

La Corte ante al gobierno: Plan de investigación para comparar las trayectorias del trabajo jurídico- constitucional en Colombia y Argentina

The Court before the Government: Research Plan to Compare the Trajectories of Legal-constitutional Work in Colombia and Argentina

Jorge-Enrique Carvajal-Martínez¹
Universidad Nacional– Bogotá, Colombia
jecarvajalma@gmail.com

Andrés-Mauricio Guzmán-Rincón²
Universidad La Gran Colombia – Bogotá, Colombia
andres.guzman@ugc.edu.co

Cómo citar/ How to cite: Carvajal, J. & Guzmán, A. (2024). La Corte ante el gobierno: Plan de investigación para comparar las trayectorias del trabajo jurídico-constitucional en Colombia y Argentina. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 19(1), 60 – 89. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2024v19n1.11356>

Resumen

El artículo propone un plan de investigación a partir del cual es posible explicitar el sentido de la incidencia política de las Cortes en su relación con el poder Ejecutivo, destacando el rol decisivo que desempeña la racionalidad jurídica en ello, sin incurrir en las limitaciones de los enfoques formalistas que adoptan un énfasis local y técnico-jurídico con escasas referencias al contexto institucional o los enfoques deriva-

Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2023 Este es un artículo Open Access bajo la licencia BY-NC-SA
Fecha de evaluación: 9 de octubre de 2023 (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>)
Fecha de aceptación: 30 de noviembre de 2023 Published by Universidad Libre

El artículo es parte del Proyecto de investigación gobernanza democrática para la paz y los derechos humanos: aproximaciones multidisciplinarias en entornos digitales, financiado por la Universidad La Gran Colombia.

- 1 Doctor en sociología jurídica e instituciones políticas de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Estudios Políticos del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales -IEPRI de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Docente de la Maestría en Derecho, Universidad La Gran Colombia.
- 2 Candidato a doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), abogado y Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster en derechos Humanos de la Universidad Nacional de San Martín. Profesor de la facultad de Derecho de la Universidad la Gran Colombia. Becario del programa Pasaporte a la Ciencia financiado por El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior de Colombia.

dos del análisis político que entienden primordialmente las decisiones judiciales como actos determinados por el poder. Este incorpora una dimensión relacional y comparada que pretende orientar análisis más profundos sobre los sistemas jurídicos latinoamericanos, y ejemplifica sus componentes iniciales a partir del análisis de caso en la experiencia reciente de Colombia y Argentina.

Palabras clave

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina; Corte Constitucional de Colombia; presidencialismo; control judicial; separación de poderes.

Abstract

The article proposes a research plan. The plan tries to explicit the sense of the political incidence of the Cortes in its relationship with the Executive power, highlighting the decisive role that legal rationality plays in it, without incurring the limitations of the Formalistic approaches that adopt a local and technical-legal emphasis or approaches derived from political analysis that primarily understand judicial decisions as acts determined by the power. It incorporates a relational and comparative dimension that aims to guide more in-depth analyzes of Latin American legal systems, and exemplifies its initial components based on the case analysis in the recent experience of Colombia and Argentina.

Keywords

Supreme Court of Justice of the Nation; Constitutional Court of Colombia; presidentialism; judicial control; separation of powers.

Introducción

El plan propuesto se enmarca en los esfuerzos precedentes por avanzar en la comprensión de las complejas relaciones entre política y derecho. La producción académica reciente, evidencia una preocupación significativa por estudiar el rol desempeñado por el poder judicial en el desarrollo de las democracias constitucionales contemporáneas, fenómeno que se convirtió en tendencia global con las reformas institucionales de finales de los años ochenta. Paralelamente, se ha dado lugar a un inusitado protagonismo del poder judicial en los asuntos públicos, me-

diante los pronunciamientos de las Cortes frente a cuestiones de justicia estructural a través del razonamiento constitucional en un contexto en el que los marcos normativos e institucionales posibilitan sus intervenciones, dando lugar a la ampliación progresiva de su incidencia en el sistema político (Atilgan, 2018).

Sin embargo, la comprensión de las dinámicas entre política y derecho, y concretamente entre Cortes y gobierno se ha transformado en el tiempo. Así por ejemplo los trabajos producidos durante la década de los setentas y los ochentas se centraron en la manera en que podía fortalecerse la capacidad del poder judicial para ejercer control sobre el poder político, ante la irrupción de los regímenes autoritarios (Bill, Ferejohn, & Weingast, 2011). Aquí, la herencia hiperpresidencialista de los regímenes latinoamericanos, era considerada un factor determinante de la escasa o nula independencia de las cortes frente a los exuberantes poderes de facto (O'Donnell, 2003)³. Lograda la transición política en la región surge la segunda etapa durante la década de los noventas, que podría denominarse como de adaptación y que básicamente coincide con estudios que tienen como propósito compatibilizar el poder judicial y el nuevo sistema democrático, donde el primero ya no solo está llamado a ejercer control y ser independiente, sino que se convierte en garante del Estado de derecho, la economía de mercado y del proceso democrático. Es aquí donde se realizan diagnósticos⁴ encaminados a fundamentar reformas, y comienza a construirse la idea del poder judicial como contrapoder (Hammergren, 1999)⁵. En la tercera y última etapa, que abarca aproximadamente los últimos 15 años, como se anunció antes, la preocupación gira en torno a cómo el poder judicial incide en el poder político (Cruz, 2018), y cuál ha sido el impacto de las reformas institucionales emprendidas, en especial, que consecuencias ha tenido la ampliación de las facultades de las Cortes, para reflexionar sobre el equilibrio que debe existir entre independencia judicial y rendición de cuentas, así como la pregunta sobre cómo lograr decisiones más democráticas y establecer unos límites a la judicialización de la política para contrarrestar los riesgos del excesivo activismo judicial (Ansolabehere, 2013).

Como se puede observar la discusión en la región por la que ha trasegado la relación entre poder político y judicial, Cortes y gobierno, entrecruza varios dis-

3 En la Argentina por ejemplo era común que la Corte Suprema de Justicia rehusara intervenir en asuntos públicos y estuviese expuesta a una enorme inestabilidad en su conformación por obra de la remoción arbitraria de sus integrantes por parte de los gobiernos de facto (Benente, 2019).

4 También se conforma una línea de investigación que se preocupa por explicar los factores que posibilitaron la reforma, en especial el por qué el Ejecutivo estuvo dispuesto a perder privilegios dentro de la estructura del Estado. Al respecto surgen las teorías de la defección estratégica y de la competencia política (Cherny & Scherlis, 2015).

5 Diferentes reformas constitucionales dotan al poder judicial de mayor protagonismo en la región como la expansión del control de constitucionalidad, y la protección del asedio del Ejecutivo a través de la creación de Órganos Administrativos del poder judicial.

cursos, con énfasis y variaciones en el tiempo: por una parte, el de la búsqueda de la independencia judicial, en un comienzo como fin, actualmente más como un medio para la democratización, el de las reformas judiciales que se traducen en la promoción y justificación de transformaciones institucionales y por último el de las críticas al presidencialismo.

En este contexto, el artículo propone un plan de investigación que gira en torno a un objeto de estudio susceptible de ser comprendido a partir de tres dimensiones: i) *la dimensión relacional*, que se dirige hacia la comprensión de las relaciones complejas entre dos poderes públicos (el Poder Judicial PJ y el Poder Ejecutivo PE) que a su vez desarrollan funciones distintas y complementarias dentro del Estado, y de manera específica respecto de los Tribunales de cierre (la Corte Suprema de Justicia de la Nación -CSJN- en Argentina y la Corte Constitucional -CC- y la Corte Suprema de Justicia -CSJ- en Colombia) y el Jefe de Estado. Esta dimensión relacional se justifica por la necesidad de lograr desde el ejercicio investigativo contrarrestar fenómenos como el autoritarismo, el Constitucionalismo abusivo (Landa, 2014), o la excepcionalidad recurrente propios de regímenes hiperpresidencialistas (Gargarella, 2014) o monopresidencialistas (Ferreyra, 2019), e identificar la potencialidad deliberativa de los diseños constitucionales y de la práctica de las Cortes, ii) *la dimensión comparada*, que asume que estas relaciones complejas se expresan en manifestaciones institucionales, normativas, comportamentales e históricas a partir de las cuales es posible identificar sus términos dentro de las especificidades de cada modelo de Estado Nación para derivar juicios a partir del contraste, enriquecer la discusión e incidir en un campo de estudio que a pesar de algunos avances sigue siendo marginal en la región, iii) *la dimensión práctica*, que enmarca el análisis relacional y comparado en una manifestación especial: la del *trabajo jurídico-constitucional* llevado a cabo por las Cortes, es decir, el uso estratégico que estas hacen del discurso constitucional en el ejercicio de sus funciones para incidir en la configuración del sistema político, espacio en el que ocurren estas relaciones. La indagación profunda sobre el significado de las doctrinas constitucionales, su formación y uso estratégico por parte de las Cortes en relación con las dinámicas de otros sistemas sociales es lo que se entiende por *trabajo jurídico constitucional en sentido práctico* (Cruz, 2018)⁶. La pregunta que orientará la dis-

6 Pierre Bourdieu (1997) establece una perspectiva relacional de la sociedad, bajo la cual la distancia y proximidad de los agentes en la historia permiten determinar el sentido de las distribuciones desiguales de recursos o capitales, creando de esta manera una cartografía de la dominación que termina siendo el campo de lo social. Este campo opera como un juego, en el que los participantes están constreñidos por las reglas pero luchan por mantenerlas o cambiarlas, en estas dinámicas los agentes a través del habitus i) conducen sus acciones y le imprimen un sentido práctico y reproducen los principios de visión y división dominantes, de igual manera ii) despliegan la capacidad de actuar conforme a condicionamientos para generar y organizar prácticas y representaciones reguladas y regulares o modificar sus marcos limitados. En síntesis, la distribución de poder depende de la acción y de las prácticas, conceptos clave que también permiten entender las relaciones complejas entre sistemas sociales partiendo de la constatación de que estos subsisten bajo una continua interpenetración de capitales recíproca, lo que moviliza la lógica de un campo en otro y extiende sus efectos (Cruz, 2018 A). Estos elementos permiten

ertación se puede expresar en los siguientes términos: ¿De qué manera las altas Cortes en su función constitucional inciden en el sistema político?, lo que conlleva a indagar por las condiciones que posibilitan esa incidencia, así como el rol que desempeña el trabajo jurídico que adelantan a través de la producción de doctrina constitucional en sus fallos y la manera en que efectúan un uso estratégico de dicha teoría. Lo anterior requiere analizar los escenarios en los que se expresa esa incidencia y las reacciones que desató la acción de las Cortes en los actores sociales. Sin embargo, como se advirtió en los párrafos anteriores, se espera que una agenda de investigación más extensa y con mayores desarrollos se centre en avanzar en la comprensión concreta de esta interacción.

