinión de que la Constitución argentina es meramente una copia de la estadounidense y que puede ser interpretada justamente aplicando precedentes estadounidenses.

20 Cfr. Verdu (1998) y Santiago (2014).

21 Véase John Pendleton, Despatch No. 30 to the Secretary of State (1853). Agradezco la ayuda de David A. Langbart, Reference, Research Rooms and Augmented Processing Branch National Archives at College Park, MD (Washington, D.C., Estados Unidos), por ubicar el despacho microfilmado del representante diplomático de los Estados Unidos en las Provincias Unidas del Río de la Plata. Véase también García-Mansilla (2023b).

22 Alberdi (1998, pp. 157-159).

23 Ver García-Mansilla y Ramírez Calvo (2006), García-Mansilla (2004, p. 311) y Alberdi (1998, ac. XXII, p. 115).

funcionarios, la Constitución establece una barrera robusta al requerir una mayoría calificada de dos tercios para cualquier acción de destitución. Esta disposición constitucional se erige como una defensa fundamental contra los abusos de poder, asegurando que cualquier intento de juicio político deba ser rigurosamente justificado y ampliamente aceptado. Durante este proceso, las acusaciones presentadas por el Gobierno no cumplían con los criterios constitucionales establecidos para la remoción de jueces, centradas más en desacuerdos con las decisiones judiciales que en situaciones de mal desempeño. Frente a esta situación, los principales partidos de la oposición, Juntos por el Cambio y La Libertad Avanza, objetaron a las acusaciones, impidiendo la formación de la mayoría de dos tercios necesaria en el Senado para llevar a cabo la destitución. Este episodio no solo frustró los esfuerzos del Gobierno, sino que también destacó la importancia de la independencia judicial²⁴ como pilar crítico para el equilibrio de poderes y la resolución de asuntos cruciales en el ámbito gubernamental y público.

3.2 Poncio Pilato y el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023

La emergencia económica ha sido durante mucho tiempo un reto recurrente para los sucesivos Gobiernos argentinos, que a menudo han llevado a la nación al borde del colapso debido a varios problemas críticos: una gobernanza inadecuada, un gasto público excesivo, un desprecio por el valor de la moneda nacional, una falta de disciplina fiscal y una intervención estatal generalizada. Estos problemas se vieron agravados por el populismo, el cual condujo a un despilfarro sustancial.

Argentina ha sufrido crisis similares en 1975, 1989 y 2001, cada una de ellas con importantes dificultades económicas (Bianchi, 2023). A pesar de las graves repercusiones de estos episodios históricos, en las últimas dos décadas la nación ha caído repetidamente en patrones similares, acumulando una serie de regulaciones que aparentemente pretenden resolver estas crisis, pero que, en cambio, a menudo las exacerban.

En respuesta a estos desafíos cíclicos, y a pocos días de asumir, la administración del presidente Javier Milei quiso frenar el exceso de regulación y estimular el comercio y la industria, alineándose con las estrategias empleadas por las naciones prósperas de todo el mundo. Para ello, promulgó un amplio y ambicioso Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/2023. Este decreto, que constó

24 Para una aproximación al concepto de independencia judicial, se sugiere Law (2011b) y, para su estudio en Latinoamérica, se recomienda Helmke (2022).

de 366 artículos, pretendía llevar a cabo reformas radicales en varios sectores, como la desregulación económica, la reforma del derecho administrativo, el derecho laboral, el comercio exterior, la bioeconomía, la minería, la energía, la industria aerocomercial, la justicia, la sanidad, las comunicaciones, el derecho deportivo, el derecho societario, el turismo y el registro de automóviles.

Cabe destacar que los DNU se han convertido en una herramienta legislativa prevalente entre los presidentes argentinos a pesar de su ausencia en el texto original de la Constitución de 1853. A partir de 1983, la utilización de estos decretos, supuestamente excepcional, se expandió en proporción geométrica hasta convertirse en uno de los mecanismos más habituales para eludir al Congreso (Ramírez Calvo, 2023b).

La amplitud y el alcance del DNU 70/2023 han suscitado preocupaciones desmedidas entre los constitucionalistas. Los críticos, evaluando el decreto en abstracto, argumentan que potencialmente le otorga al Ejecutivo una excesiva consolidación de poder, contraviniendo el artículo 29 de la Constitución. Dicen que este nivel de poder ejecutivo recuerda a figuras autoritarias históricas como Juan Manuel de Rosas. Además, existe la preocupación de que el DNU 70/2023 viole el principio de separación de poderes al invadir ámbitos legislativos. Sin embargo, como explica Bianchi (2023), es fundamental destacar que la Ley 26122, que explicita el trámite de aprobación o rechazo de los DNU, fue sancionada por el propio Congreso y se encuentra vigente. Y dado que el Poder Legislativo sigue activo y no ha sido disuelto, aún conserva la facultad de revisar y potencialmente rechazar el DNU a través de su Comisión Bicameral y las posteriores votaciones en ambas cámaras legislativas.

Lo cierto es que los mecanismos institucionales continúan funcionando tal como fueron diseñados. De hecho, la Corte Suprema resolvió recientemente tres planteos contra la constitucionalidad del DNU 70/2023. El primero fue respecto de la pretensión promovida por Jorge Rizzo y la Asociación Civil Gente de Derecho, en donde la Corte concluyó que no había una afectación directa y personal que justificara la intervención judicial, reiterando que la generalidad del estatus de ciudadano o miembro de una asociación no configura por sí solo un interés concreto que habilite la apertura de una controversia judicial.²⁵ Este criterio de exigir un perjuicio directo y diferenciado para los demandantes asegura que el tribunal no actúe como un órgano consultivo general sobre la constitucionalidad de las leyes.

25 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rizzo*, CAF 48194/2023/1/RH1 (2024).

En un caso paralelo, el gobernador de La Rioja, Ricardo Clemente Quintela, interpuso una pretensión declarativa de certeza en un intento por resolver la incertidumbre generada por el mismo DNU, alegando graves perjuicios a la provincia. La Corte, manteniendo su criterio, rechazó la demanda *in limine*, argumentando la falta de una causa actual y concreta que afectara específicamente a la provincia en un modo distinto al de otros entes o individuos.²⁶ Este fallo subraya la posición de la Corte en limitar su función jurisdiccional a disputas donde los derechos en juego están claramente delineados y son específicamente atribuibles a quien los invoca.

Por último, Andrés Gil Domínguez²⁷ buscaba que la Corte Suprema ordenara a las Cámaras del Congreso Nacional que deliberaran y decidieran sobre la validez del DNU 70/2023 dentro de un plazo de treinta días hábiles. Argumentó que, como ciudadano y parte del pueblo argentino, titular de una porción de la soberanía popular, tenía el derecho de exigir que sus representantes cumplieran con sus obligaciones constitucionales y legales de revisar dicho decreto. El Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 1 desestimó la demanda inicialmente por falta de legitimación activa, indicando que no se configuraba un “caso” o “controversia” legítima para la intervención judicial. Gil Domínguez apeló esta decisión mediante un recurso extraordinario por salto de instancia, pero la Corte Suprema también lo rechazó. En su fallo, sostuvo que la condición de Gil Domínguez como ciudadano no le confería legitimación suficiente para demandar en este contexto, ya que no se diferenciaba de la condición general de ciudadano y no demostraba una afectación concreta y particularizada que justificara una acción judicial. La Corte enfatizó que la gravedad institucional mencionada por Gil Domínguez, aunque relevante, no era suficiente para habilitar la intervención judicial en ausencia de un caso o controversia real entre partes. Así, la decisión final fue declarar inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto por Gil Domínguez, manteniendo que las cuestiones relacionadas con el cumplimiento de los procedimientos legislativos por parte del Congreso no son justiciables a menos que se presente una controversia específica que requiera resolución judicial.

