

## LA CORTE SUPREMA: ¿TRIBUNAL O PODER? \*

Por

JORGE REINALDO A. VANOSI

Al pensar qué título podía darle a esta charla se me ocurrió el que ustedes conocen, que es debido a algunas meditaciones en torno a la función judicial y especialmente al papel institucional que cumple la Corte Suprema. Tales ideas nos han llevado a tratar de desentrañar cuáles son las razones por las que se ve en general en las Cortes y en los Tribunales de última instancia de nuestro país y otros de América latina, más un tribunal que un Poder de Estado, cuando en realidad el modelo del cual se parte —que es el modelo institucional norteamericano— quiso en su momento darle a la Corte Suprema fundamentalmente el papel de un Poder de Estado. La explicación surge por la confluencia de dos corrientes de pensamiento que llegan simultáneamente entre nosotros y que por su origen distinto y por su concepción diferente confunden ese papel de la Corte Suprema. Esas dos corrientes de pensamientos y de influencias son la corriente francesa y la corriente norteamericana, aparecidas en el pensamiento universal en los albores del constitucionalismo por gracia de la revolución norteamericana y de la revolución francesa. A partir de entonces existirá una noción acabada

\* Del Cursillo auspiciado por el Colegio de Abogados de la Primera Circunscripción Judicial y el Instituto de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

con respecto a la separación de los poderes, en el sentido de que ésta no es una mera separación de funciones, ya conocida desde la antigüedad, sino que en vez de responder a esa necesidad de tipo funcional o práctico deberá responder a un principio esencialmente político, a una finalidad primordialmente política, cual es la de dividir el poder para asegurar de esa forma la libertades o los derechos individuales, debilitando el Poder. Dentro de ese esquema, la idea que tenían los europeos sobre el encasillamiento del poder judicial no era del todo uniforme ni del todo clara. En el pensamiento de Locke no aparecía todavía el poder judicial como un poder independiente, y es recién con el padre inspirador de la teoría de la separación de los poderes, Montesquieu, donde aparece el poder judicial distinto y separado, aunque denominado "poder ejecutivo de las cosas atinentes al derecho civil". Y aquí está en parte la trama del asunto: el Poder Judicial tenía independencia pero no estaba entendido como un Poder de Estado. El mismo Montesquieu se encarga de explicarnos que el poder judicial es un poder neutro, es el mero aplicador del silogismo que toma la premisa mayor que es la ley, encara la premisa menor que son los hechos de la causa y dicta la sentencia que es la conclusión razonada y automática de esa operación, el silogismo judicial. El poder judicial no podía entrar a merituar el valor de la Ley ni mucho menos la constitucionalidad de la misma, es decir su confrontación con normas superiores. La idea que tenía Montesquieu era la idea de un simple desprendimiento, de una simple "administración" de justicia. En definitiva, administrar justicia era tanto como administrar las cosas, es decir una función de la misma naturaleza que la del poder ejecutivo. Ejecutar o aplicar normas, pero separadamente del poder ejecutivo para evitar el peligro que significaba la confusión de las dos expresiones en una misma mano y en un mismo poder, es decir, que el temor a la acumulación de las dos nociones llevó a la separación

de las mismas pero sin querer conferir al poder judicial la naturaleza que los americanos le van a dar <sup>(1)</sup>.

Llegamos así a la revolución francesa. El pensamiento de los franceses de ese momento con respecto a los jueces se inspiraba fundamentalmente en el temor por el recuerdo que provocaron aquellos famosos *parlamentos generales* que aplicaron justicia durante el reinado de los Luises y que se excedían notoriamente en sus funciones. *Parlamentos* llamados así, no obstante que no dictaban leyes sino que administraban justicia, y que provenían de la época de los estados generales. Es por eso que la revolución francesa al romper el esquema de los estamentos decide eliminar también la posibilidad de que los jueces se excedieran en esas funciones y concibe la gestión de los jueces propiamente como Montesquieu la había expresado en "El espíritu de las leyes". Hay dos o tres disposiciones liminares del gobierno revolucionario que tienden precisamente a impedir todo avance del poder judicial sobre el poder legislativo o cualquier examen del poder judicial sobre los actos del poder ejecutivo o administrador. Tenemos así, en ese orden de ideas, las leyes del 16 y del 24 de agosto de 1790 y del 16 de fructidor del año III que prohibían a los tribunales conocer y decidir de los actos administrativos, y

<sup>1</sup> Véase, DUC DE NOAILLES, "Cent Ans de République aux Etats-Unis", tomo II, Paris, 1889, p. 142: "En la mayoría de los estados de Europa, sean éstos repúblicas o monarquías, los tribunales se limitan a la aplicación lisa y llana de las leyes votadas por las Cámaras y promulgadas de acuerdo a las formas establecidas a tal efecto. La magistratura se encuentra subordinada totalmente al poder legislativo y constituye no tanto un poder judicial, equivalente a los otros poderes, como una corporación eminente, encargada exclusivamente de dar cumplimiento a los derechos del legislador.

"Muy distinta es la situación de la magistratura en los Estados Unidos. El juez norteamericano no está sometido a la voluntad parlamentaria. Es su fiel intérprete sólo en los casos en que ésta ha respetado los límites del pacto fundamental. Antes de aplicar una ley, verifica su conformidad con la Constitución; si la norma no cumple ese requisito, tiene el derecho y el deber de considerarla inexistente. Esta intervención del juez en la propia fuente de la ley ha dado origen a un poder judicial en la acepción más amplia del término y lo ha colocado justamente como el tercer poder del Estado".

con respecto a parlamento, la Ley primeramente enunciada y luego la Constitución revolucionaria del 1791 que prohibió a los tribunales entrar a suspender la ejecución o aplicación de las leyes. De ahí en adelante el poder judicial se limitó a lo que acabamos de expresar anteriormente y en el resto de las constituciones francesas posteriores hasta las de este siglo inclusive, los jueces nunca han tenido la atribución de declarar la inconstitucionalidad o de examinar la constitucionalidad de un acto administrativo o legislativo: han sido, nada más ni nada menos, que los agentes de un servicio público.

Los jueces se han limitado a lo que hemos expresado, y el control de la constitucionalidad se ha buscado a partir de la Constitución de 1946 en un tipo de control político, es decir, en algún órgano que no tiene nada que ver con el poder judicial: un consejo constitucional o una corte constitucional que cumple esa función con un carácter muy distinto al del control jurisdiccional o americano que tenemos nosotros y que está a cargo de los jueces. Los antecedentes franceses se remontan al proyectado *juric constitutionnaire* de Siéyès, al Senado Conservador del Año VIII y al Senado de la Constitución de 1852.