Como se puede observar, el problema de investigación puede aplicarse al estudio comparativo entre países, ya que lo que se busca es identificar el nivel de relación entre la incidencia política y el uso estratégico de la doctrina constitucional para analizar su dependencia recíproca, así como el contenido específico que cobran en el tiempo. De acuerdo con esto, es claro que este planteamiento no tendría como preocupación central ubicar la posición de las Cortes frente al gobierno en términos de si sus fallos son o no favorables a éste, sino más bien comprender la manera en que sus construcciones doctrinales se dan en el contexto de una estrategia que las posicionan dentro del sistema político y jurídico.

La agenda aquí trazada que ya ha sido desarrollada parcialmente por autores como Cruz (2018) sobre el caso colombiano busca constituirse en un punto de partida que promueva una investigación más sistemática de los países de la región en perspectiva comparada. Para los efectos de este artículo se efectuará un breve abordaje comparativo que abarca predominantemente el periodo que va de 2003 (fecha en la que hubo una reforma en Argentina que incidió en un protagonismo mayor de la CSJN en el sistema político. Mientras que en Colombia la CC y la CSJ amplían sus intervenciones en un contexto de enfrentamiento con el gobierno que despliega acciones para acrecentar su poder) a 2020. Los casos a estudiar son los que podrían encuadrar dentro de lo que se denomina como “políticamente perfilados” que se constituyen en una porción significativamente menor al total que conoce la Corte (Arballo, 2015) (Santiago, 2000), y en especial aquellos en los que se ilustre de manera evidente una relación con el Poder Ejecutivo, en ese sentido, en principio y por la necesidad de evitar que el objeto sea inabarcable solo se tomarán casos en los que se haya pronunciado la CSJN, la CC y la CSJ.

entender la manera en que las Cortes adelantan estrategias sociales de capitalización en relación con el sistema político a través del trabajo jurídico, en este caso la producción de doctrina constitucional bajo circunstancias políticas determinadas (Bourdieu, 2006).

Diseño metodológico

El diseño metodológico sigue de cerca los planteamientos de la teoría constitucional que promueve la incorporación de diferentes métodos con pretensiones de integralidad. Así por ejemplo Zarini (1992) y Bidart Campos (1996) defienden la interdisciplinariedad en los estudios constitucionales para abordar con mayor criterio las dimensiones axiológicas y sociológicas de fenómenos complejos como los que aborda este plan de investigación. Presupuesto coherente con los desarrollos del neoconstitucionalismo, bajo el cual se propende por investigaciones interrelacionales que acentúen el conocimiento del poder judicial con los demás órganos del gobierno y la sociedad civil para el logro de la vigencia efectiva de los derechos humanos (Carnota & Maraniello, 2008).

La labor de *revisión de la bibliografía* se efectuó a partir de las *categorías analíticas* que delimitan el problema: la interacción entre Poder Ejecutivo y Cortes, incidencia de las Cortes en el sistema político y jurídico, estudios comparados, escenarios constitucionales de interacción. A partir de esto se han fijado los elementos estructurantes del campo jurídico en el que se desarrollan las interacciones entre Cortes y Poder Ejecutivo, se han identificado los actores sociales que participan en ellas, y los aspectos institucionales, normativos y comportamentales⁷ que les dan sentido. Siguiendo a Kapiszewski (2012) se espera identificar los patrones dominantes de interacción: i) la conformación de las Cortes por parte del Ejecutivo entre politización y profesionalización), ii) el carácter de las Cortes; que da cuenta de su estabilidad, cohesión institucional y legitimidad ante la opinión pública, iii) patrones estrictos de interacciones que van de la confrontación, a la sumisión de la Corte, el ajuste mutuo, o la dominación de la Corte. Esto se ubica con mayor precisión en los escenarios constitucionales establecidos en las tablas 1 y 2, y en sus manifestaciones concretas, es decir, el trabajo jurídico estratégico de las Cortes a través de sus doctrinas.

Como criterios de selección de fallos que ilustren las doctrinas constitucionales se han empleado los siguientes: i) aquellos que reflejen el uso estratégico de doctrinas constitucionales, ii) que sean fallos políticamente perfilados donde haya un interés especial del Poder Ejecutivo, iii) que reflejen la manera en que el tribunal adquiere relevancia o se inhibe, iv) que generen una reacción concreta de apoyo o rechazo por

⁷ Kapiszewski (2012) elabora una tipología para identificar las tendencias del comportamiento de las Cortes que tiene en cuenta: la dirección de las sentencias, su intensidad, y el enfoque para la toma de decisiones. Este además puede ser: pragmático, deferencial, de construcción de apoyo, de autoprotección, basado en preferencias o legalista. Esta propuesta aporta a una explicación multicausal y relacional que podría ser útil para fijar el campo jurídico e intuir su orientación.

parte de otros actores sociales como la sociedad civil o los poderes públicos (Arballo, 2015) (Cruz, 2018). El análisis de la jurisprudencia adopta la metodología del precedente donde se identifican los problemas jurídicos relevantes, las subreglas que subyacen a su resolución y el fundamento principal de la decisión, así como la identificación de citas y fundamentos de fallos anteriores (López, 2016). Este estará orientado a la demostración de la hipótesis y cobra sentido a partir de la contextualización del campo jurídico y sus relaciones de poder. En esta labor se emplearán herramientas de triangulación de la información (Kunz & Cardinaux, 2004) para evidenciar los patrones de interacción característicos de las Cortes de cada país.

De igual manera son pertinentes las metodologías contemporáneas del derecho comparado, que parten de la existencia de una racionalidad transversal en las relaciones entre los principios y reglas de diferentes órdenes legales que es susceptible de ser comprendida y desentrañada (Neves, 2013) por lo que buscan rastrear las relaciones entre patrones de convergencia y divergencia persistente en la jurisprudencia constitucional entre comunidades, e indagar sobre cómo interactúan las cortes con el ambiente jurídico transnacional, para de esta forma avanzar en la explicación de los fenómenos y no simplemente derivar taxonomías (Ran, 2014). Desde esta perspectiva, el derecho comparado indaga también en i) el comportamiento judicial y su incidencia en la toma de decisiones, ii) el entendimiento de los orígenes del cambio institucional y normativo (cerrando la brecha entre la teoría constitucional normativa y la política constitucional), iii) las promesas y fallas de los diseños constitucionales teniendo en cuenta la relevancia del contexto social, político y cultural en escenarios en los que se implementan, y vi) la capacidad de la jurisprudencia para inducir al cambio social. En la tabla 3 que se encuentra en los anexos se sintetizan los elementos de la metodología aquí descritos.

Antecedentes y discusión

Los antecedentes que se presentan a continuación siguen la periodización señalada en la introducción, en relación con la experiencia de Argentina y de Colombia⁸ y se ubican en la interacción presente entre Cortes y Poder Ejecutivo, a través de la comparación, enfoque que ha cobrado relevancia teórica para el abordaje de las interacciones entre las Cortes y el resto de las ramas de gobierno en los países latinoamericanos (Kapiszewski, 2012).

8 Estos países comparten algunas similitudes institucionales y contextuales que serán precisadas en los antecedentes: i) un predominio tradicional de un Ejecutivo fuerte, ii) afrontaron transiciones democráticas, iii) introdujeron reformas a las altas Cortes dentro del periodo estudiado. Aunque sus intervenciones políticas son distintas y varían entre la sumisión y la confrontación ante el gobierno, debido a las diferencias significativas que presentan sus instituciones informales.

El poder judicial durante la democracia interrumpida: entre el autoritarismo constitucional y los poderes de facto

El Constitucionalismo en países latinoamericanos como Argentina y Colombia se ha caracterizado por una fusión de las ideologías liberal y conservadora por parte de la élite política como una manera de contrarrestar el republicanismo y el radicalismo europeo con presencia en la región durante la segunda mitad del siglo XIX, lo que desencadenó en modelos constituciones refractarios de las expresiones populares, y la incorporación a su estructura de instituciones contradictorias que entraron en tensión permanente. Así, por ejemplo, la fórmula de la división de poderes y del sistema de frenos y contrapesos (que en el contexto norteamericano fue ideado para contrarrestar el riesgo de la anarquía y la tiranía), es distorsionado por la instauración de un Poder Ejecutivo fuerte con muchas facultades⁹ (Gargarella, 2014).

En este contexto, desde la Constitución de 1853, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en Argentina, cobra relevancia como una instancia de dominación simbólica cuya función principal consiste en consolidar el régimen político mediante la seguridad jurídica, la razonabilidad legal, y la certidumbre regulativa que facilita el régimen social de acumulación¹⁰ (Grubisic, 2016). De 1880 a 1930, esto ocurre en un escenario de relativa estabilidad y autonomía frente al Ejecutivo (Santiago, Tanzi, Pugliese, & Calero, 2012), en tanto que a partir de 1930 se cuentan varios momentos históricos de ruptura institucional que generan su subordinación paulatina hacia los gobiernos de facto, que, mediante el ejercicio de la remoción y sustitución de los ministros o los pedidos de juicio político (Sabsay, 2004), logró su control sin que para esto fuera necesario recurrir a cambios normativos o institucionales importantes (González J. , 2015). El tránsito a la democracia que inicia en 1983 no revirtió de manera significativa esta tendencia¹¹, aunque algunas reformas¹² posteriores atenuaron la enorme influencia del gobierno en su

9 La alianza liberal-conservadora rechaza la tradición republicana, por considerar que da lugar a excesos y a decisiones irracionales como lo entendían por ejemplo en Argentina, los exponentes de la generación del 37 en su crítica a la perspectiva jacobina. Subyace a este planteamiento considerar que existe una relación de proporcionalidad inversa entre los principios de cercanía e imparcialidad: entre más cercanía de la ciudadanía al poder, menos imparcialidad. por eso la tendencia es hacia un modelo representativo fuerte reacio a la participación mayoritaria y a los derechos civiles extendidos (Gargarella, 2014).