Estos casos ilustran a una Corte que actuó como Poncio Pilato. Los textos sagrados del cristianismo relatan que el gobernador condenó a Jesús a morir en la cruz, aunque al principio intentó indultarlo tras la condena a muerte

26 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *La Rioja*, CSJ 2847/2023 (2024).

27 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Gil Domínguez*, CAF 1794/2024/1/RS1 (2024).

que le había impuesto el Sanedrín. Al darse cuenta de que la situación podía estallarle, Pilato decidió lavarse las manos mientras exclamaba: “Inocente soy de la sangre de este justo. Vosotros veréis” (Mateo 27:24), dejando bien claro que él no se hacía responsable de la muerte de Jesús. La Corte hizo algo similar con estos tres casos y, más allá de que las decisiones son ajustadas a derecho, se lavó las manos y esperó que la política juegue su juego. Pero no todos los jueces hablan a través de sus sentencias; Rosatti había deslizado su opinión unos días antes de resolver este trío de casos cuando dijo: “No nos gusta que los temas de la política se judicialicen antes de tiempo” (*El doble mensaje de Rosatti*, 2024, párr. 2). La pregunta que cabe hacerse, entonces, es si la oportunidad temporal para que intervengan los jueces la definen los propios jueces o la política.

La litigiosidad del DNU 70/2023 deja en evidencia la necesidad de una judicialización inmediata de una de las medidas políticas de más alto impacto en los últimos tiempos. A veces, la justicia recurre a doctrinas tradicionales como la existencia de un interés directo y concreto como requisito para la admisión de casos y evitar resolver, por ahora, una situación que debe ser zanjada por el Congreso. Eso refleja una cautela judicial en no sobrepasar su mandato constitucional, actuando solamente cuando es estrictamente necesario para resolver disputas legales genuinas y no cuestiones prematuras de la política. Esta práctica no solo preserva la integridad del sistema judicial, sino que también enfatiza la responsabilidad de las partes para demostrar un perjuicio real y personal que legitime la intervención de los tribunales.

Aunque las reformas introducidas por el DNU 70/23 son en gran medida necesarias y beneficiosas para revertir décadas de declive económico, deben cumplir con las formas constitucionales. Es cierto que muchas de las normas dejadas sin efecto por el DNU fueron promulgadas inicialmente por regímenes no democráticos y que la invocación reiterada de poderes de emergencia se ha utilizado históricamente para pasar por encima de los límites constitucionales, a menudo con el aval judicial (Ramírez Calvo, 2023b). Por desgracia, esta práctica ha incentivado el desgobierno, perpetuando un ciclo de crisis y extralimitaciones. De modo que, si bien el DNU 70/23 puede ser encomiable en términos de intenciones sustantivas, no debe pasarse por alto el respeto por las normas constitucionales y procedimentales. Las formas son tan importantes como la sustancia.

4. La Corte Suprema en clave política

Lograr la unanimidad en la Corte Suprema, especialmente en casos difíciles de interpretación constitucional, se percibe a menudo como un reto insuperable. La dinámica dentro de la Corte refleja lo que sucede en la sociedad, en donde lograr un consenso sobre casi cualquier tema resulta difícil debido a la polarización y fragmentación de opiniones imperantes. Este fenómeno no es exclusivo de Argentina, sino que es común en muchos tribunales colegiados de todo el mundo. Mientras que algunos argumentan que los jueces deben esforzarse por lograr el consenso para evitar emitir opiniones separadas “inútiles” que no se conviertan en ley, otros sostienen que la unanimidad no es necesariamente conducente a mejorar la autoridad de una institución judicial o el apoyo público. En climas políticos y sociales muy cargados, los votos en disidencia pueden a veces reforzar la aceptación de las decisiones judiciales.²⁸ Esto es evidente en las interacciones entre los jueces de la Corte Suprema, en particular el juez Lorenzetti, cuyos frecuentes desacuerdos personales con los jueces Rosatti, Rosenkrantz y Maqueda se reflejan a menudo en las decisiones administrativas y judiciales de la Corte.²⁹

En 2023, la Corte Suprema de Argentina emitió un total de 10024 fallos, lo que supone un aumento del 24,5% respecto a las 8050 sentencias registradas en 2022. En la colección de *Fallos* de la Corte del año pasado, se incorporaron únicamente 210 sentencias, que son aquellas decisiones judiciales en las que los jueces expusieron ampliamente sus opiniones, razonamientos y argumentos. Entre los jueces, Rosatti se destacó con frecuencia como el disidente con mayor cantidad de votos en soledad, con un total de 17 votos disidentes, mientras que el juez Rosenkrantz³⁰ disintió en 13 ocasiones. Sin embargo, Rosenkrantz se destacó por sus 24 votos concurrentes, lo que subraya, desde una perspectiva de la teoría del comportamiento judicial, su evidente necesidad de articular sus puntos de vista de forma distinta a la resolución de la mayoría.³¹ Esta divergencia pone de manifiesto el intrincado equilibrio entre unidad y diversidad de ideología entre los jueces de la Corte, reflejando las complejidades más amplias de la vida social y política argentina.

28 Véase Lau Alberdi (2023b).

29 Véanse, por ejemplo, las disidencias del juez Lorenzetti en las Acordadas CSJN 28/2022, 11/2023, 33/2023 y 18/2024, como también su ausencia en la votación de autoridades registrada en la Acordada CSJN 18/2021, o su voto en soledad en el caso *Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires* en Fallos: 344:3636 (2021).

30 Para una investigación exhaustiva sobre el comportamiento judicial del juez Rosenkrantz durante sus primeros seis años en la Corte Suprema, véase Lau Alberdi (2023a).

31 Véase Alarie y Green (2017), específicamente los capítulos 1, 2, 5 y 8.

El objetivo de este apartado es profundizar en los distintos modos de entender la política en las decisiones más trascendentes de la Corte durante el 2023, año que marca el 160 aniversario de la decisión inaugural del tribunal.³² El análisis se centrará en casos emblemáticos que han influido significativamente en la dinámica del país, ilustrando las enredadas interacciones entre el derecho, la política, la economía y la gobernanza.

4.1 Rueda contra el Arzobispado de la Provincia de Salta

Alba Rueda interpuso una demanda contra el Arzobispado de la Provincia de Salta solicitando la rectificación de sus actas de bautismo y confirmación para reflejar su identidad de género autopercibida y su nuevo nombre legal. Rueda basó su demanda en la Constitución, diversos tratados internacionales de derechos humanos y leyes nacionales específicas, como la Ley de Identidad de Género y la Ley de Protección de Datos Personales. Alegó que los registros actuales no reconocían su identidad de género y que esto constituía una violación de sus derechos fundamentales.

El Arzobispado de Salta denegó la solicitud argumentando que los registros sacramentales se rigen por el derecho canónico y que, según el Concordato de 1966 entre la Santa Sede y la República Argentina, el Estado carece de jurisdicción para intervenir en estos asuntos internos de la Iglesia. Además, argumentó que estos registros no son una base de datos según la ley de protección de datos y que su alteración atentaría contra la libertad religiosa. Como solución, propusieron hacer una anotación marginal en la partida de bautismo con el nuevo nombre de Rueda, pero sin cambiar el sexo original registrado.

La Corte Suprema, en una decisión unánime,³³ confirmó la decisión del tribunal inferior, rechazando la demanda de Rueda. El tribunal hizo hincapié en la autonomía de la Iglesia católica, garantizada por el Concordato de 1966, para regular sus asuntos internos sin injerencias estatales. Además, subrayó que los registros sacramentales son de naturaleza intrínsecamente religiosa y, por lo tanto, caen bajo la jurisdicción exclusiva de la Iglesia, quedando fuera del alcance de los tribunales civiles.

La Corte también subrayó el principio de neutralidad religiosa del Estado

32 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Miguel Otero*, Fallos: 1:17 (1863).