Para evitar precisamente los abusos de los otros poderes de estado y antes de llegar a la creación del consejo constitucional, los franceses han hecho una intensa aplicación de una idea desarrollada a comienzos del siglo pasado por uno de los más grandes pensadores políticos, que es Benjamín Constant o el teórico de la monarquía de poderes limitados. El es el autor de la idea del poder moderador o poder de arbitraje, y confería esa atribución al monarca: un rey que no tenía facultades ejecutivas, que no tenía facultades de disposición, pero que sí tenía una función arbitral, una función moderadora para equilibrar los otros poderes del estado, el ejecutivo y el legislativo. Es decir, para ponerlos en sus carriles frente a cualquier exorbitancia de los mismos o a cualquier avance de uno contra otro. Esa idea de poder moderador

quedó tan arraigada en el pensamiento francés que está asimilada en la constitución actual de De Gaulle<sup>2</sup>, que sigue regando el poder político de los jueces. De Gaulle ha colocado en las disposiciones de la constitución por la cual él se rige, el papel del presidente moderador o árbitro del estado ante los distintos poderes que están secundariamente sometidos a él. Esa idea también tuvo en su momento afinamiento en el plano latinoamericano, toda vez que la primer constitución imperial de Brasil de 1824 adoptaba la idea del poder moderador, que era el único poder reservado al monarca. En realidad la idea del poder moderador es un remozamiento de la vieja *prerrogativa* de los reyes de Inglaterra o, mejor dicho, de las secuelas de la *prerrogativa*, cada vez más limitada y de la sólo queda en la actualidad el nombre, pues no conserva en realidad casi ninguna facultad propiamente ejecutiva. Esta situación es la que ha llevado a que la doctrina francesa cuando habla de la división de los poderes, en la mayor parte de las obras de los autores de este siglo, se refiera a la expresión de dos poderes políticos y un poder jurídico: los dos poderes políticos son el ejecutivo y el legislativo y el poder jurídico lo constituyen los jueces<sup>3</sup>.

Esa misma idea es la que conduce a esos mismos autores franceses a expresar su asombro ante la realidad del poder judicial en América donde la atribuciones que tienen los jue-

<sup>2</sup> Véase, HÉCTOR FIX ZAMUDIO, "Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional" (1940-1965), México 1968, ps. 67 y 68.

<sup>3</sup> Véase, DUC DE NOAILLES, ob. cit.: "Los teóricos de la monarquía constitucional asignaban a la Corona el papel de árbitro confiado en los Estados Unidos a la justicia federal y sobre todo a la Corte Suprema". Y cita a BENJAMÍN CONSTANT, en "Reflexions sur les Constitutions", p. 8; que dice: "Cuando los ciudadanos están enfrentados por sus intereses antagónicos y recíprocamente se perjudican, una autoridad neutral los separa y fallando sobre sus pretensiones preserva a los unos de los otros. Esa autoridad es el poder judicial. En la misma forma, cuando los poderes públicos se desunen e incluso llegan a lesionarse, es necesaria una autoridad neutral que disponga al respecto lo mismo que el poder judicial hace respecto a los individuos. En la monarquía constitucional esa autoridad es el poder real. En alguna forma el poder real es el poder judicial de los otros poderes".

ces llevan a un resultado totalmente distinto, resultado que los franceses peyorativamente han denominado "el gobierno de los jueces". El origen de esta situación tenemos que ubicarla lógicamente en los Estados Unidos de Norteamérica. Es claro que en el momento en el cual se produce la emancipación de las trece colonias no existía una idea definida sobre el problema del poder judicial. Desde luego que conocían al poder judicial como tribunales y tenían poder judicial, que eran los magistrados y cortes locales de las trece colonias. Además, después de la Independencia, la teoría y la práctica del control de constitucionalidad por los jueces eran conocidas y, puede afirmarse, que al llegar a la reunión de Filadelfia existía conciencia sobre las bondades del sistema en el orden local John Marshall había defendido su viabilidad en la Convención de su Estado y, para más, ninguno de los estados opuso reservas en cuanto al control de las leyes al proceder a la ratificación de la Constitución de Filadelfia. Puede decirse que era un valor entendido. Es por eso que cuando en el preámbulo de la constitución de Filadelfia hablan de la *justicia* dicen "constituir la justicia", en el sentido de constituir un poder judicial nacional y federal, porque ya tenían el local. En cambio, nosotros decimos "afianzar la justicia", porque utilizamos en nuestro preámbulo la palabra *justicia* con un sentido totalmente distinto: no es la justicia como tribunal o como simple administración de justicia, tal como está en el preámbulo norteamericano, sino la justicia como valor, la justicia como fin. Afianzar la justicia, que es un valor que nunca se alcanza y que siempre se persigue. Por eso los norteamericanos en Filadelfia estructuraron un poder judicial federal, cosa totalmente novedosa en ese momento, por cuanto no existía en ninguna parte del mundo el estado federal. Las formas de estado conocidas eran las que oscilaban entre la consolidación o unidad absoluta hasta la máxima descentralización que era la confederación de los estados. A! crear un gobierno simultáneo de coexistencia de poderes lo-

cales y poderes centrales tenían que darle una ubicación al poder judicial, y esa ubicación se la dieron no tanto como un tribunal de justicia más, no tanto como una tercera instancia, sino —he aquí la novedad— como un poder de estado encargado fundamentalmente de velar por el mantenimiento de la doblemente consagrada separación de los poderes: la separación horizontal o funcional de los poderes que se creaba en ese momento a través del poder ejecutivo, el legislativo y judicial, situados al mismo nivel, y la separación vertical o territorial del poder, que se instrumentaba en la coexistencia de ese doble orden de competencias provinciales y centrales<sup>4</sup>. En esto último más que en otra parte estaba el *quid* de la cuestión y la principal dificultad para que el sistema funcionara con eficacia como para mantener a ambas órbitas, la central y las locales, en sus respectivas competencias y sin excederse. ¿Cuáles serían los remedios para ello? No podía ser un remedio político, porque el Congreso no tenía atribuciones para someter a juzgamiento a los gobernantes locales. No podía ser una medida de intervención, pues la constitución corteamericana no habla de intervención federal en las provincias como hace la nuestra, que toma esa expresión de la constitución suiza de 1848. No podía ser un remedio de tipo meramente administrativo. ¿Cuál sería entonces la solución? Pues admitir simplemente la facultad del poder judicial para que decidiera y conociera de todas aquellas causas que versa-