10 El periodo de institucionalización de la CSJN como guardián de la Constitución siguiendo de cerca la tradición anglosajona comienza hacia 1860, en un clima de relativa estabilidad política. Durante esta etapa fundante se establecen los aspectos medulares del poder judicial tales como el juicio político, la jurisdicción federal y la carrera judicial, también se adoptan las normas regulativas más importantes para el desempeño de la Corte como la Ley 27 de 1862 que establece que el poder judicial nacional no puede actuar de oficio y la Ley 48 de 1863 que delimita la competencia de los tribunales nacionales. Más adelante se profiere la Ley 1893 de 1886 que organiza los tribunales de la Capital Federal, y la Ley 4055 de 1902 que regula los procedimientos de apelación a la CSJN y a las Cámaras de apelaciones (Grubisic, 2016).

11 Si se tiene en cuenta la cooptación que logró el expresidente Carlos Menem de la CSJN durante sus periodos constitucionales en el poder y el desprestigio social de este órgano ante la ciudadanía al percibirse que éste no era independiente (Ferreira & Goretti, 1996).

12 Como la que adelantó el expresidente Néstor Kirchner mediante el Decreto 222 de 2003 que limitó la discrecionalidad del presidente

conformación, logrando a partir de ello que este órgano lograra un protagonismo importante en asuntos de justicia estructural, más allá de que continúe adoptando por regla general una postura cautelosa frente a asuntos políticos, lo que se explica en parte por la necesidad de mantenerse a salvo de las retaliaciones del Ejecutivo, que históricamente ha mermado su estabilidad e independencia (Ansolabehere, 2013).

En Colombia, la Constitución de 1886 representa la restauración¹³ iniciada por Rafael Núñez contra la Constitución del olimpo liberal de 1863 en la que los conservadores habían sido excluidos. Esta asegura la estabilidad del régimen que hace prevalecer el status quo de las élites bipartidistas durante casi todo el periodo que comprende los años finales del siglo XIX y prácticamente todo el siglo XX. Sin embargo es con la reforma de 1910 que desde entonces y hasta mediados de los años treinta del siglo pasado, la Corte Suprema de Justicia (CSJ), gana terreno dentro del poder del Estado como el órgano encargado de brindarle legitimidad a los gobiernos liberales, que emprenden reformas constitucionales para atenuar la restauración, con lo que va ganando atribuciones en el sistema político paulatinamente (Landau, 2014 A). Si bien es cierto que a diferencia de Argentina, en Colombia hubo una escasa ruptura institucional, los gobiernos constitucionales del frente nacional¹⁴ adoptaron un talante autoritario que raras veces fue limitado o controlado por la CSJ (Barreto, 2011) que mantuvo al igual que la CSJN una actitud cautelosa que rehusaba inmiscuirse en asuntos políticos adhiriendo a una concepción formalista del derecho que en últimas terminaba legitimando estas acciones. Por eso, ante las expectativas de democratización de finales de siglo XX, el consenso político de la constituyente de 1990 decidió restarle facultades, trasladando la función de supremacía y guarda de la Constitución a una nueva Corte inspirada en el modelo concentrado propio de la tradición constitucional europea (Uribe, 1995).

En ambos países las Cortes habían mantenido una postura subordinada a gobiernos con escasa o nula legitimidad democrática, como consecuencia de rupturas institucionales como en Argentina, o haber exacerbado facultades excepcionales con rasgos autoritarios dentro de la normalidad constitucional como en Colombia.

para nombrar a los Ministros de la CSJN, o la creación del Consejo Superior de la Magistratura a partir de la reforma constitucional de 1994.

13 También se recalca el carácter reaccionario y autoritario de esta Constitución en la medida en que fue pensada como resistencia al ideario liberal de la Constitución de Rionegro de 1863 que impulsó la separación entre Estado y religión, el federalismo y promovió las libertades individuales. De hecho, este diseño constitucional era considerado como foco de inestabilidad y anarquía por parte de los conservadores (Valencia, 2015).

14 El frente nacional surge como un frente cívico y elitista que luego obtiene el respaldo de militares disidentes, los sindicatos y la iglesia. Estableció la paridad bipartidista en el gobierno, los Ministerios y el Congreso a través de la alternación presidencial y la cooptación judicial, inicialmente su duración fue prevista hasta 1974 pero duró hasta 1990. Este fue el mecanismo que se concertó para aliviar la enemistad bipartidista y deponer al dictador Gustavo Rojas Pinilla en 1957 (Archila, 2003).

Por eso la reflexión académica giraba en torno a la denuncia del autoritarismo y la identificación de los aspectos que potenciaban un poder judicial independiente que ejerciera un control efectivo al Poder Ejecutivo¹⁵. Aunque el objetivo central era posibilitar la transición democrática, que en Argentina se logra a partir de 1983 y en Colombia con los acuerdos de paz que son la antesala de la constituyente de 1990 que dio lugar a la nueva Constitución de 1991.

Independencia judicial y reformas institucionales en la transición democrática

La consecución de un poder judicial independiente que fortalezca la transición democrática en Argentina ocupa buena parte del ejercicio académico, allí cobra una especial relevancia las relaciones entre la CSJN y el Poder Ejecutivo: Así por ejemplo, las investigaciones influenciadas por los presupuestos de la “elección racional”, la “defección estratégica” o la “teoría del seguro”, buscan explicar cómo el déficit democrático, (que se traducía en una nula o escasa competencia política si se tiene en cuenta la época de los gobiernos de facto o la cooptación mayoritaria del Estado lograda por el Menemismo ya en democracia) incidió en la configuración de una CSJN poco independiente, alineada ideológicamente a un Ejecutivo con poderes exorbitantes que en la práctica no mantenía a salvo el principio del equilibrio de poderes ni imponía límites¹⁶. Contrario sensu, desde estos enfoques se plantea que una democracia competitiva donde exista incertidumbre electoral promueve de parte de los jueces una anticipación imperfecta y de parte del Ejecutivo una actitud más proclive a la insularidad de las Cortes para de esta forma tener un seguro en caso de una sucesión en el poder (Aydın, 2013). En estos análisis cobra una relevancia notable la incidencia del Ejecutivo en la nominación de los Ministros de las Cortes, que explican por ejemplo la cooptación alcanzada por Menem a través de lo que se conoció como la “mayoría automática” y se utiliza como variable predominante para analizar el desempeño de la Corte que durante esta época resulta proclive a respaldar las orientaciones ideológicas del gobierno¹⁷. Sin

15 Solo por mencionar un ejemplo, en Argentina el Consejo para la Consolidación de la Democracia que presidió Carlos Santiago Nino por mandato del expresidente Raúl Alfonsín, elaboró algunas propuestas de reforma constitucional que tenían como finalidad atenuar el presidencialismo a través de un sistema mixto con mayores controles, en relación con el poder judicial, se propuso restringir la discrecionalidad en el nombramiento de Ministros de la CSJN por parte del Ejecutivo a través de mecanismos de publicidad, y limitar la competencia de la CSJN a asuntos estrictamente constitucionales a través de la vía del recurso extraordinario, preservando la casación al ámbito provincial (Consejo para la consolidación de la demoracia, 1986).

16 Bohoslavsky & Gargarella (2015) y González (2015), denuncian las contradicciones que marcaron la relación entre la Corte y el poder de facto entre “la complicidad militante, la complacencia banal y la valiente independencia” (pág. 15) como anotaría el primero de ellos. Contradicciones que también fueron destacadas por Oteiza (1994) al observar el paralelismo entre el desconocimiento de la independencia del poder judicial no solo por las presiones de gobiernos sucesivos sino por la misma Corte en el periodo de las transiciones. Verbitsky (1993) además, denuncia la amalgama forjada entre la Corte y el Poder Ejecutivo para conformar una robusta élite política que mantiene un poder autocrático. Más adelante Abiad & Thieberger (2005), y Hausser (2016) (2019), siguiendo esa línea de investigación, recientemente se han ocupado de auscultar en la intimidad de este órgano para sacar a flote las profundas conexiones con el poder político y el exacerbado espíritu corporativo que da cuenta de su actuación autoreferente.

17 La CSJN realizó un trabajo jurídico dirigido a brindar legitimidad legal a las privatizaciones, la concentración de poderes a través de los

embargo, este modelo explicativo resultó insuficiente para indagar por las razones que llevaron al gobierno de Nestor Kirchner a contrariar la tradición y autolimitar su poder para conformar la CSJN en 2003 a través del mencionado Decreto 222 de 2003, las investigaciones concluyeron que la principal razón obedecía a la búsqueda de una mayor cooperación ciudadana ante el escaso respaldo de sus electores y la necesidad de brindarle legitimidad a un órgano desacreditado socialmente. De esta manera, se incluyeron nuevas variables explicativas más allá de la competencia política, que indagan sobre los presupuestos de un poder judicial independiente (Helmke & Ríos, 2011).