33 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Alba Rueda c. Arzobispado de Salta*, Fallos: 346:333 (2023).

que había desarrollado unos años antes en el caso Castillo,³⁴ argumentando que esto impide que el Gobierno interfiera en la doctrina y las prácticas religiosas, garantizando así la libre práctica de todas las religiones. Destacó la incompatibilidad entre las jurisdicciones civil y canónica, señalando que el derecho civil, incluida la Ley de Identidad de Género, no puede imponerse en el contexto de las normas eclesíásticas internas.

Este caso estableció la doctrina de que los registros sacramentales de la Iglesia católica son asuntos internos regulados exclusivamente por el derecho canónico y protegidos por el Concordato de 1966, por lo que no están sujetos a la jurisdicción civil. Sin embargo, cuando los poderes políticos no solucionan estas cuestiones con directrices claras y terminan en los tribunales, queda en evidencia una omisión en el debate político y legislativo que debería encargarse de actualizar y clarificar el marco legal de esa separación entre Iglesia y Estado con sus ámbitos de autonomía.

4.2 Evolución Liberal contra la Provincia de San Juan

En la provincia de San Juan, la controversia se centró en la elegibilidad de Sergio Mauricio Uñac para buscar otro mandato como gobernador en las elecciones de 2023. La Constitución de San Juan estipula que el gobernador y el vicegobernador pueden ser reelegidos consecutivamente hasta dos veces. Uñac fue vicegobernador de 2011 a 2015 y luego gobernador por dos períodos consecutivos, de 2015 a 2023.

La disputa legal surgió cuando el Tribunal Electoral de San Juan autorizó la candidatura de Uñac para las elecciones de 2023. Sergio Guillermo Vallejos Mini, en representación del partido Evolución Liberal, sostuvo que esa autorización violaba las restricciones constitucionales a las reelecciones, dados los tres períodos consecutivos de Uñac en cargos ejecutivos, incluido su mandato como vicegobernador.

Vallejos Mini solicitó que se aclarase esta ambigüedad y pidió una medida cautelar para suspender las elecciones hasta que la cuestión pudiera resolverse. La Corte Suprema intervino, suspendiendo temporalmente las elecciones, y el 9 de mayo hizo lugar a la solicitud de medida cautelar de Vallejos Mini, por lo que suspendió las elecciones previstas para gobernador y vicegobernador el 14

34 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Castillo c. Provincia de Salta*, Fallos: 340:1795 (2017).

de mayo de 2023.³⁵ La Corte fundamentó su decisión en la necesidad de resolver la inseguridad jurídica sobre la elegibilidad de Uñac para un nuevo mandato tras sus anteriores mandatos consecutivos. La decisión enfatizó el imperativo de mantener el principio republicano de gobierno y prevenir potenciales violaciones constitucionales antes de que se produjeran las elecciones.

El 1 de junio, la Corte amplió su análisis, considerando los argumentos de ambas partes.³⁶ Evaluó a fondo el artículo 175 de la Constitución provincial frente al principio republicano federal. Las deliberaciones se centraron en si permitirle a Uñac presentarse a un cuarto mandato infringía los límites a la reelección que existen para evitar la consolidación del poder y garantizar la alternancia gubernamental.

La Corte citó precedentes relevantes para argumentar que las interpretaciones de las constituciones provinciales deben alinearse con la Constitución Nacional, enfatizando que la autonomía provincial no debe contravenir los principios republicanos y democráticos nacionales establecidos. Si bien reconoció la soberanía provincial en materia de organización gubernamental, insistió en que dicha soberanía debe ajustarse al marco de gobierno republicano y representativo ordenado por la Constitución Nacional.

En sus decisiones, la Corte Suprema demostró su inquebrantable compromiso de garantizar un proceso electoral justo y acorde con las disposiciones constitucionales, subrayando la necesidad de salvaguardar los principios fundacionales del sistema republicano y representativo, especialmente en contextos electorales. La suspensión de las elecciones no se le atribuyó al tribunal, sino a los candidatos que intentaban eludir los límites establecidos por las constituciones provinciales para mantener el poder. La mera invocación de la democracia no legitima los incumplimientos constitucionales, ya que la única democracia legítima es la estructurada por la propia Constitución. La democracia liberal de la Constitución exige el estricto cumplimiento de sus cláusulas. Cualquier pretendido ejercicio de soberanía popular que vaya en contra de las normas constitucionales no es auténtica democracia, sino algo así como autoritarismo encubierto (Ramírez Calvo, 2023a).

35 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Evolución Liberal contra San Juan*, Fallos: 346:461 (2023).

36 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Evolución Liberal contra San Juan*, Fallos: 346:543 (2023).

4.3 Partido por la Justicia Social contra la Provincia de Tucumán

Al igual que en el caso anterior, la Corte se metió en el barro de una contienda electoral provincial en torno a la candidatura de Juan Luis Manzur a vicegobernador. Manzur, que anteriormente había desempeñado funciones ejecutivas tanto de gobernador como de vicegobernador, fue impugnado alegando que su candidatura podría violar los límites constitucionales a la reelección, concebidos para impedir las reelecciones consecutivas más allá de dos mandatos.

El meollo de la controversia residía en la aplicación de la Constitución provincial en consonancia con el mandato constitucional nacional que establece el principio republicano de gobierno. Este principio subraya la necesidad de alternancia en el poder, fundamental para evitar su consolidación y garantizar una gobernanza democrática dinámica. El caso planteó importantes dudas constitucionales sobre la interpretación y aplicación de los límites de los mandatos, esenciales para mantener la salud y la integridad de la forma republicana de gobierno.

El 9 de mayo de 2023, reconociendo la inminencia de la fecha electoral y las posibles crisis constitucionales que podrían derivarse de una candidatura impugnada, la Corte dictó una medida cautelar para suspender las próximas elecciones a gobernador y vicegobernador.³⁷ Esta decisión no se limitó a abordar el desafío legal planteado por la candidatura de Manzur, sino que fue también una afirmación más amplia del papel del tribunal en la salvaguarda del marco constitucional.

Posteriormente, el 16 de mayo de 2023, tras la renuncia de Manzur a la candidatura y la aceptación de esta decisión por parte de la Junta Electoral Provincial, las circunstancias que inicialmente hicieron necesaria la suspensión se habían alterado significativamente. La Corte levantó la suspensión, en tanto se había dado el cese de las condiciones que dieron lugar a su decisión inicial, y permitió que el proceso electoral siguiera adelante.

La decisión del tribunal pone de relieve el delicado equilibrio que debe mantener el Poder Judicial en una república no sólo interpretando la ley, sino también velando activamente por que los procesos electorales no socaven los propios principios que definen una sociedad democrática. El principio de alternancia impide que un solo individuo se atrinchiere indefinidamente en el poder, lo que es vital para la vitalidad de cualquier sistema democrático. Refleja un entendimiento fundamental de que la verdadera democracia implica algo más que votar: requiere la adhesión a normas constitucionales que salvaguar-

37 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Partido por la Justicia Social c. Tucumán*, Fallos: 346:489 (2023).

den la renovación cíclica del liderazgo, garantizando que la gobernanza siga respondiendo y rindiendo cuentas al electorado.

La gestión de este caso por la Corte Suprema subraya así la importancia de la supervisión judicial para proteger las normas y principios democráticos, en particular la necesidad de alternancia en el poder, que es fundamental para el funcionamiento de una república sana. De este modo, se garantiza que las elecciones no sean meras formalidades procedimentales, sino ejercicios democráticos sustantivos que respeten los límites constitucionales establecidos para promover la gobernabilidad.

4.4 Luis Juez y el Consejo de la Magistratura

Este caso brinda un claro ejemplo del rol de la Corte Suprema en la resolución de disputas complejas con altos problemas de cumplimiento por parte de actores públicos, explícitamente en relación con la interpretación de las leyes que rigen la composición del Consejo de la Magistratura. Este órgano, que debería desempeñar un papel crítico en el mantenimiento de la integridad judicial en Argentina, ya que supervisa la selección, administración y disciplina de los jueces, ha generado más problemas que soluciones. Una mala técnica de los convencionales constituyentes en 1994 dejó un derrotero de casos tratados de manera distinta por la Corte con integraciones también distintas.