<sup>4</sup> DUC DE NOAILLES, ob. cit., señala al respecto: "El ejecutivo republicano ha quedado muy sometido a los partidos, demasiado mezclado a sus disputas como para que pueda ejercer una "autoridad neutral", cuya primera condición es precisamente la imparcialidad. Los norteamericanos han tenido la excelente idea de apelar al arbitraje de sus tribunales, cuya estabilidad por lo menos los coloca de ordinario por sobre las dimensiones políticas y las pasiones populares o parlamentarias" (pág. 162). Y cita a TOCQUEVILLE, que dice: "Debemos tener muy en cuenta que un poder electivo que no está sometido al poder judicial escapará tarde o temprano a todo control y terminará por ser destruido... La extensión del poder judicial en el mundo político debe ser correlativa a la extensión del poder electivo. Si ambas cosas no están a la par el Estado termina en la anarquía o en la servidumbre" (*De la démocratie en Amérique*, t. I, p. 121).

ban sobre puntos o asuntos regidos por la Constitución, por los tratados y por las leyes. Esa era la atribución completa de competencia por la cual luego se aseguraría la vigencia de la cláusula de supremacía del art. IV, que confería al derecho federal supremacía sobre el derecho local: es decir, la supremacía de la Constitución, de las leyes y de los tratados por sobre las constituciones, las leyes y las demás normas locales. Claro está que cuando se debatió en el congreso de Filadelfia el funcionamiento de ese sistema, las opiniones no estuvieron uniformes sino divididas, y si bien la mayor parte de los convencionales —especialmente aquellos que tenían formación jurídica y otros que no la tenían— opinaron que eran todos los jueces del poder judicial los que tendrían a su cargo esa tarea tutelar del control de la legalidad o de la superlegalidad constitucional, se prefirió conferir la atribución y dejar que la particularidad del sistema se desarrollara por el funcionamiento del mismo. Es así como entramos en la plena vigencia de la Constitución y la Corte Suprema recién creada y designada por el presidente Washington aparecía aún como una nebulosa, como un cuerpo cuyo papel no estaba bien precisado y cuya amplitud de facultades no se conocía. Tal era así que el primer presidente que se designó, Jay, el coautor de “El Federalista”, renunció al cargo por estimar que ninguna importancia ni ningún papel iba a poder cumplir en ese tribunal que no tenía ni la bolsa ni la espada, es decir, que no tenía recursos ni tenía fuerza ejecutiva<sup>5</sup>.

Todos conocemos la historia del caso *Marbury v. Madison* y todos sabemos como nace y se fortalece el control jurisdiccional de constitucionalidad en la Corte norteamericana. El *Chief Justice* Marshall, que no era abogado (era militar de

<sup>5</sup> DUC DE NOAILLES, ob. cit., dice: “Ni las constituciones legales ni la de los Estados Unidos contienen artículo alguno que prescriba a la autoridad judicial la obligación de no aplicar las leyes inconstitucionales. Esta prerrogativa tan importante no ha sido conferida en forma explícita y formal por ningún texto; el juez la posee implícitamente, como parte integrante de sus atribuciones” (pág. 144).

la guerra de la independencia y había seguido un curso de pocas semanas sobre nociones de derecho, en las cuales estudió muy poco derecho porque en ese tiempo estaba enamorado de una joven, con la que se casaría al poco tiempo) pero que tenía una sólida intuición y formación jurídica, es el hombre que da la pauta y la medida, durante más de treinta años, del control jurisdiccional, al que imprimirá un sello definitivo en la marcha del máximo tribunal norteamericano. Esa consolidación ulterior del tribunal norteamericano, que en grandes líneas desemboca en las primeras décadas del siglo actual con el ejercicio intenso de la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, hace que un expositor francés, Lambert, difunda en 1921 la conocida expresión del *gobierno de los jueces*. . . ¿Pero qué entendía Lambert cuando peyorativamente hablaba del *gobierno de los jueces*, refiriéndose al poder judicial? Lambert observaba que la mayor parte de las medidas legislativas que el Congreso de los Estados Unidos dictaba no tenían realmente valor definitivo hasta el momento en que la Corte Suprema no se expedía sobre su validez constitucional. En ese período, que va de 1890 a 1930, imperaba un crudo liberalismo de tipo conservador en la mentalidad de los jueces de la Corte norteamericana, y es así que a menudo, para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, acudían a argumentos de distinto tipo: por ejemplo, cuando se trataba de leyes del Congreso que avanzaban en la protección de los derechos civiles o de los derechos políticos de los habitantes de los estados, surgía el argumento de la violación del federalismo o de las autonomías locales; pero cuando se trataba de leyes que perjudicaban la validez de ciertos contratos o afectaban la extensión de la propiedad privada, sea extendiendo beneficios sociales o estableciendo retroactividades o ampliando el poder de ingerencia del estado en la economía, entonces se basaban las declaraciones de inconstitucionalidad en el poder que tenía la Corte en esos casos para proteger normas de orden federal, como la Constitución, con prescin-

dencia de lo que dispusieran los estados. Es decir que jugaban ambivalentemente las teorías y con eso se creaba un efecto engañoso sobre el papel que los jueces tenían en ese momento en la vida norteamericana. Pero la consecuencia más interesante y más valedera del razonamiento de Lambert no es lo anecdótico, no es la suposición de si resultaba simpático o antipático, o si era progresista o reaccionario el control de constitucionalidad, sino desentrañar la naturaleza del verdadero *poder de estado* que tenían los jueces de la Corte y de los demás tribunales de la magistratura norteamericana<sup>6</sup>. Es ahí donde Lambert observa que si por poder político se entiende lo mismo que decía Locke, o sea la facultad de dictar, de ejecutar o de impedir la aplicación de una ley, entonces tienen poder político todos aquellos que cumplen una de esas funciones o que tienen en alguna medida ese poder. De tal modo que hay poder político no sólo cuando se tiene poder para establecer o poder para sancionar, como lo tiene el parlamento o lo tiene el presidente cuando aplica —*pouvoir d'établir*— sino también cuando se tiene poder para impedir, poder para detener —*pouvoir d'empêcher*— como tienen los jueces cuando impiden la aplicación de una ley declarándola inconstitucional en un caso concreto. Es entonces que Lambert llega a la conclusión de que en los Estados Unidos los jueces tienen poder político y son poder político porque ejercen el poder de impedir la aplicación de una ley y, en eso, tienen un poder de sustancia análoga a la de los otros dos poderes políticos, que son el legislativo y el ejecutivo. Esta observación, elaborada por Hauriou y por Duguit, como por otros autores políticos y constitucionales del pensamiento

<sup>6</sup> Idem, pág. 148: "Los norteamericanos querían una garantía que fuera pacífica, eficaz y legal; la buscaron en sus tribunales locales o federales y en gran parte la encontraron, *sin inquietarse mucho si el principio de la separación de los poderes resultaba así menoscabado.*

"¿Esto ha significado una supremacía del departamento judicial sobre los otros? En absoluto. La Constitución los controla a todos por igual y ante ella todos son iguales. Ningún tribunal tiene prerrogativas para ordenar o amonestar al presidente o a las legislaturas".

francés de comienzos del siglo actual, es rigurosamente exacta. y, desde luego, que es un elemento valioso para confrontar la diferencia entre el sistema americano y el sistema francés<sup>7</sup>.