Sobre el caso colombiano se destacan los rasgos autocráticos de la organización institucional del frente nacional que se trasladan al funcionamiento del poder judicial, que al estar configurado bajo la regla de paridad burocrática se muestra permisivo frente a un Poder Ejecutivo que gobierna recurrentemente mediante un uso abusivo de la excepcionalidad política (Ariza, 1997), de esta manera como lo expresa Gallón (1979) o García & Uprimny (2016) la democratización del sistema político promovería una mayor competencia y en consecuencia un poder judicial independiente. Sin embargo, autores como Nunes (2010) o Landau (2014 A), si bien aceptan que la nueva Constitución de 1991 promueve la democratización, la independencia de un órgano como la Corte Constitucional no solo se explica por factores políticos sino por aspectos culturales y organizacionales que permitieron su autonomía a pesar de que el gobierno del expresidente Gaviria promovió su empoderamiento e incidió de manera significativa en su conformación.

En este punto, el termómetro que puso a prueba la independencia judicial frente al Poder Ejecutivo en Colombia fue el de las limitaciones efectivas que impuso la CC a la práctica recurrente y abusiva de los estados de excepción por parte de los gobiernos, en oposición al criterio laxo que había mantenido la CSJ antes de 1990. A partir de la Constitución de 1991 si bien el país continuó bajo un escenario de alta conflictividad social, la declaratoria de estados de excepción pasó a ser realmente excepcional a pesar de los intentos del Poder Ejecutivo por instaurarla. En Argentina en cambio la excepcionalidad política ejercida por el Poder Ejecutivo a través de los Decretos de Necesidad y Urgencia o la emergencia económica ha sido una herramienta reiterada¹⁸, con escaso control parlamentario (Ferreyra, 2016) y jurídico por parte de la CSJN (Bestard, 2016). La intervención de la CSJN

Decretos de Necesidad y Urgencia y a una escasa judicialización de los crímenes de lesa humanidad durante la dictadura (Mugambi, 2008) (Llanos & Figueroa, 2008).

18 Comotto (2018) y Gordillo (2011) plantean que el uso de los DNU implica un abuso que en la práctica ha desnaturalizado su naturaleza excepcional y sometido a controles políticos y jurídicos.

en las medidas adoptadas por los gobiernos para contrarrestar la crisis económica y política mediante las medidas de convertibilidad y pesificación dan cuenta de unas variaciones abruptas que se comprenden mejor en el terreno de las retaliaciones políticas (Sancari, 2006), (Bercholch & Sancari, 2016), lo que conllevó el descrédito ante la ciudadanía y propició las reformas posteriores de 2003¹⁹.

Las Cortes ante el gobierno: más allá del control hacia la potencialidad dialógica

Como se puede observar, las limitaciones de las teorías que surgen de la acción racional fueron puestas de manifiesto por los estudios de caso en Argentina y Colombia, al incorporar al análisis un enfoque distinto bajo el cual se identifican nuevos factores que inciden en la independencia de las Cortes y los procesos de democratización que escapan a la determinación del sistema político sin desconocer que este sea un aspecto relevante. Por eso el análisis cubre ahora nuevos actores en la relación gobierno y Cortes (Andriotti, 2013). En el caso argentino la variable sociedad civil va a ser fundamental para explicar la transformación de la postura de la CSJN frente al juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura cívico militar (Bonner, 2005), que pasó de avalar la impunidad o al menos, tener una visión poco proclive a la judicialización de los crímenes, hacia su reconocimiento y sanción, contrariando con esto el criterio adoptado por los gobiernos de Alfonsín y Menem (Scaar, 2010). Este proceso, lento y paulatino no hubiese sido posible sin las redes que forjaron los movimientos sociales con la comunidad internacional, el afianzamiento cultural de una visión del derecho que facilitó un cambio en la interpretación de la ley por parte de la justicia provincial y la necesidad de la CSJN de recobrar su legitimidad ante el desprestigio social mediante una alianza con la ciudadanía (González, 2014). Esta dinámica también se ha replicado en casos emblemáticos en los que la Corte parece ser más receptiva de los reclamos ciudadanos ante asuntos de justicia estructural como el emblemático caso Verbitsky en favor de los derechos de personas privadas de la libertad o el de la cuenca Matanza Riachuelo que dio lugar a la protección de la comunidad frente a la contaminación de fuentes hídricas.

En Colombia, se ha documentado una relación más estrecha de la CC con la sociedad civil frente a asuntos de justicia estructural que le ha servido para con-

19 La dinámica del sistema político argentino muestra una tendencia importante hacia la convergencia en temas estratégicos por parte del Ejecutivo y el Congreso, en el que el primero detenta una enorme influencia, esto se evidencia en que “los legisladores argentinos aprueban tácitamente la abrumadora mayoría de los decretos, inclusive en áreas de política pública donde tendrían incentivos para modificarlos o rechazarlos” (Bonvechi & Zelaznick, 2018, pág. 28), y en que el legislador delega su función permanentemente en especial frente a la política impositiva.

trarrestar los ataques de los que ha sido blanco por parte de los gobiernos, que a través de intentos de reforma ha intentado limitar los alcances de sus fallos y evitar su incidencia en el sistema político. La alianza con la comunidad internacional y la movilización social fueron clave para frenar medidas de impunidad frente a crímenes de lesa humanidad cometidos por paramilitares en el marco del conflicto armado. También para exigir una intervención integral del Estado frente a asuntos de injusticia estructural como el desplazamiento forzado, la insatisfacción de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad o las deficiencias del sistema de salud (Uprimny, 2016).

Este fenómeno ha dado lugar al estudio de la influencia de las Cortes en el sistema político y la ampliación progresiva de sus intervenciones en distintos campos sociales (Cruz, 2018). En el seno de estos desarrollos se discute, no solo si son o no los jueces los que deben tener la última palabra en cuestiones de justicia básica que se resuelven a la luz de la interpretación de la Constitución, sino sobre todo, cuál es el potencial que poseen para dinamizar la deliberación política con los demás órganos del Estado y la ciudadanía, lo que implica desafíos críticos a la teoría clásica de la división de poderes o al elitismo subyacente a la supremacía judicial en la aplicación de la Constitución (Gargarella & Bergallo, 2014).

En Colombia, las decisiones de la Corte que han impedido la reforma constitucional haciendo una interpretación extensiva de las facultades conferidas para ejercer el control de constitucionalidad, ha sido objeto de profundas controversias, se debate sobre cuál es el mecanismo más adecuado que debe adoptar la justicia para contrarrestar el Constitucionalismo abusivo promovido por el Ejecutivo o las mayorías legislativas pero sin que esto implique reemplazar la deliberación democrática (Ferreira, 2018). En Argentina, esta mayor intervención de la CSJN en asuntos políticos se identifica con la reforma de 2003, bajo la cual se observa el uso de variantes atípicas en sus sentencias mediante el ejercicio de funciones constitucionales (Bazán, 2009). En lo que atañe a las relaciones entre Ejecutivo y CSJN, cobra relevancia el abordaje ambivalente del conflicto dado por este alto tribunal a la estrategia jurídica adelantada por algunos actores sociales que buscan bloquear los efectos de una ley promovida por el Ejecutivo como ha ocurrido en el emblemático caso Clarín.

Doctrina constitucional y escenarios de interacción entre ejecutivo y Cortes

Algunos autores en Argentina aceptan que la CSJN desempeña un rol político, aunque esta noción tiende a ser bastante ambigua, allí se destaca que, por ejemplo, ésta ha mostrado cierta “adecuación” al poder Ejecutivo con la finalidad de lograr con sus intervenciones una mayor eficiencia del sistema que ahorre choques entre los órganos del Estado (Ohyanarte, 1972), tesis que también es compartida por Bianchi, quien reafirma que la CSJN es un poder de Estado que no puede estar sustraída a la vida política y que en desempeño de esa función ha interpretado el principio de la división de poderes no como un elemento de confrontación con el Poder Ejecutivo, sino de apoyo a la gobernabilidad (Bianchi, 1994). Manili (2017) por el contrario, a pesar de aceptar que en las últimas décadas la CSJN ha asumido una postura que califica como pragmática al evidenciar su alianza predominante con los gobiernos de turno, a partir del análisis jurídico de fallos paradigmáticos, reivindica una concepción principalista desde la que se comprenda el rol político de las Cortes como contrapoder de los órganos del Estado. Lo que evidencia la necesidad de un abordaje más integral y sistemático que arroje claridad sobre el asunto.

Ahora bien, en ambos países, es posible identificar algunas instituciones y escenarios en los que se manifiesta la interacción entre Poder Ejecutivo y Cortes a partir de la doctrina constitucional, así por ejemplo Ferreyra (2016) propone entender la Constitución Argentina como un sistema de garantías fundamentado i) en la separación de poderes²⁰, ii) la rigidez constitucional, iii) un plan de emergencias y iv) la racionalidad de la actuación del Estado. De igual manera identifica la existencia de condiciones necesarias para la actuación de los órganos del poder público tales como: i) el sometimiento de estos a los derechos humanos, ii) la autoaplicabilidad de derechos fundamentales, iii) la incorporación de los derechos humanos universales en la Constitución como parte integrante de la misma, iv) la regla que establece como obligatorio que la regulación de los derechos fundamentales debe efectuarse solo por ley, v) la garantía jurisdiccional de la Constitución a través del control de constitucionalidad y vi) la consagración del control político parlamentario. No obstante lo anterior, autores como Bidart Campos (1996) han planteado una asimetría del diseño constitucional que acentúa el Presidencialismo²¹.

20 Santiago (2000) sostiene que la reforma de 1994 adopta una estructura bajo la cual las ramas del poder público mantienen una separación menos rígida, en la que se busca una mayor colaboración para el desarrollo de funciones básicas con la presencia de controles recíprocos. Por regla general podría ubicarse en el Legislativo y el Ejecutivo la función gubernamental que consiste en la definición de la política a través de la regulación y la reglamentación, mientras que para el poder judicial se reserva principalmente la función de control, la salvaguarda del Estado de Derecho y la legitimidad de las decisiones públicas para contrarrestar la arbitrariedad.