El conflicto surgió cuando los senadores Humberto Luis Schiavoni y Luis Alfredo Juez impugnaron las designaciones de los senadores Claudio Martín Doñate y Anabel Fernández Sagasti para integrar el Consejo de la Magistratura. Los recurrentes argumentaron que estas designaciones fueron el resultado de una deliberada y estratégica división dentro de su bloque político, Frente de Todos, con la intención de manipular la composición del Consejo para asegurar una influencia desproporcionada para ciertas facciones dentro del Senado.

La impugnación iniciada por Schiavoni y Juez fue inicialmente desestimada en una instancia inferior, pero la Cámara de Apelaciones revocó esta decisión, reconociendo la preocupación de los recurrentes por la manipulación de la representación legislativa en el Consejo. Esto llevó a la intervención de la Corte Suprema, que giró en torno a varios puntos clave del derecho constitucional y administrativo. Examinó si la división del bloque Frente de Todos era legítima o una mera maniobra táctica para influir en la composición del Consejo de la Magistratura.³⁸

38 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Luis Alfredo Juez c. Cámara de Senadores*, Fallos: 346:1462 (2023).

Los jueces determinaron que tal manipulación —crear nuevos sub-bloques para alterar la representación— era inaplicable a efectos de la composición del Consejo. El tribunal reiteró que la ley que rige la composición del Consejo fue concebida para garantizar una representación equilibrada de las diversas fuerzas políticas en el Senado. Al alterar las estructuras de bloques, se estaba subvirtiendo la intención original de la ley, lo que la Corte no podía sancionar. La decisión subrayó la responsabilidad del Poder Judicial de defender la Constitución frente a las usurpaciones de otros poderes del Estado. También subrayó la importancia de mantener la independencia de este poder, garantizando que el proceso de selección de los miembros del Consejo estuviera libre de manipulaciones políticas.

Este caso es un buen ejemplo de la compleja interacción entre el derecho y la política en Argentina y pone de relieve el papel estratégico desempeñado por la Corte. Al insistir en la adhesión a la doctrina del *staredecisis*, la Corte defendió la interpretación correcta de las estructuras jurídicas que rigen una institución política que ha sido objeto de un intenso escrutinio público y de críticas por parte de académicos y representantes de la política.

5. El dilema agente-principal y las funciones de supervisión y coordinación de los tribunales

En las secciones anteriores, quedó expuesta una descripción empírica de la realidad política argentina, pero no la importancia de reinterpretar esta realidad para mejorarla.³⁹ Por ello, considero que es esencial proponer un nuevo enfoque para abordar la judicialización de la política, y esto es a través del dilema agente-principal de la teoría política.⁴⁰ En este marco, los tribunales no solo resuelven conflictos, también desempeñan funciones de supervisión y coordinación que son fundamentales para mantener la soberanía popular. Al actuar como monitores, proporcionan información esencial y de bajo costo sobre las acciones gubernamentales, permitiéndole así a la ciudadanía ejercer un control

39 Shapiro (1993) contrasta la “tarea positivista estándar de la ciencia política” con la “confusión masiva y deliberada del ser y el debe ser” que caracteriza “la mayor parte de la academia jurídica producida en las facultades de derecho” en el ámbito del derecho público (p. 374).

40 El problema principal-agente, según se desarrolla en la teoría política y económica, describe una dinámica donde una parte, el “principal”, delega la autoridad para tomar decisiones a otra parte, el “agente”. Esta relación se complica por las diferencias en los intereses y la información asimétrica entre las dos partes. El principal, que en este contexto es el *demos* o el pueblo, establece un gobierno a través de un contrato, la constitución, y espera que el Gobierno, como su agente, actúe en su

informado y coordinado sobre su gobierno. Este enfoque reconoce la capacidad de los tribunales para influir y organizar la respuesta popular ante la conducta gubernamental, fortaleciendo el tejido de la democracia y asegurando que el poder político se mantenga alineado con la voluntad y los intereses del pueblo.

La Corte Suprema ha ocupado durante mucho tiempo un papel central y a menudo controvertido en la configuración de la vida política. En nuestro país, por ejemplo, ha convalidado en reiteradas oportunidades la confiscación de los depósitos por decretos de necesidad y urgencia,⁴¹ estableció los contornos del derecho de privacidad en el consumo personal de estupefacientes,⁴² permitió el divorcio vincular con reaptitud nupcial,⁴³ avaló regulaciones transitorias sobre el derecho de propiedad—como el congelamiento de alquileres— para proteger el bienestar social y económico general,⁴⁴ entre otras. En los Estados Unidos, la Suprema Corte también ha tenido un rol protagónico definiendo los asuntos más importantes y trascendentes para la vida en sociedad; ejemplo de ellos son el aborto,⁴⁵ el matrimonio igualitario,⁴⁶ casos sobre libertad de expresión y libertad religiosa⁴⁷ o incluso la portación de armas.⁴⁸

mejor interés y conforme a las reglas establecidas en dicho contrato.

La esencia del dilema principal-agente es cómo el principal puede asegurarse de que el agente actúe en su favor y no en beneficio propio o en contra de los intereses del principal, especialmente cuando el principal no puede monitorizar completamente las acciones del agente. Este problema se agudiza por la posibilidad de que el agente posea o adquiera información que el principal no tiene, lo cual puede llevar al agente a tomar decisiones que el principal no puede evaluar adecuadamente. Martin Shapiro (2002, p. 182) plantea que, al crear la constitución y establecer el gobierno, el demos enfrenta este clásico problema principal-agente. El desafío principal es cómo se asegura que el Gobierno cumpla con los términos del “contrato” constitucional. En otras palabras, ¿cómo puede el pueblo asegurarse de que el gobierno respete los límites y los mandatos establecidos en la constitución y no abuse de su poder?

- 41 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Peralta*, Fallos: 313:1513 (1990); *Bustos*, Fallos: 327:4495 (2004).
- 42 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bazterrica*, Fallos: 308:1392 (1986); *Arriola*, Fallos: 332:1963 (2009).
- 43 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean*, Fallos: 308:2268 (1986).
- 44 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ercolano*, Fallos: 136:161 (1922).
- 45 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, y, más recientemente, *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022).
- 46 *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).
- 47 *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963); *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao Do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006); *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010); *Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul, Home, v. Pennsylvania*, 591 U.S. ____ (2020); *Fulton v. City of Philadelphia*, 593 U.S. ____ (2021); *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. ____ (2022); y, más recientemente, el caso 303 *Creative LLC v. Elenis*, 600 U. S. ____ (2023).
- 48 *District of Columbia v. Heller*, 554 U. S. 570, *McDonald v. Chicago*, 561 U. S. 742 y, más recientemente,

En este marco, la base de nuestro sistema constitucional, cuyos principios fundamentales copiamos de los Estados Unidos, fue resumida magníficamente por James Madison en *The Federalist* N° 51:

¿Qué es el gobierno sino el mayor reproche a la naturaleza humana? Si los hombres fueran ángeles no sería necesario ningún gobierno. Si los ángeles gobernarán a los hombres, no serían necesarios controles externos ni internos al gobierno. Al diseñar un gobierno que será ejercido por hombres respecto de hombres, la gran dificultad radica en esto: primero se debe permitir al gobierno controlar a los gobernados y, acto seguido, obligarlo a que se controle a sí mismo. (Madison, 2015, p. 253)

El principio esencial de ese sistema de gobierno ideado por Madison y adoptado por nuestros constituyentes es que a todo poder gubernamental debe contraponerse un control, es decir, la existencia misma de frenos y contrapesos entre los distintos poderes de gobierno.