La Corte Suprema argentina desde un primer momento tuvo conciencia cabal sobre cual era la filiación del poder que la Constitución le atribuía y sólo las confusiones ulteriores derivadas de la dificultad de determinar con certeza cual es la influencia que la doctrina del derecho privado y del derecho continental han tenido en la formación jurídica argentina (tan impregnada del derecho francés y del derecho europeo), únicamente nos pueden hacer dudar en algún momento de la naturaleza esencialmente política e institucional del poder judicial federal argentino. En tiempos que se discutía la ley de organización de la justicia federal en el Congreso de Paraná, antes de la unidad nacional, hubo ocasión de que se precisara con exactitud que el poder que se crearía por la ley de jurisdicción federal era un poder de naturaleza esencialmente política. En aquella oportunidad el miembro informante que tuvo a su cargo la tarea de explicar los fundamentos del proyecto que se estaba tratando, el diputado Funes, señaló en el debate el carácter político que tenían los tribunales federales, y que en virtud de ello funcionarían como uno de los tres altos poderes del estado, siendo también que a diferencia del poder judicial de otros países en que sólo se ocupan de dirimir cuestiones entre particulares, entre nosotros el poder judicial tendría que entender de los con-

<sup>7</sup> La mayor extensión de los poderes legislativos militó en favor de la amplia concesión que los constituyentes hicieron en favor del poder judicial federal. Si los jueces de los estados tenían fuertes atribuciones antes de la Constitución de 1787, mayor las tendrían los jueces federales a partir de ese momento. Era menester que el sistema de *checks and balances* buscara el contrapeso de los poderes del Congreso. Así lo percibe NOAILLES, cuando señala: "Lógicamente los tribunales federales fueron llamados a desempeñar un papel análogo pero con una jurisdicción superior en correspondencia con las atribuciones del Congreso. *La jerarquía judicial fue en cierta manera la contraparte simétrica de la jerarquía legislativa*" (pág. 158). Fue así lo que la propia Suprema Corte autodenominó "*el centro de gravedad de la República*" (Caso M'Culloch v. Maryland").

flictos entre los poderes públicos nacionales y le correspondería además a sus tribunales contener los abusos de los otros poderes<sup>6</sup>. Cabe añadir al respecto que en el acto mismo en que el Presidente Bartolomé Mitre pone a los jueces de la Corte en posesión del cargo, les dice que integrarán un tribunal que tiene a su cargo la alta función moderadora del sistema político argentino, y esta idea, que está presente en el momento inicial se repite en varios de los fallos de la primer época de la Corte, que podemos ubicar entre 1862 y los albores del siglo actual. Ya en el tomo I de la colección de "Fallos" se plantea uno de los primeros casos en los cuales la Corte declara la invalidez de una norma por violatoria de la separación de los poderes: se trata del *caso Ríos*, en el que la Corte anula un decreto del Poder Ejecutivo nacional que confería atribuciones judiciales al capitán del puerto de Rosario, por tratarse de funciones esencialmente judiciales según el art. 100, que habla de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima. Ese es el argumento de la Corte; y mas en uno de los considerandos del fallo añade *obiter dictum*, es decir a mayor abundamiento, que el principio de terreno que no eran necesarios para cubrir el margen o la franja de la separación de los poderes requiere una observancia rigurosa en virtud de la cual cada uno de los *tres altos poderes políticos de la Nación* se mantengan en el ejercicio de sus respectivas funciones. La Corte utiliza a propósito la expresión "altos poderes políticos de la Nación", y no ha sido circunstancial la invocación de esa expresión pues una línea de fallos de la

<sup>6</sup> Y en la Cámara alta, el miembro informante Senador Zapata (año 1857) expresa en uno de los párrafos de su discurso: "Los jueces federales están revestidos por la Constitución *de gran poder político*, cuyo poder emana del derecho que tienen de fundar sus fallos en la Constitución con preferencia a las leyes o, en otros términos, de *no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales*; y de juzgar también *la constitucionalidad de los actos gubernativos*. Ese inmenso poder público que, a primera vista, podría parecer muy alarmante y peligroso, no lo es, en realidad, desde que se tenga en cuenta que los jueces federales se han de mover siempre dentro de la órbita en que está encerrado todo Poder Judicial".

Corte que siguen a éste (especialmente el *caso Sojo* que es, en cierta medida, el equivalente del *caso Marbury v. Madison*) nos revelan dos cosas: en primer lugar, que la Corte argentina no tuvo necesidad de fundar y de argumentar como lo hizo Marshall en Estados Unidos la teoría del control jurisdiccional y de la naturaleza institucional del poder judicial. No hay ni una palabra al respecto. Se lo daba como un hecho conocido, aceptado y consumado que estaba presente en el momento en el cual se crea el poder judicial. Segunda conclusión: que el poder judicial y la Corte Suprema como cabecera de ese poder judicial, que recibía por apelación casi todas las sentencias de los jueces federales o jueces de sección por no existir en ese momento las Cámaras Federales (creadas en 1904), era fundamentalmente un tribunal destinado a dirimir los conflictos que pudieran afectar el principio de la separación de los poderes<sup>9</sup>.

Si observamos a vuelo de pájaro las principales sentencias, que no sean por apelación ordinaria sino por recurso extraordinario, de los cuarenta años que corren desde 1862 hasta que nacen las cámaras federales de apelaciones, veremos que todos los recursos extraordinarios estaban principalmente destinados a preservar la separación de poderes en el plano de los tres poderes nacionales, o a salvaguardar la separación de poderes en la órbita de las competencias locales

<sup>9</sup> Esto fue percibido por la Comisión Examinadora de la Constitución Nacional que, reunida en 1860 para expedirse sobre los puntos de reforma de la misma, expresó en su Informe —aprobado por la Convención *ad hoc*— que “es la Corte Suprema de la Nación, a cuya decisión, en último recurso, deben llevarse las controversias que se presenten, la que debe fallar sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes provinciales”.