21 Bidart Campos (1996) sostiene que si bien la reforma de 1994 atenuó en algunos aspectos el presidencialismo imperante también lo acentuó en otros. Dentro de los primeros se cuentan la prohibición general de ejercer facultades delegadas por el congreso y dictar

En todo caso dentro de este andamiaje constitucional, la doctrina plantea la existencia de controles interórganos que ejerce el Poder Judicial sobre el Congreso y el Presidente de la República, el fundamental consiste en preservar el principio de la supremacía constitucional declarando la inaplicabilidad de las normas contrarias a la Constitución y los tratados internacionales. También se destaca la consagración del Consejo de la Magistratura que limita la potestad del Poder Ejecutivo para designar a los jueces inferiores con acuerdo del Senado, a través de la conformación de las ternas de candidatos y el ejercicio del control judicial a las facultades jurisdiccionales que la ley ha reconocido a algunos organismos administrativos dependientes del Poder Ejecutivo (Badeni, 2006). En tanto que el Ejecutivo en relación con el Poder Judicial, tiene la facultad de presentar proyectos de leyes atinentes a la organización y estructura del órgano judicial; nombrar a los jueces; conceder indultos o conmutar penas; y nombrar jueces en comisión durante el receso del Senado²². También Ekmekdjian (1992), ha identificado los escenarios en los que se ha expresado esa interacción de poderes que desde su perspectiva han reflejado una unidad ideológica entre el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema: la restricción de derechos (poder de policía), en situaciones normales, como en las de emergencia.

En Colombia existe un control de constitucionalidad de la Ley en sentido formal y material, así como de los actos reformativos de la Constitución que es ejercido primordialmente por la CC, mientras que el gobierno Nacional tiene la potestad de ternar candidatos para cubrir las vacantes de los magistrados de las altas Cortes. Además, se establece que la CSJ ejerce un fuero especial en materia penal para congresistas y servidores públicos pertenecientes al Poder Ejecutivo.

Más adelante con el planteamiento de la hipótesis central del plan se identifican los escenarios en los que de acuerdo con el marco regulativo vigente se manifiesta la interacción Poder Ejecutivo y Cortes, así como algunas de las doctrinas constitucionales que han desarrollado estas últimas a través de su jurisprudencia.

decretos de necesidad y urgencia por parte del presidente de la nación, así como permitir la remoción del jefe de gabinete bajo ciertas condiciones por el parlamento. Dentro de los segundos se cuentan a) el hecho de no alterar la unipersonalidad del Poder Ejecutivo; b) omitir diseñar las relaciones entre el jefe de gabinete y los demás ministros, generando un vacío normativo; c) no introducir la llamada "censura" constructiva que es conocida en sistemas parlamentarios o semiparlamentarios, bajo la cual el Congreso tiene la facultad de designar el sucesor del jefe de gabinete cuando este ha sido removido; d) y la ausencia de contrapesos de la censura con la facultad de disolver el congreso.

- 22 Además la Constitución consagra algunas garantías en favor de la independencia judicial como la i) la inamovilidad de los jueces federales, regla que ha sido replicada por algunas constituciones provinciales y que implica que estos no sean separados de sus funciones sino por justa causa comprobada en un juicio siempre y cuando su nombramiento haya cumplido la Constitución, ii) la inamovilidad temporaria durante el período de designación y iii) la irreducibilidad de los sueldos de conformidad con la tradición norteamericana con la finalidad de aislar el poder judicial de la influencia de otros poderes del Estado (Bergalli, 1984). De igual manera el artículo 109 de la Constitución dispone que "en ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones jurisdiccionales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas" (Roth, 2007, pág. 292).

El balance de los antecedentes aquí brevemente expuestos, evidencia la centralidad que cobra el estudio de las interacciones entre Poder Ejecutivo y Cortes en la reflexión sobre la contribución de estas en los procesos de democratización y el ejercicio de funciones que van más allá de la insularidad política, lo que exige su intervención en el sistema político. Precisamente como se describirá en el apartado siguiente, el plan de investigación aquí trazado ubicaría en este espacio su objeto de estudio, profundizando en un aspecto que ha sido poco desarrollado para explicar esta relación: la del uso estratégico de la doctrina constitucional.

Hipótesis de trabajo para futuros desarrollos

El análisis situacional de la comparación permite situar algunos escenarios en los que se ha dado esta interacción entre poderes y que permitirían analizar el rol de las Cortes frente al gobierno. En relación con el caso argentino, se observa que la CSJN ha ejercido la función de consolidación del régimen político al configurarse como espacio de dominación simbólica cuya pretensión consiste en monopolizar la razonabilidad legal y la certidumbre regulativa. En este devenir, ha entrado en conflicto con los regímenes sociales de acumulación impulsados por un Poder Ejecutivo predominante dentro de la estructura del Estado que acudió a su hostigamiento, lo que explica en parte su actitud cautelosa en asuntos políticos y su subordinación frente a algunos gobiernos²³. Sin embargo, la democratización derivada de la transición política, el empoderamiento de la sociedad civil, y reformas sucesivas desde 1994²⁴, así como la doctrina constitucional que produjo, posibilitaron una incidencia particular de la CSJN en el sistema político que se expresó en un mayor protagonismo en los asuntos públicos a partir del reforzamiento de su autonomía frente al Ejecutivo²⁵, el apoyo ciudadano para recobrar legitimidad²⁶ y la búsqueda de cierta supremacía dentro del sistema jurídico²⁷. Para esto la CSJN, i)

23 El ejemplo de sumisión más extremo frente al poder ocurre con la denominada “doctrina de facto”, que es una elaboración desarrollada por autores y por tribunales con el objeto de otorgar, dentro de determinadas condiciones, validez jurídica a instituciones, normas y actos, que no los tienen originalmente por provenir de sucesos o acciones no encuadrados en el derecho positivo vigente en el momento en que se realizan” (Pizzolo, 2005, pág. 767). Esto ha dado lugar a diversas teorías: tesis legitimasista, reconocimiento popular, prescripción, error, común, necesidad, hecho consumado.

24 Reformas sucedáneas inciden en una menor injerencia del Ejecutivo en la conformación de la CSJN, o al menos, atenúan su discrecionalidad al adoptar un procedimiento en el que el Congreso y la ciudadanía pueden participar. Al respecto ver el Decreto 222 de 2003.

25 Ante los cuestionamientos de la opinión pública que identifica a la Corte de la “mayoría automática” con el gobierno de Menem, y no como una instancia de la justicia independiente capaz de aplicar la constitución. Desde 2002 comienzan las estrategias políticas encaminadas a renovar la Corte.

26 La ausencia de legitimidad de la CSJN se explica por la escasa diferenciación funcional que muestra frente a un Ejecutivo fuerte, que la hace incapaz de controlar el poder, y la condena a la marginalidad en los asuntos públicos, que no se nutren de la perspectiva constitucional.

27 Dentro de los contornos de un modelo federal con un sistema constitucional de control difuso que otorga un importante poder a la justicia provincial y en el que la obligatoriedad del precedente dista de ser una cuestión indiscutida. Lo anterior no obsta para que a través de escenarios como el de la constitucionalidad de la suspensión de leyes a través de medidas cautelares, la CSJN busque reafirmar su supremacía dentro del sistema jurídico para contrarrestar el abuso de las medidas cautelares por parte de jueces inferiores frente a leyes

identificó oportunidades políticas en algunos escenarios fácticos, ii) luego fijó marcos argumentativos desde los cuales se enmarca y fundamenta su intervención²⁸ y iii) elaboró doctrinas constitucionales a partir de estos marcos argumentativos que generaron apoyo o resistencia de otros actores sociales (otros poderes públicos o la ciudadanía) (Cruz, 2018).

Con variaciones y matices, esta hipótesis permite comprender lo característico de la intervención de la CSJN desde 2003 hasta el 2020, aunque permite reflexionar sobre su dinamismo en el tiempo y en relación con los contextos sociales, siempre teniendo de presente su interacción con el poder Ejecutivo. Por ejemplo, para el periodo 2016-2020²⁹, se observan tendencias que merman la autonomía en escenarios concretos de intervención como en el del nombramiento de jueces por parte del Presidente de la República³⁰ o la flexibilización de la sanción penal por crímenes graves³¹, que implican el debilitamiento del apoyo ciudadano. Estas contradicciones, reflejan una paradoja latente bajo ciertas coyunturas: una Corte que interviene para marginarse y quizá reforzar en la sociedad su supremacía, aunque a través de decisiones discrecionales que generan la sensación de ser poco predecibles³².

federales y preservar la configuración del poder legislativo dentro de un esquema de división de poderes.