No son pocos quienes consideran que el Poder Judicial —especialmente la Corte Suprema— es vital para la preservación de los derechos individuales, la democracia, el federalismo y otros valores constitucionales. Al menos idealmente, la Corte sirve de importante contrapeso a los impulsos mayoritarios, salvaguarda la constitución y contribuye a garantizar el Estado de derecho. Pero ¿acaso la Corte Suprema no ha ejercido demasiado poder en nuestro sistema de gobierno constitucional al interferir o tomar el control de asuntos que deberían ser resueltos por los poderes electos y el proceso político? Según este último punto de vista, la Corte se ha convertido en un obstáculo para la realización de importantes objetivos sociales y ha socavado la capacidad del Congreso y de otros actores políticos con la excusa de erigirse en guardiana protectora de los derechos de los individuos.⁴⁹

Para estos críticos, el carácter fundamentalmente “contramayoritario” de la Corte está en tensión con los compromisos básicos de una democracia; un poder judicial no electo, en esta opinión, actúa antidemocráticamente cuando invalida los actos de los órganos representativos elegidos democráticamente (Bickel, 1962, p. 16).⁵⁰ Esta noción de que el control de constitucionalidad

New York State Rifle and Pistol Association v. Bruen, 597 U.S. ____ (2022).

49 Véanse Doerfler y Moyn (2021), Thayer (1893, p. 144) y Bork (1996).

50 Alexander Bickel (1962) introdujo el término de la dificultad contramayoritaria. Para profundizar en las críticas de la academia a la supremacía judicial, véanse, por ejemplo, Kramer (2004, pp. 249-53), Tushnet (1999, p. 177) y Whittington (2002, p. 789). En defensa, véase Alexander y Schauer

plantea una “dificultad contramayoritaria” se ha convertido en la base sobre la que descansa la teoría constitucional contemporánea.⁵¹ Desde entonces, el derecho constitucional ha estado dominado por la pregunta de si es apropiado que los jueces desautoricen la voluntad de una mayoría.

Para algunos, el problema es también que los jueces de la Corte Suprema casi siempre provienen de la élite y, por lo tanto, no son suficientemente representativos de la población en su conjunto (Powe, 2009). Los que critican el poder de la Corte Suprema hacen hincapié en que, cuando el tribunal actúa para invalidar leyes, sus decisiones tienen un grado inusualmente alto de fuerza para los estándares globales (Tushnet, 2009, p. 21). Esta potencia se deriva en parte del concepto de “supremacía judicial”.⁵² Es decir, la Corte ha sostenido que tiene la última palabra sobre la interpretación constitucional y que sus decisiones vinculan no sólo a las partes en un caso particular, sino también a las acciones futuras del presidente, el Congreso y las provincias.⁵³ Sin embargo, la idea de que los jueces son los intérpretes exclusivos de la Constitución no viene exigido explícitamente por el texto de la Constitución ni por el sistema de control de constitucionalidad que adoptó nuestro país del modelo norteamericano (García-Mansilla, 2023c).

Entender a los tribunales como instituciones encargadas de la elaboración e implementación de políticas públicas es un error. Una cosa es que los jueces tengan la capacidad de dar una respuesta a un conflicto que la política no soluciona y otra muy distinta es que lleven adelante una agenda política. El derecho y la política, aunque distintos, operan en una misma arena. Definir sus contornos en términos precisos permite diseñar instituciones para que sean altamente insensibles a los cambios en su entorno político y altamente consistentes a lo largo del tiempo en sus preferencias políticas. En comparación con

(1997, p. 1362).

51 Cfr., por ejemplo, Tribe (2000, pp. 302-311), observando que, por décadas, “many of the most prominent, and most skillful, constitutional theorists [have] treated the question of the legitimacy of judicial review as itself the central problem of constitutional law” (p. 302); Friedman (2002), destacando que “the central obsession of constitutional theory” has been, and remains, “the inconsistency between judicial review and democracy” (p. 155).

52 Véase Greene (2008, p. 888) reseñando la obra de Keith Whittington (2007).

53 En los Estados Unidos, véanse *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 18 (1958); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 705 (1974); *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, 516 (1997); *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 616 n. 7 (2000). En la Argentina, véanse Corte Suprema de Justicia de la Nación, *D. Miguel Otero*, Fallos: 1:17 (1863), pp. 23-24; *Ríos*, Fallos: 1:32 (1863), p. 37; *Calvete*, Fallos: 1:340 (1864), p. 348; *Domingo Mendoza*, Fallos: 3:131 (1865); *Caffarena*, Fallos: 10:427 (1871), p. 436; *Avegno*, Fallos: 14:425 (1874), p. 432.

otras instituciones que formulan políticas públicas, es probable que los tribunales ya se caractericen por niveles relativamente altos de insensibilidad política y estabilidad institucional, debido a la aceptación de la noción de independencia judicial, el respeto por la ley y el compromiso con los precedentes de la Corte Suprema. Desde una perspectiva de diseño, la manipulación de los tribunales no es un acto revolucionario, sino más bien un ejercicio de acentuación de características que los tribunales ya poseen en un grado considerable. No hay nada único o especial en los tribunales como instituciones, o en los tribunales federales en particular, que los haga inmunes a la manipulación estructural. El Poder Judicial federal puede ser una burocracia con características muy distintivas, pero no deja de ser una burocracia, y como burocracia puede ser potencialmente manipulada. La estabilidad política y la capacidad de respuesta política de una burocracia no son constantes, sino variables que pueden manipularse (Law, 2011a, pp. 790-93).

Los politólogos llevan mucho tiempo sosteniendo que la naturaleza del proceso de nombramiento de los jueces federales garantiza, en palabras de Robert Dahl (1957), que “las opiniones políticas dominantes en la Corte nunca están mucho tiempo fuera de línea con las opiniones políticas dominantes de las mayorías legislativas” (p. 285). Muchos han señalado también que la relación entre los políticos que supuestamente hablan en nombre de las mayorías populares y los jueces (no elegidos popularmente) que supuestamente las frustran suele ser de cooperación y beneficio mutuo, más que de enfrentamiento. Existe un “consenso emergente” entre los académicos que trabajan en la intersección entre el derecho y la ciencia política, en el sentido de que los funcionarios electos a menudo tienen razones estratégicas de interés propio no sólo para consentir, sino incluso para alentar que las cuestiones políticas importantes sean resueltas por tribunales independientes y poderosos (Ginsburg, 2003, pp. 21-33; Graber, 2006, p. 6; Hirschl, 2004; Whittington, 2006).

Los tribunales desempeñan funciones que son cruciales para el mantenimiento de la soberanía popular. Una Corte Suprema, con poder de controlar la constitucionalidad de las normas, realiza funciones de control, señalización y coordinación que facilitan el ejercicio del control sobre el Gobierno. La relación entre el Poder Judicial y el Gobierno no es antagónica, sino simbiótica. Por un lado, al transmitir información relevante sobre la mala conducta del Gobierno de forma pública, los tribunales le permiten al pueblo controlar a su Gobierno de forma informada y coordinada. Por otro lado, la amenaza de que el Poder Judicial haga sonar la alarma, a su vez, le da al Gobierno un incentivo

tanto para obedecer los límites constitucionales en primer lugar como para cumplir con las resoluciones judiciales adversas (Law, 2009, p. 730).

En un sistema de gobierno constitucional basado en la soberanía popular, el pueblo instituye y delega colectivamente el poder en un Gobierno, en particular el monopolio del uso legítimo de la fuerza. Los términos y condiciones de esta delegación de poder soberano constituyen la constitución de un país. Se supone que el Gobierno, como agente del pueblo, ejerce su poder de acuerdo con estos términos y condiciones y en el mejor interés del pueblo. Pero los intereses del principal y del agente pueden divergir. Las personas a las que se les ha confiado el poder público pueden violar los términos de la delegación de varias maneras: pueden hacerse con más poder del que se les ha confiado, por ejemplo, o volver el poder que se les ha otorgado en contra del pueblo.