En Fallos 3.135, causa “Domingo Mendoza y otra c. Prov. de San Luis” (sentencia del 5 de diciembre de 1865), la Corte Suprema descartó una ley provincial que imponía derechos “a los productos de la Provincia que se extraigan al exterior de ella”, por estimar que esa norma importaba claramente el establecimiento de aduanas interiores y gravaba la circulación de productos, que eran actos prohibidos por los arts. 9 y 10 de la Constitución Nacional. La Corte Suprema declaró, en consecuencia, que esa ley “es contraria a la Constitución Nacional, y que por lo tanto es nula y de ningún efecto en la presente causa”.

con respecto al poder nacional. Son numerosos los pronunciamientos que se refieren propia y exclusivamente a esa materia, pero hay un fallo que cabe mencionar en especial por la trascendencia que tiene: es el caso de la *viuda de Elortondo contra la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires* sobre expropiación de terrenos para construir la Avenida de Mayo; sentencia que en principio se refiere a la institución expropiatoria pero que también tiene un considerando en el cual entra a pronunciarse sobre la naturaleza del poder judicial. Todo lo que se discutía en ese caso no corresponde conocer en detalles ahora, pero es menester recordar que se trataba de saber si la facultad del Poder Legislativo para declarar la utilidad pública podía cubrir una órbita mayor que la necesaria para construir la obra pública: en el caso aludía a los sobrantes que estaría destinada a la Avenida de Mayo. La Corte admitió el derecho de la viuda de Elortondo a que se limitara el poder expropiatorio y la declaración de la utilidad pública a lo necesario, y cuando el Tribunal se refiere a esa facultad que está asumiendo el Poder Judicial —absolutamente novedosa— de invalidar una declaración de utilidad pública hecho por el Congreso, dice “que en todo caso no son los antecedentes y prácticas de gobiernos regidos por instituciones monárquicas que no son las nuestras y en las cuales no existe el *poder político que en nuestro sistema constitucional se acuerda a los tribunales de justicia* para juzgar de la validez de los actos legislativos los que conviene invocar en oposición a los de la nación que nos ha dado el modelo de sus instituciones esencialmente contrarias por su índole a toda idea de absolutismo en el gobierno y más encaminadas por tanto a la protección y conservación de los derechos individuales” (confr. “Fallos”, 33:162, sentencia del 14 de abril de 1888). Esto equivale a decir que la Corte desprecia en

forma manifiesta el modelo francés y el modelo europeo, e invoca de nuevo la filiación americana de nuestro poder judicial<sup>10</sup>.

Resulta evidente que hay dos ideas en juego: la idea francesa de la soberanía popular o de la soberanía nacional y en su caso, del parlamento como depositario único de esa soberanía; y la idea de la ley como expresión primigenia, exclusiva y excluyente de la soberanía popular. Si la ley era la expresión más auténtica de la soberanía popular y la sancionaban representantes elegidos directamente por el pueblo, jamás podía un juez órgano administrativo indirectamente designado, es decir, a través del gobierno— que no dependía de la confianza del pueblo ni de la renovación del pueblo, impedir que se aplicara la expresión soberana del pueblo. Jamás podía un *juez-burócrata* desconocer a la ley soberana. En cambio, en el sistema americano, donde el poder judicial tenía el deber fundamental de velar por la división de los poderes y de impedir la exorbitancia de uno sobre otros, el juez era el encargado nato de esa misión, que desempeñaba a través de otro sencillo y simple razonamiento: cuando en un conflicto entre dos normas, que debidamente planteado se hacía presente en el acto de dictar la sentencia, resultaba que la norma inferior era contraria a la norma superior, se despejaba la norma inferior y el juez aplicaba directamente la norma superior. Es por eso que la declaración de inconstitucionalidad no tiene en este sistema más efectos que entre las partes y no se extiende a terceros: porque es sencillamente el resultado del ejercicio de un poder de impedir o de evitar la aplicación de la ley en ese caso; quedando en pie el poder del Congreso para que la mantenga o la derogue en cuanto al futuro. Se trata ni más ni menos, que de la apli-

<sup>10</sup> Véase: "Hacia una Plena Justiciabilidad", de JORGE REINALDO VANNOSI, en "Gaceta de Paz" del 4/5/6 de noviembre de 1963; "Tres Centenarios de la Corte Suprema", de LUIS MARÍA BOFFI BOGGERO, Ed. Omnia, 1963.

cación final del principio de la primacía de las normas de orden público <sup>11</sup>.

Estas ideas han retomado actualidad y despiertan en Europa un nuevo estilo de pensamiento en las últimas décadas. Luego de la primera guerra mundial Kelsen proyecta la constitución de Austria de 1920 que luego toma Checoslovaquia, y con el rigor lógico de su pensamiento, este autor se da cuenta de que si bien el criterio europeo no admite conferir a los jueces la facultad de la cual estamos hablando, alguien tiene que tenerla. Es obvio para Kelsen que no se podía seguir como hasta entonces, en que era un delito para el juez invalidar un decreto o una ley (delito que estaba tipificado en el código penal francés) y, entonces, crea la Corte Constitucional, un organismo de jurisdicción especial, que tendría la naturaleza de un tribunal que estaría compuesto en forma mixta, con la función exclusiva de asumir el control de la constitucionalidad de las leyes.

Sería un tribunal, mas no judicial sino de naturaleza especial, o sea un tribunal independiente de la magistratura ordinaria. De esa forma centralizábase en un solo órgano la función de declarar al inconstitucionalidad de las leyes, y sus efectos serían dados en un solo acto pero con una validez *para todos y para siempre*. Después de esas constituciones pasaron

<sup>11</sup> DUC DE NOAILLES, ob. cit., señala, refiriéndose a los Estados Unidos: "Los partidarios más entusiastas de la democracia encontraron natural y saludable que los desbordes de las Cámaras representativas se estrellaran contra los estrados de un tribunal" (pág. 143). Luego expresa: "El juez se revela allí en su auténtica función de protector supremo de los derechos individuales. Desde el momento en que asume su cargo, el poder es inmenso, sin otros límites que la Constitución y su conciencia. La ley contra la cual se ha articulado la tacha de inconstitucionalidad es una suerte de acusado que comparece ante el juez. Si éste declara fundada la impugnación, la ley es condenada, rechazada su aplicación y admitida la petición del litigante, aunque todos los poderes públicos juntos y la opinión del país entera estuvieran en su contra" (pág. 149). Y, más adelante: "...Cuando dos leyes que han emanado de autoridades distintas se contradigan, la de más jerarquía por su origen anulará a la otra. En el caso de un antagonismo entre una cláusula constitucional y un decreto parlamentario este último será considerado nulo porque el pacto fundamental jamás puede ser invalidado" (pág. 159).