- 28 Haro (2012) estudia las variaciones en el concepto de situaciones políticas” en la jurisprudencia de la CSJN en los últimos años. Además, son varios los casos perfilados políticamente en los que existía un interés explícito del Poder Ejecutivo que fueron abordados por la Corte bajo ciertos encuadres, ya sea para expandir su intervención o restringirla. Así por ejemplo en las causas sobre la constitucionalidad de la pesificación o medidas del denominado “corralito financiero” se observan cambios jurisprudenciales, algunos abruptos que dan cuenta de una flexibilización de los criterios de procedencia del recurso extraordinario para que la CSJN asumiera el conocimiento de medidas cautelares que incidieron en su posicionamiento ante el gobierno y la ciudadanía. De igual manera, en la Causa Clarín, la intervención de la CSJN paulatinamente pasa de una concesión de validez de medidas cautelares bajo criterios amplios hacia la adopción de una decisión definitiva de fondo apoyando la constitucionalidad de la ley, la cual era promovida por el gobierno y las mayorías parlamentarias. De igual manera, la CSJN ha avalado la procedencia de acciones colectivas, aunque en algunos casos pareciera restringir su propio criterio, como ocurrió en la causa interpuesta por Consumidores Financieros Asociación Civil contra Prudencia Cía (Centro de Estudios Legales y Sociales, 2019). Argentina de Seguros Generales en 2016. Estos son algunos ejemplos que podrán ser desarrollados en el devenir investigativo y que junto con otros casos ayudarían a poner a prueba la hipótesis formulada.
- 29 Periodo en el que existe una nueva conformación de la Corte y que coincide con un cambio de gobierno. En su momento el uso de la figura del nombramiento en comisión por parte del presidente Mauricio Macri para ocupar las vacantes de este órgano en 2016 fue bastante polémica por contradecir el procedimiento establecido en el Decreto 222 de 2003 que exige la aprobación del Congreso.
- 30 La CSJN ha limitado los actos del Ejecutivo que vulneran el principio de inamovilidad de los jueces para asegurar su independencia. Sin embargo, recientemente esta ha exhibido una doctrina constitucional más flexible, bajo la cual de manera ambigua se le resta fuerza jurídica a los criterios que había construido para evitar una indebida interferencia del Gobierno en la designación de jueces. Al respecto ver: Fallo Castelli contra CSM de 5 de noviembre de 2020.
- 31 Por ejemplo en la causa la CSJN Bignone 340:549 de 2017, deliberadamente decide intervenir en un asunto penal para otorgar beneficios a represores aplicando retroactivamente las leyes de perdón y olvido que fueron declaradas inconstitucionales por la misma Corte en el pasado, sin embargo el repudio ciudadano al fallo y el diálogo de poderes que se dio con el Congreso que profirió una nueva ley posterior impidiendo este beneficio, suscitan un nuevo fallo de la Corte en 2018 en la causa “Ruño Batalla” donde se modifica su interpretación respecto a la aplicación del cómputo de penas y ahora se entiende que el mismo no es aplicable a delitos de lesa humanidad. Lo interesante de todo esto, es que la doctrina constitucional anterior que estableció la prohibición de impunidad frente a crímenes graves (desde el caso Simón por ejemplo) logró el soporte público suficiente para resistir el intento de debilitamiento posterior, demostrándose entonces que el discurso promovido por la Corte desde 2005 logró incidir con éxito en el debate político más actual, al encuadrar los reclamos ciudadanos y la acción del Congreso que incluso acogió su doctrina en una ley.
- 32 La CSJN decidió que era improcedente por no haber configurado causa, una consulta elevada por la congresista Cristina Fernández. Sin embargo, de manera indirecta la absolvió al plantear que el legislador podía ejercer sus funciones de manera remota en el contexto de la crisis sanitaria actual. Aquí queda en evidencia la amplitud de los marcos conceptuales que usa la Corte para incidir estratégicamente en el sistema político a través de su interpretación discrecional. Cfr. Cristina Fernández 339:1077.

La Tabla 1 muestra la relación entre las variables analizadas: la incidencia en el sistema político y la estrategia de la CSJN, donde puede observarse el rol significativo que adoptan las doctrinas constitucionales.

De manera similar a Argentina, en Colombia, la CSJ mientras ostentaba el monopolio de la función de constitucionalidad y salvo notables excepciones, mantuvo una postura subordinada a gobiernos con escasa legitimidad democrática que exacerbaron sus facultades excepcionales con rasgos autoritarios, aunque en un contexto de relativa estabilidad institucional como ocurrió durante el frente nacional. Sin embargo, el traslado de estas facultades a la CC a partir de la nueva Constitución de 1991 implicó una innovación significativa que implicó que este órgano tuviese una mayor incidencia en el sistema político a través del uso estratégico de la doctrina constitucional que le asegura el apoyo de la clase media para resistir los ataques del Poder Ejecutivo, para el periodo 2002-2006 y 2006-2010 que coincide con la presidencia de Álvaro Uribe, la Corte promueve una comprensión de los derechos humanos y las políticas de justicia transicional más cercana a la investigación y sanción efectiva de crímenes graves y a la reparación integral que en parte es el soporte público para potencializar el impulso del proceso de paz que se suscribió por parte del gobierno de Juan M Santos (2010-2014 y 2014-2018) posteriormente. Mientras que en los otros dos escenarios: i) el control de los estados de excepción y ii) la restricción a las reformas constitucionales abusivas propuestas por fuerzas oficialistas, potencia su autonomía y diferenciación funcional mediante doctrinas constitucionales que amplían sus campos de intervención dotándola de mayor protagonismo. De esta manera la CC asume una actitud de mayor oposición al Ejecutivo en estos escenarios, a la que se va a sumar la CSJ con la judicialización de la clase política oficialista por sus vínculos con grupos armados ilegales. En los periodos presidenciales posteriores de Santos e Iván Duque (2018-) se desestima el uso recurrente de la excepcionalidad mediante estado de sitio y el control de la emergencia económica ha seguido la doctrina constitucional precedente sin mayores sobresaltos.

Conclusiones

El plan propuesto es un punto de partido para que en desarrollos posteriores se fije con el mayor detalle posible el nivel de dependencia entre las variables expuestas a partir del análisis profundo de sus elementos en el contexto institucional y social que les da sentido, lo que implica una reflexión crítica sobre las semejanzas, diferencias y manifestaciones del fenómeno estudiado, hasta aquí apenas las nociones generales que dan forma a la comparación.

La propuesta de investigación proporciona al menos cuatro elementos que de manera novedosa aportan a la comprensión del papel de las Cortes en el sistema político y que la distinguen de las investigaciones anteriores: i) construye su objeto de estudio a partir de las interacciones entre poder judicial y poder Ejecutivo, partiendo de considerar que el hiperpresidencialismo es un condicionamiento histórico de muchos países latinoamericanos que ha soslayado la idea de control del poder y en ese sentido de elementales principios democráticos. En ese sentido comprender en detalle esta interacción contribuiría a aportar evidencia sobre como las Cortes imponen límites y por otra parte que condiciones requerirían para que sus intervenciones promuevan valores democráticos, ii) propone un marco de análisis integral conforme a la complejidad del tema que involucra la dimensión politológica con la jurídica, rescatando la importancia del razonamiento judicial que se expresa a través de doctrinas constitucionales, escapando de la simplificación en que incurrir los enfoques que primordialmente evidencian una judicialización de la política, bajo los cuales dicho trabajo resulta subordinado a las lógicas partidistas o dinámicas electorales (Castagnola, 2018)³³ o que, en caso contrario obedecen a la autonomía de la racionalidad jurídica desde enfoques formalistas, iii) el espacio de la incidencia política aquí se configura como un fenómeno complejo no reducible a la adherencia partidista, que guarda relación con la función social que cumplen las Cortes, aunque su configuración es cambiante y dinámica tanto en el tiempo como en cada contexto pero es susceptible de hacerse explícita, como se ha planteado en la hipótesis, lo que contribuye a reducir el ámbito de vaguedad con el que suele abordarse este fenómeno, iv) el enfoque comparado y actual sobre el objeto de estudio sigue siendo marginal, por lo que la propuesta está encaminada a llenar este vacío y servir como referente de nuevas investigaciones, ya que las variables expuestas tienen la ventaja de poder ser analizadas en distintos contextos y épocas más allá de que sus dinámicas y contenidos adopten una forma particular dentro de cada experiencia.

La reflexión sobre los usos de la investigación es bastante amplia. Para efectos de este trabajo, basta decir que eventualmente sus resultados pueden adquirir cierta significación social dentro de las complejas relaciones que dan lugar a la construcción de conocimiento. En el ámbito académico, ayudaría a posicionar la perspectiva sociojurídica del derecho constitucional en una dimensión regional o incluso global, fijando razonamientos cuya precisión y validez contribuyan al desenvolvimiento científico. En el ámbito político podría aportar a los debates públicos que permanentemente convocan a las Cortes, para suministrar argumentos de

33 Como los enfoques de la elección racional relacionados en los antecedentes.

tipo histórico o teórico que tengan en cuenta su centralidad, y revelen sus aspectos críticos. Estos insumos potencialmente podrían empoderar a la ciudadanía en su conjunto para formular reclamos o advertir la necesidad de efectuar transformaciones de diferente índole (normativas, institucionales, comportamentales) que no necesariamente se traducen al plano de reformas o políticas públicas, ya que también se considera importante la formación de opinión pública frente a estos temas. Por el énfasis de este plan, se busca incidir en las discusiones en torno a la cercanía que debe tener la Corte con las expectativas ciudadanas, su rol en el mantenimiento de los procedimientos democráticos, su potencialidad dialógica en la solución de asuntos de justicia básica y en el mantenimiento del equilibrio de poderes. En el contexto del conocimiento experto, sus resultados pueden ayudar a la fundamentación de, políticas, planes o reformas, a partir de la difusión de experiencias en perspectiva comparada y de un modelo teórico que colabora en la reducción de la complejidad sobre este tema.

Incluso actualmente en Argentina se discute sobre las reformas que requiere la CSJN, las propuestas efectuadas si bien parten de diagnósticos razonables sobre su desempeño o modelos prospectivos sobre su rol, podrían fortalecerse a partir de hallazgos como los que se propone en este plan que profundizan en su rol político, aspecto clave para fundamentar medidas que busquen articular su poder con el fortalecimiento democrático o la eficacia de los derechos. Autores como Ferreyra (2004) y Zafaronni (1994) han insistido desde hace décadas en la necesidad de definir con claridad el rol de la Corte, en concreto un rol constitucional que la salve de la fatiga crónica que padece al asumir la sobre carga de trabajo derivada de la casación³⁴, y que en parte desdibuja el núcleo de sus competencias volviéndola un órgano vulnerable a la enorme discrecionalidad con que actúan sus jueces. Aspectos que se agudizan ante la creciente incertidumbre frente al carácter vinculante de sus precedentes³⁵ y a la dispersión normativa de sus procedimientos³⁶.

34 La CSJN ha dicho que el recurso extraordinario incluye el ejercicio de la casación del derecho federal pero esta no es una función que le ha sido legalmente asignada, por lo que en todo caso puede ejercerla de hecho (Bianchi & Sacristán, 2020), (Desojo, 2020).

35 Garay (1997) describe la manera en que la CSJN entiende su propio precedente al cual recurre “sin citar ninguna otra fuente normativa; distingue o asimila los hechos de un caso a otro; busca la regla general que ellos involucrarían y la distingue de otras expresiones generales contenidas en la o las sentencias citadas. Además, en determinados contextos, se ha sentido obligada a fallar conforme los principios establecidos en casos anteriores (...) en algunas circunstancias, ha prescindido de la fuerza de sus propios precedentes, postergando o suspendiendo temporalmente su vigencia” (Pág. 12). Mientras que Bianchi & Sacristán (2020) identifican en el caso “Cerámica San Lorenzo”, el balance de la doctrina actual de la CSJN en la que plantea que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal.