La ciudadanía se enfrenta así al reto de ejercer un control efectivo sobre un Gobierno potencialmente traicionero. Una constitución suele establecer mecanismos por los que el pueblo puede ejercer ese control de forma pacífica, como elecciones competitivas y un proceso de reforma de la propia constitución, pero éstos no son inmunes al sabotaje o al fracaso. En casos extremos de fracaso constitucional, el pueblo puede unirse para derrocar a un Gobierno que ha bloqueado los mecanismos ordinarios de control popular: ningún Gobierno puede resistir un levantamiento concertado de toda la ciudadanía. Sin embargo, existen importantes obstáculos potenciales para cualquier ejercicio efectivo del poder popular sobre el Gobierno. Uno de ellos es un problema de información: el pueblo no puede responder al mal comportamiento del Gobierno si no es consciente de que algo está sucediendo. Otro es un problema de acción colectiva o de coordinación: incluso si el pueblo actuando conjuntamente es capaz de derrocar al Gobierno, dicha acción puede requerir una coordinación generalizada que puede ser difícil de conseguir.

El problema de la información es muy relevante. La información jurídica no es fácil de obtener y absorber para el ciudadano de a pie.⁵⁴ Por lo tanto, sólo cabría esperar que una pequeña parte de la población conozca lo que está sucediendo. ¿Quién, entonces, podría llenar el vacío informativo? ¿La academia jurídica? ¿Los medios de comunicación? Los profesores de derecho podrían te-

54 Véase, por ejemplo, Ellisckson (1991, p. 281), quien observa que en un mundo de información costosa no se puede suponer un conocimiento generalizado de la ley y argumentar que la gente puede confiar en las normas sociales y los sistemas informales de control social en lugar de la ley y la aplicación legal, en parte porque la experiencia legal es rara y costosa de obtener. Además, señala que la gente puede elegir en contra de la ley para evitar los costos administrativos de encontrar la ley o aprender sus tecnicismos (p. 252).

ner los conocimientos necesarios, pero seguramente carecerían de los recursos suficientes para supervisar la actividad gubernamental. Los medios de comunicación, por el contrario, poseen mayores recursos de investigación, pero generalmente carecen de los conocimientos jurídicos apropiados (Law, 2009, p. 743).

Es ahí donde los tribunales ofrecen una solución a ambos problemas. En primer lugar, en teoría, los jueces proporcionan información fiable y de bajo costo sobre la constitucionalidad de la conducta del Gobierno. Un tribunal que ejercita el control de constitucionalidad desempeña la función de un denunciante o de una alarma de incendios: advierte al pueblo si su Gobierno se ha extralimitado en el ejercicio de los poderes que le han sido delegados. En segundo lugar, los tribunales pueden coordinar la acción popular contra los Gobiernos usurpadores, generando creencias y conocimientos comunes tanto sobre la constitucionalidad de la conducta gubernamental como sobre la forma en que reaccionarán los demás ciudadanos. Es poco probable que la gente actúe abiertamente contra un Gobierno a menos que crea que otros también lo harán: es una locura rebelarse en solitario contra un régimen despótico. Lo que necesitan es una señal de que ha llegado el momento de actuar. La Corte puede dar esa señal fallando públicamente contra el Gobierno. El contenido sustantivo de la sentencia influye en nuestras creencias sobre si hay motivos para actuar contra el gobierno. Sin embargo, el hecho de que la sentencia sea pública influye en nuestras creencias sobre cómo es probable que piensen y actúen los demás. La Corte hace posible una acción coordinada contra el Gobierno al influir en ambos tipos de creencias a la vez (Law, 2009, pp. 731-732).

En el contexto de la supervisión y coordinación judicial, los tribunales ejercen funciones cruciales que le facilitan al pueblo la supervisión del cumplimiento gubernamental de los límites constitucionales y la coordinación de acciones contra Gobiernos que usurpan poderes no concedidos. En primer lugar, los tribunales actúan como entidades de alerta temprana, proporcionándole al *demos* información accesible acerca de las posibles extralimitaciones del Gobierno en el ejercicio de los poderes que le fueron delegados. Esta función es análoga a la de un denunciante o una alarma contra incendios, alertando sobre problemas jurídicos antes de que estos consuman la estructura de gobierno. En segundo lugar, los tribunales tienen la capacidad de coordinar la acción popular contra regímenes autocráticos, facilitando así un mecanismo por el cual los ciudadanos pueden unirse en oposición a un Gobierno tiránico, siempre y cuando crean que otros también lo harán. La emisión de sentencias públicas y contundentes contra el Gobierno actúa como una señal que puede unificar la

respuesta del público. Esta sinergia entre las funciones de supervisión y coordinación ilustra por qué los Gobiernos, a pesar de su falta de poder “de la espada y de la bolsa”, generalmente se adhieren a los fallos de la justicia.

Sin embargo, los tribunales se autolimitan cuando recurren a la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, que efectivamente excluye del escrutinio judicial ciertas actividades del Ejecutivo o del Legislativo. Aunque esta doctrina a veces se justifica como una manifestación de respeto por el proceso democrático y la separación de poderes, paradójicamente puede socavar el control democrático al privarle al público de información esencial sobre la conducta de sus gobernantes. Es aquí donde la ironía de la autolimitación judicial se hace evidente, pues protege menos al *demos* y más a las estructuras de poder existentes.

Por último, existen motivaciones estratégicas significativas detrás de la decisión de un tribunal de limitar su jurisdicción. Estas autolimitaciones pueden estar motivadas por un deseo de autopreservación y por el temor de que las decisiones judiciales sean ignoradas por otros actores políticos. No obstante, es cuestionable si las restricciones a la justiciabilidad sirven como un medio efectivo de autopreservación judicial. Evitar casos controvertidos o políticamente significativos a través de la doctrina de la cuestión política no justiciable puede, de hecho, ser una estrategia contraproducente para un tribunal que busca consolidar su autoridad. Contrario a la sabiduría convencional, en la medida en que sean respetadas, las decisiones controvertidas tienden a fortalecer, en lugar de debilitar, el poder de un tribunal. Un tribunal genuinamente estratégico, a diferencia de uno meramente cauteloso, reconocerá que su contexto político se caracteriza tanto por los riesgos como por las oportunidades de consolidar su influencia (Law, 2009, pp. 793-800).

6. Conclusión

La judicialización de las cuestiones políticas se ha convertido en un refugio estratégico para actores políticos que desean eludir la responsabilidad de tomar decisiones complejas en el ámbito moral y político. Esta transferencia de responsabilidades del dominio democrático representativo al judicial implica que las controversias políticas se reinterpretan como cuestiones jurídicas, lo cual conlleva que sean los jueces y tribunales, y no los representantes electos en foros de toma de decisiones mayoritarias, quienes asuman el papel de árbitros finales. Este fenómeno ha sido tácitamente apoyado y, en algunos casos, activamente fomentado por actores políticos que representan a las élites hege-

mónicas y los intereses establecidos, quienes ven en el constitucionalismo y la revisión judicial un mecanismo eficaz para mitigar riesgos y perpetuar el *status quo* institucional favorable a sus intereses (Hirschl, 2004, p. 213).

Tal como ha quedado demostrado con los casos de estudio seleccionados de la realidad política argentina, la Corte Suprema mostró durante 2023 una predisposición notable para emitir fallos que se alinearon con las metanarrativas nacionales. Esta inclinación refleja la observación de Robert Dahl (1957, p. 291), quien señaló que es poco realista suponer que un tribunal sostenga por largo tiempo principios de derechos de justicia que diverjan sustancialmente de los de la elite política predominante. Aunque se pueda considerar a dicho tribunal como un “foro de principios” en el discurso jurídico, como sostiene Ronald Dworkin, los principios que predominan en sus decisiones suelen ser aquellos que favorecen a las élites gobernantes. La jurisprudencia analizada ilustra que este fenómeno no es una excepción, sino más bien una norma generalizada.