algunos años antes que la idea se refirmara, luego de la segunda guerra mundial. Es interesante señalar que en Alemania de postprimera guerra mundial, donde la constitución de Weimar no resolvía este problema, los jueces asumieron igualmente esa función, acaso un poco desordenada o empíricamente; pero al igual que en Estados Unidos los jueces de Weimar —hasta la asunción de Hitler al poder— tomaron a su cargo la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

Llegamos así al término de la segunda guerra mundial y con la reordenación constitucional de los estados europeos se vuelve a plantear este problema, siendo dos países vencidos que la preguerra habían confiado su destino enteramente a la fuerza del mando ejecutivo y al poder del partido gobernante los que van a encarar con mayor acierto la solución de este problema. Italia y Alemania, en sus respectivas constituciones (la ley fundamental de Bonn de 1949 y la constitución italiana de 1948) crean la Corte Constitucional: tribunal de garantías constitucionales.

Italia crea un tribunal que está integrado por representantes de la magistratura, del parlamento y del poder ejecutivo<sup>12</sup>. Es en Alemania e Italia donde contemporáneamente se ha discutido mucho sobre el papel del juez desde el punto de vista institucional y, si bien las opiniones son variadas cuando se analiza la naturaleza de la corte constitucional, casi todos están de acuerdo en que no hay problema en admitir la ambivalencia o doble carácter jurisdiccional y político que puede tener al mismo tiempo un tribunal de esa naturaleza. Vale decir que el interrogante de hoy —¿tribunal o poder?— no es una disyuntiva sino una afirmación de ambos términos, reunidos en un solo órgano, ya que ambas funciones no son excluyentes entre sí, simplemente responden a pautas, a improntas y a funciones distintas, pero que pueden estar reunidas en manos de un órgano.

<sup>12</sup>) Véase: "La Corte Constitucional Italiana y la Corte Suprema Argentina", de DIONISIO PETRIELLA, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1960.

Uno de los estudiosos de la Corte Constitucional italiana, Gaetano Azzariti, dice sin embargo que la Corte Constitucional no ejerce tan sólo una función jurisdiccional, sino que constituye un poder autónomo de carácter constitucional que se encuentra fuera y por encima de los tres poderes tradicionales: es decir, coloca a la Corte en ese papel moderador, de árbitro, que los franceses siguen confiriendo al poder ejecutivo, pero que en Italia está en la Corte Constitucional. Cappelletti, otro de los expositores italianos, refirma en cambio el carácter jurisdiccional de la Corte Constitucional italiana, y la doctrina alemana en su composición mayoritaria, al elaborar el concepto de jurisdicción constitucional establecen que no existe incompatibilidad entre el carácter jurisdiccional de un órgano y su naturaleza constitucional o soberana por otro lado. Esta divergencia de opiniones mantiene en lo sustancial la perspectiva o la posibilidad a la cual nos estamos refiriendo en este momento y no emplea su viabilidad constitucional.

De todos los expositores actuales hay uno cuya lectura resulta más fermentaria —al decir de Vaz Ferreira—, en el sentido de que provoca el fermento de mayor meditación. Un juez y profesor alemán, Otto Bachoff, es autor de un trabajo muy breve (todos los grandes libros que conoce la humanidad son breves) que se llama “Jueces y Constitución”, leído hace pocos años como discurso rectoral en la Universidad de Tubingia.

El juez Bachoff historia todo el problema de la justicia en Alemania y llega a la conclusión de que en el trasfondo de la cuestión hay un problema de confianza o de desconfianza en el juez. Más allá de cualquier reparo derivado de la lógica tradicional como pueden tener los franceses de mentalidad volteriana y roussoniana, o de los reparos empíricos que pueden tener otros europeos, o de los reparos políticos que pueden haber tenido los alemanes en un momento dado, hay un problema de confianza que lleva al cambio de la actitud mental. En los sistemas en los cuales hay desconfianza en el

juez no se le confiere a éste poder para interervenir más allá de los asuntos vinculados a particulares. Pero cuando hay confianza en el juez, se amplía su órbita jurisdiccional para extenderla a conflictos en los cuales el Estado o ramas del Estado, o el Estado y particulares pueden ser parte y, sobre todo, cuando están en juego los derechos individuales. Dice este autor que se necesita en tales casos de un contrapeso o una fuerza que se preocupe de que al menos los valores superiores del derecho y del orden que la Constitución ha establecido como fundamentales permanezcan protegidos. Esa fuerza sólo puede ser del juez, esa fuerza no debe estar comprometida con los partidos ni tener participación en la legislación, ni estar sometida o depender de algún modo de sus instrucciones, porque una instancia de control que estuviese sometida al control de los controlados sería inocua y contradictoria<sup>13</sup>.

Señala Bachoff en el citado libro que en una época pretérita podía genuinamente el parlamento (ese parlamento de perfección que soñaban los franceses) cumplir ambas funciones: la de estatuir la ley y la de controlar; e incluso hay alguna constitución americana (Ecuador) que sigue esa corriente. Pero cuando el parlamento se transforma por acción de los factores de poder, de las presiones y en gran medida del impacto que el sufragio y la sociedad pluralista confieren al Estado moderno, no en un siempre celoso defensor de los derechos individuales, sino en muchos casos un reglamentador prolijo y hasta cercenador de los derechos individuales, entonces, la sujeción de la ley al plano de los derechos protegidos por la constitución tiene que estar a cargo de un órgano absolutamente independiente. Ese es el momento en el cual entra en crisis la idea de un poder legislativo que por sí mismo cubra esas hipótesis: las funciones no sólo de sancionar sin:

<sup>13</sup> OTTO BACHOFF, "*Jueces y Constitución*", Taurus, Madrid. Dice el autor: "Este aumento de la función de control significa un incremento acentuado del poder del juez y, necesariamente, una disminución proporcional del poder Legislativo y del Ejecutivo" (confr., pág. 15).

de interpretar y limitar la ley<sup>16</sup>. Por eso los franceses han estado siempre orgullosos de su Corte de Casación, que en su origen era el parlamento mismo, ya que éste sancionaba la ley y si un juez tenía dificultades en la aplicación por cuanto al interpretarla encontraba un caso de duda, el juez no resolvía la duda sino que reenviaba la ley al parlamento para que éste aclarara cuál era el alcance de la ley, desde que él la había sancionado y él era el intérprete auténtico. Pero no se pensaba en la posibilidad de que la ley violara la constitución y de que por esa vía se planteara un caso judicial. Con el transcurso del tiempo y a medida que las consultas se repitieron, se descentralizó esa función por delegación del parlamento a un órgano especial que fue la Corte de Casación, pero ésta siempre actuó como órgano de naturaleza político-legislativa y no de naturaleza jurisdiccional e independiente.