36 Incluso recientemente el Consejo Consultivo para el fortalecimiento del poder judicial y el Ministerio Público (2020) ha planteado la necesidad de perfilar la función constitucional de la CSJN por ejemplo mediante un entendimiento estricto de la competencia originaria, a partir de la incorporación de una acción declarativa de inconstitucionalidad pura o abstracta, así como cualificar la procedencia de la competencia apelada extraordinaria. De igual manera plantear expresamente en una norma el deber de los órganos jurisdiccionales de seguir los propios precedentes y los de los tribunales de alzada o superiores, despojar a la Corte de su función de casación a través de la creación de un tribunal intermedio y regular el denominado certiorati, para que exista un mayor deber de fundamentación.

De este modo, la investigación propuesta se inserta dentro de la orientación actual de los trabajos que involucran a la CSJN en su contexto social e institucional para rescatar el espacio jurídico local como aspecto fundamental en la profundización democrática (Gargarella, 2011).

Referencias

- Abiad, P., & Thieberger, M. (2005). *Justicia era Kirchner la construcción de un poder a medida*. Buenos Aires: Marea.
- Andriotti, E. (2013). Decir la verdad, hacer justicia: Los Juicios por la Verdad en Argentina. *European Review of Latin American and Caribbean Studies / Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, 5-23.
- Ansolahehere, K. (2013). *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. México: Flacso.
- Arballo, G. (2015, agosto 15). La Corte Suprema frente al gobierno. *Ponencia preparada para el XII Congreso Nacional de Ciencia Política, organizado por la Sociedad Argentina de Análisis Político y la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza*. Mendoza.
- Archila, M. (2003). *Idas y venidas, vueltas y revueltas. Protestas sociales en Colombia (1958-1990)*. Bogotá: ICANH-CINEP.
- Ariza, L. J. (1997). *Estados de excepción y razón de Estado en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.
- Atilgan, A. (2018). *Global Constitutionalism. A socio-legal perspective*. Berlín: Springer.
- Aydin, A. (2013). Judicial Independence across Democratic Regimes: Understanding the Varying Impact of Political Competition. *Law & Society Review*, 105-134.
- Badeni, G. (2006). *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley.
- Barreto, A. (2011). *La generación del estado de sitio. El juicio de anormalidad institucional en la asamblea nacional constituyente de 1991*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Bazán, V. (2009). ¿La Corte Suprema de Justicia Argentina se reinventa, presentandose como un tribunal constitucional. *Cuestiones constitucionales*, 3-63.
- Benente, M. (2019). *La Constitución maldita. Estudios sobre la reforma de 1949*. Buenos Aires: EDUNPAZ.

- Bercholz, J., & Sancari, S. (2016). *Justicia y política. Insumos útiles para determinar el rol de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales en el diseño jurídico e institucional del Estado*. Buenos Aires: Aldina editorial digital.
- Bergalli, R. (1984). El Estado democrático en América Latina y la cuestión judicial: el caso argentino. *Afers Internacionals*, 47-77.
- Bestard, A. (2016). *Los decretos de necesidad y urgencia y el Estado constitucional de derecho en Argentina. Reglamentación por DNU de los derechos sociales en el periodo 2003-2011*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Bianchi, A. (1994). *Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema*. La Ley.
- Bianchi, A., & Sacristán, E. (2020). Estudio comparativo de los tribunales federales en Estados Unidos y en Argentina. In P. Manili, *Derecho constitucional del siglo xxi. Homenaje a Jorge Reinal Vanossi* (pp. 383-409). Buenos Aires: Astrea.
- Bidart, G. (1996). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: Sociedad Anónima editora, comercial, industrial y financiera.
- Bill, R., Ferejohn, J., & Weingast, B. (2011). A Theory of the Politically Independent Judiciary. In G. Helmke, & J. Ríos, *Courts in Latin America* (pp. 219-248). Cambridge: Cambridge University Press.
- Bohoslavsky, J., & Gargarella, R. (2015). El rol de la Corte Suprema. Aportes repetidos. In J. Bohoslavski, *¿Usted también doctor?: complicidad de jueces fiscales y abogados durante la dictadura* (pp. 77-93). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Bonner, M. (2005). Defining Rights in Democratization: The Argentine Government and Human Rights Organizations, 1983-2003. *Latin American Politics and Society*, 55-76.
- Bonvechi, A., & Zelaznick, J. (2018). *Poder de Decreto presidencial y comportamiento legislativo en Argentina*. Montevideo: Revista uruguaya de ciencia política.
- Bourdieu, P. (1997). *Razones prácticas*. Madrid: Anagrama.
- Bourdieu, P. (2006). *Elementos para una sociología del campo jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Carnota, W., & Maraniello, P. (2008). *Derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley.

- Castagnola, A. (2018). *Manipulating courts in new democracies: forcing judges off the bench in Argentina*. Routledge.
- Centro de Estudios Legales y Sociales. (2019). *Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2019*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- Cherny, N., & Scherlis, G. (2015). El impacto de la competitividad política y la igualdad en la calidad de la democracia: El caso argentino (2003-2013). *Soc. e Cult., Goiânia*, 41-60.
- Comotto, S. (2018). Del retorno a la democracia al “corralito financiero”: Decretos de Necesidad y Urgencia y seguridad jurídica en la Argentina. 1983-2001. In C. Fernandez, *Seguridad jurídica. Pobreza y corrupción en Iberoamerica* (pp. 135-183). Buenos Aires: Marcial Pons.
- Consejo Consultivo para el fortalecimiento del poder judicial y el Ministerio Público. (2020). *Propuestas y recomendaciones*. Buenos Aires.
- Consejo para la consolidación de la democracia. (1986). *Reforma constitucional: Dictamen preliminar del Consejo para la consolidación de la democracia*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Cruz, M. (2018 A). Comprender a Bourdieu: las estrategias sociales de capitalización. *Revista colombiana de sociología*, 219-237.
- Cruz, M. (2018). *Judicial Constitutional Supremacy Colombian Constitutional Court influences on the political and judicial system*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Desojo, E. (2020). *Justicia a la carta. El poder judicial en la era macrista*. Buenos Aires: Clacso.
- Ekmekdjian, M. (1992). *El rol institucional de la Corte Suprema de Justicia*. Buenos Aires: La Ley.
- Ferreira, D., & Goretti, M. (1996). Cuando el presidente gobierna solo. Menem y los decretos de necesidad y urgencia hasta la reforma constitucional (julio 1989- agosto 1994). *Desarrollo Económico*, 443-474.
- Ferreira, G. (2004). La Corte Suprema de Justicia argentina y el control de constitucionalidad: vicisitudes y retos del papel institucional del tribunal. *Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. UNAM*.
- Ferreira, G. (2016). *Notas sobre derecho constitucional y garantías*. Buenos Aires: Ediar.

- Ferreya, G. (2018). *Ciudadanía y poderes del Estado*. Bogotá: Ibañez.
- Ferreya, G. (2019). Sobre el poder ejecutivo. *Revista Derechos en Acción*, 29-90.
- Gallón Giraldo, G. (1979). *Quince años de Estado de sitio en Colombia*. Bogotá: América Latina.
- Garay, A. (1997). El precedente judicial en la Corte Suprema. *Revista jurídica*.
- García, M., & Uprimny, R. (2016). Control judicial a los estados de excepción. In M. García, & M. Ceballos, *Democracia, justicia y sociedad 10 años de investigación en Dejusticia* (pp. 422-434). Bogotá: Dejusticia.
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina*. Buenos Aires: Katz editores.
- Gargarella, R., & Bergallo, P. (2014). Presentación. In R. Gargarella, *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (pp. 9-13). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Gargarella, R. (2011). *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- González, E. (2014). Persuade Them or Oust Them: Crafting Judicial Change and Transitional Justice in Argentina. *Comparative Politics*, 479-498.
- Gonzalez, J. (2015). Los doce apóstoles. La Corte Suprema y sus jueces. In J. Bohoslavski, *¿Usted también doctor?: complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura* (pp. 93-111). Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- Grubisic, M. (2016). *El sistema político y el rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación durante el período 1930-1947*. Rosario: Universidad Nacional de Rosario.
- Hammergren, L. (1999). Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más. In A. Fuentes, *Reforma Judicial en América Latina: una tarea inconclusa*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia.
- Haro, R. (2012). La dimensión política del control de constitucionalidad. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 191-223.
- Haro, R. (2020). ¿Es posible ejercer el control jurisdiccional de constitucionalidad sobre el ejercicio de las facultades privativas de los poderes estatales? In P. Manili, *Derecho constitucional del siglo xxi: estudios en homenaje a Jorge Reinaldo Vanossi* (pp. 133-154). Buenos Aires : Astrea.

- Hauser, I. (2016). *Los Supremos. Historia secreta de la Corte*. Buenos Aires: Planeta.
- Hauser, I. (2019). *Rebelión en la Corte*. Buenos Aires: Planeta.
- Helmke, G., & Ríos, J. (2011). Courts in Latin América. Introducción. In G. Helmke, & J. Ríos, *Courts in Latin América* (pp. 1-26). Cambridge: Cambridge University Press.
- Kapiszewski, D. (2006). La Cortes suprema y la política constitucional en la Argentina Post-Menem. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 5-46.
- Kapiszewski, D. (2012). *High Courts and Economic Governance in Argentina and Brazil*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kunz, A., & Cardinaux, N. (2004). *Investigar en derecho*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA.
- Landau, D. (2014). Abusive Constitutionalism. *Davis Law Review*, 189-260.
- Landau, D. (2014 A). *Beyond judicial independence: The construction of judicial power in Colombia*. Cambridge- Massachusetts: Harvard University.
- Llanos, M., & Figueroa, C. (2008). La participación de la Presidencia y el Senado en el nombramiento del Poder Judicial. *Desarrollo Económico*, 607-637.
- López, D. (2016). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Manili, P. (2017). *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Comentario de sus fallos más trascendentes desde 1863*. Buenos Aires: Astrea.
- Mugambi, J. (2008). The Failed Invigoration of Argentina's constitution: presidential omnipotence, repression, instability and Lawlessness in Argentine history. *The University of Miami Inter-American Law Review*, 408-462.
- Neves, M. (2013). *Transconstitutionalism*. London: Hart Publishing.
- Nunes, R. (2010). *Ideal Justice in Latin America: Interests, Ideas, and the Political Origins of Judicial Activism in Brazil and Colombia*. Texas: The University of Texas at Austin.
- O'Donnell, G. (2003). Democracia, desarrollo humano y derechos humanos. In G. O'Donnell, *Desarrollo humano y ciudadanía: reflexiones sobre la calidad de la democracia en América Latina* (pp. 25-147). Rosario: Homo Sapiens.