Adicionalmente, la atribución de poderes decisivos a los tribunales, en lugar de a los poderes Legislativo y Ejecutivo, puede resultar atractiva para los titulares del poder político por varias razones. Estas incluyen la búsqueda de apoyo público al aprovechar la imagen de la Corte Suprema como una institución profesional y apolítica, la prevención de disputas en ámbitos de decisión democráticos que puedan comprometer sus preferencias políticas o la percepción de que el respeto por los límites impuestos por un Poder Judicial fortalecido podría mejorar su posición estratégica frente a elementos políticos rivales y sus ideologías o preferencias políticas alternativas.

Por tanto, se puede concluir que la constitucionalización de derechos y el establecimiento del control judicial no se originan, en su mayoría, de un compromiso auténtico con ideales progresistas de justicia social o con concepciones elevadas de los derechos universales. Más bien, estos procesos suelen ser implementados como estrategias para mantener el *status quo* social y político, bloqueando efectivamente cualquier intento serio de cuestionarlo. Esta instrumentalización del Poder Judicial demuestra un aspecto crítico de la interacción entre derecho y política en contextos donde la soberanía popular está mediada no solo por mecanismos electorales, sino también por estructuras judiciales que potencialmente perpetúan las dinámicas de poder existentes.

Bibliografía

- Alarie, B. y Green, A. (2017). *Commitment and Cooperation on High Courts. A Cross-Examination of Institutional Constraints on Judges*. Oxford University Press.
- Alberdi, J. B. ([1852] 1998). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Ciudad Argentina ed.
- Alexander, L. y Schauer, F. (1997). On Extrajudicial Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, 110(7), 1359-1387.
- Ashenfelder, O., Eisenberg, T. y Schwab, S. J. (1995). Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes. *The Journal of Legal Studies*, 24(2), 257-282.
- Barkow, R. E. (2002). More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy. *Columbia Law Review* 102(2), 237-336.
- Bianchi, A. B. (2019). *La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado*. Cathedra Jurídica.
- Bianchi, A. B. (23 de diciembre de 2023). El megadecreto de Milei frente al espejo de la Constitución. *La Nación*. <https://perma.cc/9BHP-UM85>.
- Bickel, A. M. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Bobbs-Merrill.
- Bork, R. H. (1996). *The End of Democracy? Our Judicial Oligarchy*. First Things. <https://perma.cc/WN2S-MD93>.
- Bradley, C. A. y Posner, E. A. (2023). The Real Political Question Doctrine. *Stanford Law Review*, 75(5), 1031-1090.
- Brennan, W. J. (Jr.). (1986). The Constitution of the United States: Contemporary Ratification. *South Texas Law Review*, 27, 433-445.
- Cameron, C. M. y Kastellec, J. P. (2023). *Making the Supreme Court. The Politics of Appointments, 1930-2020*. Oxford University Press.
- Chung, A. (24 de septiembre de 2019). *U.S. Supreme Court Not Politicized, Says Chief Justice Roberts*. Reuters. <https://www.reuters.com/article/us-usa-court-chiefjustice/us-supreme-court-not-politicized-says-chief-justiceroberts-idUSKBN1WA08F>.
- Cooper, P. (1988). *Hard Judicial Choices*. Oxford University Press.
- Cross, F. B. (2007). *Decision Making in the U.S. Court of Appeals*. Stanford University Press.
- Dahl, R. A. (1957). Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, 6(2), 279-295.
- De Tocqueville, A. (1837). *De la Democracia en la América del Norte por Alejandro de Tocqueville, Abogado de la Real Audiencia de París* (Trad. A. Sánchez de Bustamante). Imprenta de A. Everat y Cia.
- Díaz Solimine, O. L. (Dir.). (2020). *El margen nacional de apreciación*. Astrea.
- Doerfler, R. y Moyn, S. (2021). Democratizing the Supreme Court. *California Law Review*, 109(5), 1703-1772.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Duckworth.
- El doble mensaje de Rosatti*. (11 de abril de 2024). Página 12. <https://perma.cc/V6MS-ECCX>.
- Ellickson, R. C. (1991). *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*. Harvard University Press.
- Ely, J. H. (1980). *Democracy and Distrust*. Harvard University Press.
- Evans, E. A. (1948). Political Influences in the Selection of Federal Judges. *Wisconsin Law Review*, 1948(3), 330-351.
- Finkelstein, M. (1924). Judicial Self-Limitation. *Harvard Law Review*, 37(3), 338-364.

- Fiss, O. M. (1979). Foreword: the forms of justice. *Harvard Law Review* 93(1), 1-59.
- Friedman, B. (2002). The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five. *Yale Law Journal*, 112(2), 153-260.
- García-Mansilla, M. J. (2004). Separation of Powers Crisis: The Case of Argentina. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 32(2), 307-391.
- García-Mansilla, M. J. (2023a). *Alexis de Tocqueville y el mal llamado 'juicio político'*. En Disidencia. <https://perma.cc/NUH4-D7KM>.
- García-Mansilla, M. J. (2023b). Aportes inéditos sobre la historia del Congreso General Constituyente de 1853. Homenaje a 170 años de la sanción de la Constitución Nacional. *Revista Jurídica Austral*, 4(1), 9-85. <https://doi.org/10.26422/RJA.2023.0401.gar>.
- García-Mansilla, M. J. (2023c). El origen del control judicial de constitucionalidad en la Argentina. *El Derecho*. Suplemento Especial La Corte Suprema: 160 años de Jurisprudencia.
- García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2006). *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público argentino*. Lexis Nexis.
- Ginsburg, T. (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press.
- Goldstein, J., Kahler, M., Keohane, R. O. y Slaughter, A. M. (Eds.). (2001). *Legalization and World Politics*. MIT Press.
- Graber, M. A. (2004). Resolving political questions into judicial questions: Tocqueville's thesis revisited. *Constitutional Commentary*, 21, 485-545.
- Graber, M. A. (2006). Foreword: From the Countermajoritarian Difficulty to Juristocracy and the Political Construction of Judicial Power. *Maryland Law Review*, 65(1), 1-14.
- Greene, J. (2008). Giving the Constitution to the Courts. *Yale Law Journal*, 117(5), 886-919.
- Grove, T. L. (2015). The Lost History of the Political Question Doctrine. *New York University Law Review*, 90(6), 1908-1974.
- Habermas, J. (1988). Law as medium and law as institution. En Teubner, G. (Ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State* (pp. 203-220). Walter De Gruyter.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2015). *The Federalist Papers. A collection of essays written in favour of the New Constitution, as agreed upon by the Federal Convention. September 17, 1788*. Coventry House Publishing.
- Helmke, G. (2022). Courts and Judicial Manipulation. En Hübner Mendes, C., Gargarella, R. y Guidi, S. (Eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America* (pp. 416-429). Oxford Academic.
- Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press.
- Hirschl, R. (2009). The Judicialization of Politics. En Caldeira, G. A., Kelemen, R. D. y Whittington, K. E. (Eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (pp. 119-141). Oxford Academic.
- Javier Milei will be Argentina's first libertarian president. (23 de noviembre de 2023). *The Economist*. <https://www.economist.com/the-americas/2023/11/23/javier-milei-will-be-argentina-s-first-libertarian-president>.
- Kagan, R. A. (2001). *Adversarial Legalism: The American Way of Law*. Harvard University Press.
- Kahan, D. M., Hoffman, D. A. y Braman, D. (2009). Whose Eyes Are You Going to Believe? *Scott v. Harris* and the Perils of Cognitive Illiberalism. *Harvard Law Review* 122(3), 837-906.