Ese problema que los franceses nunca han resuelto, nosotros lo tenemos aclarado desde el comienzo y sin necesidad de hacer doctrina. En efecto, por adopción y aceptación de un sistema que ya estaba en juego: el de los Estados Unidos de Norteamérica, llamado sistema de control judicial. El mayor alarde de los franceses en su momento fue admitir la independencia del poder judicial (admitir la independencia como administración de justicia): es interesante leer o conocer los debates en la asamblea francesa de 1789 y en adelante, cuando se discutieron estos problemas, y ver como la tesis que siguiendo fielmente a Montesquieu organizaba a los jueces como me-

<sup>16</sup> Idem, autor citado: "Basta con decidir lo siguiente: esta concepción señala el abandono consumado del positivismo legalista en el pensamiento político y jurídico alemán, la pérdida de la creencia en la omnipotencia del legislador estatal. Esto significa un cambio en la historia del espíritu, cuya última y decisiva causa se produjo por la degeneración nacionalsocialista de las leyes en puros actos de poder y arbitrio, por la injusticia como sistema; pero su origen yace mucho más atrás y, en el fondo, significa solamente una vuelta a concepciones mucho más viejas y nunca del todo olvidadas sobre el Estado y el Derecho y sobre las relaciones existentes entre ambos: es un retorno de la idea de 'la ley como previa al Derecho', a la de 'El Derecho como previo a la ley'" (ob. cit., pág. 35).

ros miembros del poder ejecutivo, es decir como otra administración más, no fue aceptada, pero tampoco se llegó al paso posterior: no se cruzó el Rubicón ni se estableció la naturaleza del poder que tenían los jueces. Se conformaron con sancionar una norma que decía que el poder judicial es delegado a jueces elegidos temporariamente por el pueblo. Esa era toda la protección que en 1789 tenía el poder judicial en Francia, y ni hablemos del problema de la declaración de la inconstitucionalidad de las leyes, que ellos no lo conocieron y no entraron a analizarlo<sup>15</sup>. En nuestro país, tenemos un principio arraigado, que tiene filiación norteamericana y que, también debemos reconocerlo, estaba en alguna medida admitido en la América española: la Real Audiencia o tribunal colonial, era un tribunal con competencia específica para resolver los conflictos que pudieran plantearse entre el virrey y los intendentes, entre el virrey y el cabildo, entre el cabildo y los intendentes. Tenía competencia suficiente para resolver conflictos de poderes.

Podemos afirmar que aquellos sistemas que no tienen confianza ni en la división de los poderes ni en la democracia representativa ni en los jueces, tienden natural y espontáneamente a limitar la naturaleza y el alcance del poder judicial. Getulio Vargas, tanto en la constitución de 1934 (art. 168) cuando es la Carta del *estado novo*, en 1937, introduce una cláusula por la cual expresamente prohíbe al poder judicial entrar a juzgar de cuestiones políticas o institucionales, y

<sup>15</sup> Ob. cit., véase esta afirmación: "No tiene mucha fuerza la afirmación de que el poder judicial es antidemocrático. El juez no es menor órgano del pueblo que todos los demás órganos del Estado. La alusión a la falta de inmediatez de su comisión por el pueblo no constituye un argumento convincente ante el hecho de que también el gobierno, el Presidente, los funcionarios... cuentan solamente con un mandato indirecto del pueblo; el mismo Parlamento no puede ser considerado como 'directamente' comisionado más que bajo un aspecto muy relativo, ya que su composición está de hecho mucho más ampliamente mediatizada por los partidos. Además, más importante que la clase de mandato es la función desempeñada. El juez administra justicia 'en nombre del pueblo' —esto no es una fórmula vacía—, de la misma forma que el Parlamento promulga leyes y el Gobierno gobierna en nombre del pueblo" (pág. 51).

Castello Branco en las actas institucionales de la revolución de 1964 toma el ejemplo e incluye la prohibición para el poder judicial de entrar a juzgar sobre aquellos actos que implicaran el ejercicio de los poderes conferidos por el acta institucional, es decir, que los jueces no pueden decidir sobre la extensión de los poderes que el presidente ha recibido por el mismo acto institucional, por ese acto autocrático. Entre nosotros, bien que hemos conocido épocas en las cuales el poder judicial estuvo restringido o autorrestringido en el alcance de sus facultades jurisdiccionales: basta observar los fallos de la Corte entre 1947 y 1955 para ver que no hay prácticamente ninguna declaración de inconstitucionalidad, pues, todo lo que el parlamento o el ejecutivo hacían debía considerarse perfectamente constitucional<sup>16</sup>.

Hay que vivir la Corte y sentirla como la sienten algunos pueblos para comprender el alcance de la protección que como *poder de estado* puede dar. Muchos de los conflictos que la sociedad norteamericana ha tenido desde 1800 en adelante han sido resueltos no violentamente, gracias al papel institucional de la Corte, y creo que la afirmación no es exagerada, pues si hay un país que en el mundo (más que Rusia y más que todos los demás países) que ha tenido cambios de estructuras y que ha sufrido un profundo cambio político, institucional, económico, religioso, social y cultural sin sacrificar la legitimidad constitucional, son los Estados Unidos de

<sup>16</sup> Véase: "La Reforma Constitucional Brasileña", por MIGUEL y JORGE REINALDO VANOSI, en "Jurisprudencia Argentina", 1966-III, págs. 52 a 64: "¿Hacia dónde va el Poder?", de JORGE REINALDO VANOSI, en "La Ley" t. 125 págs. 879 a 901. Cabe destacar que la situación imperante entre los años 1947 y 1955, en lo que a la Corte Suprema se refiere, tuvo la nota inicial del juicio político a los integrantes del Tribunal y su reemplazo por otros. Perón optó por ese recurso, en vez de limitarse al aumento del número de jueces de la Corte, que era un recurso legal de fácil ejecución. Acaso haya decidido esa actitud radical el temor a verse acompañado en cada sentencia por *disidencias* de los jueces ajenos al régimen, con lo que hubiera sufrido el deterioro de ese constante control. Era mejor contar con un órgano que, en lo posible, actuara al unísono (no obstante ello, fueron frecuentes en los últimos tiempos los votos separados y las disidencias del Dr. Tomás D. Casares).