- Oteiza, E. (1994). *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*. Buenos Aires: Librería Editorial Platense.
- Pizzolo, C. (2005). *Pensar el Mercosur*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Ran, H. (2014). *Comparative Matters*. Oxford: Oxford University Press.
- Roth, L. (2007). Acerca De La Independencia Judicial En Argentina: La Creación Del Consejo De La. *Desarrollo Económico*, 285-318.
- Sabsay, D. (2004). El juicio político a la Corte Suprema de Justicia. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 493-519.
- Sancari, S. (2006). Reflexiones sobre el rol institucional de la Corte Suprema y su relación con el poder político, a raíz de la jurisprudencia sentada en los casos Smith, San Luis y Bustos.
- Sancari, S. (2016). El debate público y los actores de la política en el ámbito de la Corte Suprema. *Pensar en derecho*, 75-95.
- Santiago, A. (2000). Los modelos institucionales de Corte Suprema. In A. Santiago, & F. Álvarez, *Función política de la Corte Suprema. Obra en homenaje a Julio Oyhanarte*. Buenos Aires: Abaco.
- Santiago, A., Tanzi, H., Pugliese, M., & Calero, L. (2012). *Historia de la Corte Suprema Argentina*. Buenos Aires: Marial Pons.
- Scaar, E. (2010). *Judicial independence and the human rights in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan.
- Uprimny, R. (2016). Justicia rutinaria y protagónica: una caracterización de la justicia colombiana. In M. Ceballos, & M. García, *Democracia, justicia y sociedad, diez de investigación en Dejusticia* (pp. 176-191). Bogotá: Centro de Estudios de derecho y sociedad.
- Uribe, D. (1995). *La Constitución de 1991 y el ideario liberal*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Valencia, H. (2015). *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana editorial.
- Vertbisky, H. (1993). *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*. Buenos Aires: Planeta.

Zaffaroni, E. (1994). *Estructuras judiciales*. Ediar: Buenos Aires.

Zarini, H. (1992). *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

Anexos

Tabla 1.

Hipótesis del caso argentino y variables de análisis

| Medios de la estrategia | Formas de incidencia de la CSJN en el sistema político en relación con el Ejecutivo (2003-2020) | | |
|---|---|--|---|
| | Autonomía | Legitimidad | Jerarquía |
| Encuadre de escenarios para la intervención (oportunidades políticas) | Validez de la política excepcional frente a la crisis económica ³⁷ | Ampliación de la sanción penal frente a crímenes de lesa humanidad ³⁸ | Constitucionalidad de suspensión de la ley a través de medidas cautelares ³⁹ |
| | Limitación a la subrogación en la conformación de la justicia o movilidad sin requisitos legales ⁴⁰ | Justiciabilidad de derechos sociales (Habeas corpus/ Prestaciones sociales) | Procedencia de acciones colectivas ⁴¹ |
| Doctrinas constitucionales sustantivas | Límite de las prerrogativas constitucionales frente al ejercicio eficaz de los poderes del Estado ⁴² . | Carácter vinculante de tratados de DDHH y superior jerarquía frente a normas de derecho interno. | Razonabilidad de la Libertad de configuración legislativa del Congreso. |
| | Control judicial de los DNU y frente a la delegación abusiva ⁴³ . Control constitucional del nombramiento de jueces sin intervención del congreso | | |

37 Fallos San Luis 326: 458 de 2003, Cabrera: 327: 2905 de 2004.

38 Fallos Simón, 328: 2056 de 2005, Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo (326:2805) de 2010. Contracción del precedente en el caso Bignone 340:549 de 2017.

39 Fallos Grupo Clarín y otros S.A. 2010, Barrick exploraciones argentinas y otro contra Estado Nacional, 342: 917 de 2019.

40 Fallos Rosza 330: 2361 de 2007 y Uriarte 338: 1216 de 2015. Contracción en fallos Bertuzzi contra Ejecutivo Nacional, 29 de septiembre de 2020 y Castelli contra CSM de 5 de noviembre de 2020.

41 Fallo Halabi 332: 111 de 2009.

42 Rinaldi 330:855 de 2007 y Massa 329:5913 de 2006

43 Fallo Consumidores argentinos 333: 633 de 2010.

| Medios de la estrategia | Formas de incidencia de la CSJN en el sistema político en relación con el Ejecutivo (2003-2020) | | |
|---|--|--|---|
| | Autonomía | Legitimidad | Jerarquía |
| Doctrinas constitucionales procedimentales | (im)procedencia del amparo para exigir indemnización frente a políticas excepcionales derivadas de la crisis ⁴⁴ Restricción frente a la competencia originaria/ discrecionalidad amplia en la procedencia del recurso extraordinario | Reconocimiento de más actores en las causas como interlocutores sentencias aditivas y exhortativas. | Habilitación del recurso extraordinario para limitar medidas cautelares que vulneran principios republicanos o usos abusivos de grupos de interés. Sentencias con efectos generales (erga omnes). Restricción frente a la competencia originaria/ |
| Apoyo estratégico/ extensión de poder ante otros actores | Poder Ejecutivo | Ciudadanía | Justicia federal/Poder legislativo |

Fuente propia.

Tabla 2.

Hipótesis del caso colombiano y variables de análisis.

| Medios de la estrategia | Formas de incidencia en el sistema político de las altas Cortes en relación con el Ejecutivo (2003-2020) | |
|--|--|--|
| | Autonomía | Legitimidad |
| Escenarios fácticos (oportunidades políticas) | Control de los estados de excepción decretados por el Gobierno ⁴⁵ Investigación y sanción penal a la clase política aliada del oficialismo por crímenes relacionados con el conflicto armado ⁴⁷ Restricción a las reformas constitucionales abusivas propuestas por fuerzas oficialistas ⁴⁸ | Constitucionalidad de la justicia transicional para la superación del conflicto armado: no impunidad y reparación integral ⁴⁶ |

44 Vgr. Fallo Santiago Dugan Trocello 328:2567 de 2005.

45 CC C-327 de 2003, CC C-852 de 2005, CC C-224 de 2009, CC C- 254 de 2009, CC C- 843 de 2010.

46 CC C-370 de 2006, CC C-579 de 2013, CC C-630 de 2017.

47 Sentencia contra Juan López, 26942 Sala Penal CSJ 25/11/ 2008, Sentencia contra Salvador Arana, 32672 Sala Penal CSJ 3/12/2009, Sentencia Eric Morris, 26118 Sala de Penal. CSJ 19/12/2007, Sentencia contra Álvaro Araujo, 27032 Sala Penal CSJ 18/03/2010, CC C-545, 2008.

48 Sentencias CC C-551 de 2003, CC C-816 de 2004, CC C-141 de 2010.

| Medios de la estrategia | Formas de incidencia en el sistema político de las altas Cortes en relación con el Ejecutivo (2003-2020) | |
|---|---|---|
| | Autonomía | Legitimidad |
| Doctrinas constitucionales sustantivas | <p>Límite a las facultades excepcionales bajo presupuestos constitucionales.</p> <p>Configura responsabilidad penal beneficiarse del apoyo de grupos criminales para ganar elecciones a cargos de elección popular</p> <p>El control jurídico de la reforma constitucional implica una evaluación de la competencia implícita del órgano reformador para evitar la sustitución de la carta.</p> | <p>Carácter vinculante de tratados de DDHH y superior jerarquía frente a normas de derecho interno.</p> |
| Doctrinas constitucionales procedimentales | <p>El control de constitucionalidad abarca forma y contenido de las medidas excepcionales</p> <p>La CSJ es competente para la investigación y sanción de aforados bajo un procedimiento de doble instancia.</p> | <p>sentencias aditivas y exhortativas. Seguimiento judicial a políticas estructurales</p> |
| Apoyo estratégico/ extensión de poder ante otros actores | Poder Ejecutivo/poder legislativo | Ciudadanía |

Fuente propia.

Tabla 3.

Síntesis de la metodología.

| Etapas | Acciones |
|--|---|
| Revisión bibliográfica | Bases de datos especializadas |
| Selección de categorías de análisis | Interacción Ejecutivo y Cortes, incidencia de las Cortes en los sistemas político y jurídico, estudios comparados, escenarios constitucionales de interacción |
| Delimitación del campo jurídico en ambos países | <p>Instituciones</p> <p>Actores</p> <p>Trayectorias</p> <p>Escenarios y doctrinas constitucionales</p> |
| Criterios de selección de fallos | <p>Casos políticamente perfilados</p> <p>Relevancia constitucional</p> <p>Reacción política</p> |
| Análisis dinámico y estático de la jurisprudencia | <p>Enquadramiento del problema</p> <p>Marcos primarios y secundarios de argumentación</p> |

| Etapas | Acciones |
|-------------------------------------|--|
| Análisis comparado | Incidencia del comportamiento judicial en la toma de decisiones Orígenes del cambio institucional y normativo promesas y fallas de los diseños constitucionales dentro del contexto social capacidad de la jurisprudencia para inducir al cambio social |
| Sistematización de hallazgos | Análisis del contenido e interrelación de las variables expuestas en la hipótesis |
| Exposición de resultados | Fuente propia. |