- Kramer, L. D. (2004). *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press.
- Lammon, B. D. (2009). What we talk about when we talk about ideology: Judicial politics scholarship and naive legal realism. *St. John's Law Review*, 83(1), 231-306.
- Landau, M. (1969). Redundancy, Rationality, and the Problem of Duplication and Overlap. *Public Administration Review*, 29, 346-358.
- Lau Alberdi, J. (2023a). El disidente: a seis años de la llegada de Carlos Rosenkrantz a la Corte Suprema. *Revista Jurídica Austral*, 4(1), 147-205. <https://doi.org/10.26422/RJA.2023.0401.alb>.
- Lau Alberdi, J. (2023b). En disidencia: historia del voto en soledad en la Corte Suprema. *El Derecho. Suplemento Especial La Corte Suprema: 160 años de Jurisprudencia*, 58-65.
- Law, D. S. (2009). A Theory of Judicial Power and Judicial Review. *Georgetown Law Journal*, 97(3), 723-802.
- Law, D. S. (2011a). How to Rig the Federal Courts. *Georgetown Law Journal*, 99(3), 779-836.
- Law, D. S. (2011b). Judicial Independence. *The International Encyclopedia of Political Science*, 5, 1369-1372.
- Miller, E. J. (2008). Judicial Preference. *Houston Law Review*, 44(5), 1275-1336.
- Miller, G. J. (2005). The Political Evolution of Principal-Agent Models. *Annual Review of Political Science*, 8, 203-225.
- Miller, R. A. (2004). Lords of democracy: the judicialization of "pure politics" in the United States and Germany. *Washington and Lee Law Review*, 61(2), 587-662.
- Moustafa, T. (2007). *The Struggle for Constitutional Power: Law, Politics, and Economic Reform in Egypt*. Cambridge University Press.
- Pendleton, J. Despatch No. 30 to the Secretary of State, (Buenos Aires, June 1, 1853), microformed on *Despatches from the United States Ministers to Argentina, 1817-1906*, Microcopy No. 69, reel 9 (National Archives Microfilm Publications).
- Peretti, T. (2005). An Empirical Analysis of Alexander Bickel's The Least Dangerous Branch. En Ward, K. D. y Castillo, C. R. (Eds.), *The Judiciary and American Democracy* (pp. 123-145). State University of New York Press.
- Perry, M. (1982). *The Constitution, the Courts and Human Rights*. Yale University Press.
- Powe, L. A. (2009). *The Supreme Court and the American Elite, 1789-2008*. Harvard University Press.
- Ramírez Calvo, R. (2023a). *Dos decisiones judiciales inobjetable*s. En Disidencia. <https://perma.cc/44WB-DJRH>.
- Ramírez Calvo, R. (2023b). *Tropezar siempre con las mismas piedras*. En Disidencia. <https://perma.cc/PGR5-45PK>.
- Ravignani, E. (1939). *Asambleas Constituyentes Argentinas*. Peuser.
- Rivarola, R. (1944). *La Constitución Argentina y sus principios de ética política*. Editorial Rosario.
- Romano, C. (1999). The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle. *New York University Journal of International Law and Politics*, 31(4), 709-751.
- Rosenkrantz, C. (2022). *Discurso en la inauguración del año académico de la Escuela de Pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*. <https://perma.cc/5KX3-CFFD>.
- Santiago, A. (2014). *Semblanzas de seis destacados juristas y jueces argentinos*. La Ley.
- Santiago, A. (2020). *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación*. Astrea.
- Santiago, A. y Boulin, I. A. (2023), *Derecho constitucional y políticas públicas. El derecho como guía del buen gobierno*. Astrea.

- Schauer, F. (2006). The Supreme Court, 2005 Term-foreword: the Court's agenda—and the nation's. *Harvard Law Review*, 120(4), 4-64.
- Shapiro, M. (1964). *Political Jurisprudence*. *Kentucky Law Journal*, 52, 294-345.
- Shapiro, M. (1966). *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*. Prentice Hall.
- Shapiro, M. (1968). *The Supreme Court and Administrative Agencies*. Free Press.
- Shapiro, M. (1981). *Courts A Comparative and Political Analysis*. University of Chicago Press.
- Shapiro, M. (1989). Morality and the Politics of Judging. *Tulane Law Review*, 63(6), 1555-1590.
- Shapiro, M. (1993). Public Law and Judicial Politics. En Finifter, A. W. (Ed.), *Political Science: The State of the Discipline II* (pp. 365-381). American Political Science Association.
- Shapiro, M. (2002). The Success of Judicial Review and Democracy. En Shapiro, M. y Stone Sweet, A., *On Law, Politics and Judicialization* (pp. 149-183). Oxford University Press.
- Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A. (Eds.). (2005). *The Judicialization of Politics in Latin America*. Palgrave Macmillan.
- Slaughter, A. M. (2000). Judicial globalization. *Virginia Journal of International Law*, 40(4), 1103-24.
- Solum, L. B. (2019). Originalism Versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate. *Northwestern University Law Review*, 113(6), 1243-1296.
- Sunstein, C. (1990). *After the Rights Revolution*. Harvard University Press.
- Sunstein, C. R., Schkade, D., Ellman, L. M. y Sawicki, A. (2006). *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Brookings Institution Press.
- Tamanaha, B. Z. (2010). *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*. Princeton University.
- Tamanaha, B. Z. (2011). A Vision of Social-Legal Change: Rescuing Ehrlich from “Living Law”. *Law & Social Inquiry*, 36(1), 297-318.
- Tamanaha, B. Z. (2012). The Several Meanings of “Politics” in Judicial Politics Studies: Why “Ideological Influence” is not “Partisanship”. *Emory Law Journal*, 61(4), 759-778.
- Teubner, G. (1987). *Juridification of the Social Spheres*. Walter de Gruyter.
- Thayer, J. B. (1893). Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, 7(3), 129-156.
- Tribe, L. H. (2000). *American Constitutional Law*. Foundation Press.
- Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton University Press
- Tushnet, M. (2009). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press.
- Verdu, P. L. (1998). *Alberdi, su vigencia y modernidad constitucional*. Ciudad Argentina.
- Whittington, K. E. (2002). Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses. *North Carolina Law Review*, 80(3), 773-852.
- Whittington, K. E. (2006). *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in the U.S. History*. Princeton University Press.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Arriola, Fallos: 332:1963 (2009).
- Bazterrica, Fallos: 308:1392 (1986).

Bussi, Antonio Domingo, Fallos: 330:3160 (2007).
Bustos, Fallos: 327:4495 (2004).
Castillo c. Provincia de Salta, Fallos: 340:1795 (2017).
Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Fallos: 344:3636 (2021).
Cullen c. Llerena, Fallos: 53:420 (1893).
Ercolano, Fallos: 136:161 (1922).
Evolución Liberal contra San Juan, Fallos: 346:461 (2023).
Evolución Liberal contra San Juan, Fallos: 346:543 (2023).
Fernández de Kirchner, Cristina, Fallos: 343:218 (2020).
Gil Domínguez, CAF 1794/2024/1/RS1 (2024).
Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional, Fallos: 345:1498 (2022).
Juez, Luis Alfredo c. Cámara de Senadores, Fallos: 346:1462 (2023).
La Rioja, CSJ 2847/2023 (2024).
Otero, Miguel, Fallos: 1:17 (1863).
Partido por la Justicia Social c. Tucumán, Fallos: 346:489 (2023).
Peralta, Fallos: 313:1513 (1990).
Pérez, José Roque, Fallos: 2:253 (1865).
Rizzo, CAF 48194/2023/1/RH1 (2024).
Rueda, Alba c. Arzobispado de Salta, Fallos: 346:333 (2023).
Sejean, Fallos: 308:2268 (1986).

Suprema Corte de los Estados Unidos

303 Creative LLC v. Elenis, 600 U. S. ____ (2023).
Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010).
City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997).
Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958).
District of Columbia v. Heller, 554 U. S. 570 (2008).
Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. ____ (2022).
Fulton v. City of Philadelphia, 593 U.S. ____ (2021).
Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao Do Vegetal, 546 U.S. 418 (2006).
Kennedy v. Bremerton School District, 597 U.S. ____ (2022).
Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul, Home, v. Pennsylvania, 591 U.S. ____ (2020).
McDonald v. Chicago, 561 U. S. 742 (2010).
New York State Rifle and Pistol Association v. Bruen, 597 U.S. ____ (2022).
Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).
Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).
Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963).
United States v. Morrison, 529 U.S. 598, (2000).
United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974).
Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).