Norteamérica. Muchos de esos conflictos han podido ser resueltos gracias al acatamiento del roll moderador de sus jueces: fueron ellos los que han permitido la integración racial, pues ni Kennedy, ni Johnson, ni el Congreso, hubieran podido sancionar la ley de 1964 sin el antecedente del caso *Brown contra Board of Education* que dejó sin efecto la jurisprudencia reaccionaria del siglo pasado del caso *Ferguson*, donde la Corte toleraba la igualdad pero con separación<sup>17</sup>. Es la Corte la que permite que acudiéndose a ella y no a los cuarteles se resuelvan muchos de los conflictos, como por ejemplo el prorrateo de las jurisdicciones electorales e infinidad de otros problemas que entre nosotros los jueces dicen no ser de su competencia y, por lo tanto, se abstienen de resolver por razones de llamada prudencia política, de la que muchos creemos que es imprudencia<sup>18</sup>.

Recuerdo que en 1963 a raíz de varios casos en que la Corte Suprema tuvo que intervenir con motivo del proceso electoral de ese año, se planteó primero el problema del cómputo de los votos en blanco y después el problema de la incorporación de los diputados electos. Siguiendo el art. 56, se-

<sup>17</sup> DUC DE NOAILLES, ob. cit., pone de manifiesto los grandes errores políticos de la Corte, que hicieron peligrar la continuidad del sistema. Así expresa: "También la Corte Suprema tuvo sus momentos de debilidad. No obstante sus prerrogativas excepcionales no consiguió preservar al país de la guerra civil" (en una reciente alusión al caso *Dred Scott*). "La agitación fue en aumento y no hubo más remedio que ir a la guerra. Cuando las voluntades colectivas e irresponsables rehúsan someterse pacíficamente al derecho, las combinaciones democráticas más puras no disfrutan del privilegio de borrar las dificultades indisolubles. Sin embargo las teorías nobles no desaparecen para siempre en el naufragio. Las pasiones las pueden ocultar por un momento pero después de la tempestad la conciencia pública retorna a las ideas sanas rescatadas por la reclamación de un juez", pág. 176).

<sup>18</sup> DUC DE NOAILLES, ob. cit., observa lo siguiente: "Lo que sorprende a todo espíritu poco acostumbrado a las tradiciones anglosajonas es comprobar cómo las cuestiones fundamentales son introducidas por la vía más insignificante y decididas indirectamente a través de pleitos a menudo sin importancia" (pág. 166). "*Nada de lo que en todas partes constituye el dominio más particular del legislador escapa en los Estados Unidos al examen y control eventual de los jueces*" (pág. 170). "Incluso los actos emanados de la Convención Constituyente de un Estado; es decir la soberanía popular de ese Estado, pueden ser anulados por el poder judicial, inclusive por el local" (pág. 173).

gún el cual cada cámara es juez de la elección de sus miembros y, por aplicación, puede excluirlos en el acto de su incorporación, la Corte aplicó la doctrina invariable de nuestro derecho público tradicional y sostuvo la no competencia o no justiciabilidad en esos casos: en un artículo publicado ese mismo año, comentando tales fallos, señalamos que el art. 56 de la Constitución cuando dice que cada cámara es Juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez no está atribuyendo en forma excluyente un poder privativo a las cámaras sino que está manteniendo la posibilidad de un control jurisdiccional en los casos de arbitrariedad. A los pocos días, la Cámara de Representantes de una provincia excluyó arbitrariamente a varios diputados para forzar una mayoría circunstancial que permitiera consagrar la elección de un gobernador y luego formar la mayoría de apoyo a ese gobernador. Contra esa maniobra, todos los recursos judiciales fracasaron. En esa ocasión nuestra posición adversa a esos fallos fue calificada como desacertada. Sin embargo, en junio de 1966 la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso de Powell, admitió frente a la tercera vez que ese legislador negro era excluido de la Cámara de Representantes, la revisión judicial del ejercicio del poder de la Cámara para rechazar un miembro elegido por el pueblo<sup>19</sup> (writ of certiorari; causa resuelta en 1969).

Más allá de las anécdotas, debemos convenir que, la mayor garantía está vertebrada en la fuerza moral y en la integridad de los jueces que puedan componer la Corte Suprema. En las sentencias de la Corte aparece entonces una fuerza superior, que no es la fuerza del ugiar que las notifica, ya que éste no tiene la bolsa ni tiene la espada, sino que es otra fuerza mayor: la fuerza de convicción que despierta el derecho. Es lo que dijo Guastavino, primer secretario del Alto Tribunal, cuando al escribir el prefacio que encabeza

<sup>19</sup> Véase: "El Juicio de las Elecciones", de JORGE REINALDO VANOSI, en "Jurisprudencia Argentina", 1963-IV, págs. 86 a 95.

el tomo inicial de la colección de "Fallos" (el más grande monumento del derecho constitucional argentino, acaso más valioso que los tratados, desde que los fallos de la Corte —270 tomos— son el derecho constitucional viviente de nuestro país) dijo que es la Corte Suprema con su *acción sin estrépito pero eficaz*, la que está encargada de hacer que la Constitución heche hondas raíces en el corazón del pueblo, se convierta en una verdad práctica y los diversos poderes nacionales o provinciales se mantengan en la esfera de sus facultades. La misión de ser juez de la Corte y de hacer de ese Tribunal un Poder de Estado es una misión que está reservada a personas humildes, sin orgullo, sin vanidad, con mucha autocrítica y que toleren el silencio y soporten el anonimato. La Corte no es un poder de estrépitos, no es un poder de televisión, ni de premios. La Corte es un tribunal de trabajo y, fundamentalmente, exige pruebas de valentía y de coraje. Los que antes dijeron blanco y después por docilidad dicen negro, no pueden ser jueces de la Corte. Los que en su momento aceptaron ser jueces de la Corte y al mismo tiempo miembros de la convención constituyente por un partido oficialista, tampoco podían seguir siendo jueces y, por cierto, ya dejaron de serlo. Y los que después de jurar por la Constitución juran doblemente por un *bando*, es decir, por una expresión autocrática, tendrán que asumir en su momento la responsabilidad que sobre ellos hace recaer la Constitución por tan grave hecho (art. 29).

Entonces podremos repetir para el nuestro, aquellas palabras que Charles Warren dedicó a la fuerza paradigmática de los jueces de su país: "La historia de los Estados Unidos ha sido forjada no sólo en las salas del Congreso, en el despacho de los Presidentes y en los campos de batalla, sino en una gran medida en los estrados del Tribunal Supremo"<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Conf., CHARLES WARREN, "The Supreme Court in the United States History", Boston, 1928, Vol. I, pág. I.

