CRÍTICA A LA REFORMA DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DESDE LA FILOSOFÍA Y LA EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO

por LUCIANO CAPARROZ

SUMARIO: I. Introducción. II. Acerca del uso de la palabra "democratizar" en la reforma. III. Conclusiones.

I. Introducción

Sabido es que existe un estilo o una práctica reiterada del Gobierno de recurrir a las técnicas de la argumentación, la retórica, y a lo discursivo para convencer o persuadir a la población sobre la bondad de sus decisiones políticas adoptadas. En tal marco estratégico de gestión, recientemente se impulsó la denominada "*reforma judicial*" –materializada en seis proyectos de ley[1]–, cual se apuntaló "discursivamente" en una suerte de "*supraargumento*" central, sintetizado en la palabra "*democratización*", por supuesto, del Poder Judicial.

Nuestra tarea en este trabajo será entonces la de analizar críticamente –desde la filosofía y la epistemología del Derecho– el uso del *lenguaje* que implementa el Gobierno cuando refiere a la "democratización" del Consejo de la Magistratura, donde, en verdad, se terminan siempre construyendo realidades tergiversadas por la falta de correspondencia con los hechos. En otras palabras, no anhelamos que nuestra atención se detenga sólo en el mero estudio *técnico-jurídico* del contenido de la ley proyectada o la ley recientemente sancionada, sino que, por el contrario, pretendemos focalizar una mirada crítica[2] sobre la fundamentación matriz que el PEN ha otorgado discursivamente a las leyes de reforma judicial, que no es otra cosa más que el citado argumento de "democratización" del órgano judicial.

Seguidamente, veremos que la nueva reforma al Consejo de la Magistratura (CM) reportó directamente a un único y exclusivo "interés"[3], afincado en la construcción legislativa de una integración nominal que pueda permitir la cooptación por el Gobierno de su órgano de decisión[4]. No obstante ello, lo cierto es

[1] La reforma judicial para "democratizar la justicia" fue anunciada por la Presidenta de la Nación el 8-4-2013, al momento de enviar el PEN seis (6) proyectos de ley, ingresando tres proyectos al Senado y otros tres proyectos a Diputados, sobre los siguientes temas: 1) Reforma del Consejo de la Magistratura; 2) Ley de ingreso democrático al PJN y al MPF; 3) Ley de publicidad de los actos del Poder Judicial; 4) Ley de creación de tres nuevas Cámaras de Casación; 5) Ley de publicidad y acceso directo a las declaraciones juradas del PJN, y 6) Ley de regulación de las medidas cautelares contra el Estado.

[2] En nuestro país, se argumenta por el PEN que el Consejo de la Magistratura (CM) no es "democrático" y que por ello hay que "democratizarlo", permitiendo por un lado la *elección popular* de sus miembros no políticos, y por el otro el cambio de su integración nominal y sistema de toma de decisiones. Siguiendo a Karl Popper, el mismo nos ha enseñado que si queremos alcanzar un verdadero conocimiento de la *realidad social*, tendremos que criticarla. No existen así las verdades "absolutas". Surge entonces la necesidad de demostrar que la meta aspirada por el PEN no es justamente la de "democratizar" al CM, sino por el contrario "disciplinarlo". Habrá entonces que verificar las proposiciones y premisas argumentativas proclamadas en los fundamentos del proyecto de ley de reforma judicial para desentrañar si son verosímiles. Conf. POPPER, Karl, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, 3ª reimp., Paidós, Barcelona, 1991.

[3] Hemos dicho que nuestro trabajo se orientará en base a un enfoque claramente jusfilosófico. Desde tal impronta, aplicaremos frecuentemente el marco teórico del trialismo (como método de análisis), pues el mismo nos ayudará a explicar científicamente que los "repartos" (conductas humanas, en este caso dispuesta por los legisladores) reportan a claros "*intereses*". Ver, CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000, p. 59. Sobre el "trialismo", ver GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1986 (en particular su prólogo).

[4] El aspecto más relevante de la reforma al Consejo de la Magistratura es el intencionado cambio de su composición orgánico-nominal, aumentando el número de sus integrantes de trece (13) a diecinueve (19), para permitir al PEN cooptar la mayoría necesaria para tomar las decisiones más relevantes, como –por ejemplo– la selección de jueces afines al poder o la acusación o disciplinamiento

que a poco que se intente hacer "funcionar"[5] a las nuevas normas reglamentarias del CM, aparecerán "límites"[6] a su aplicación, que le restringirán severamente la *vigencia sociológica*[7].

Así, partiendo desde nuestra específica visión, concluiremos expresando algunas reflexiones que alertan una seria preocupación respecto de la falta de compromisos y consensos para el debido sostenimiento del Estado de Derecho en nuestro país, atento a que la "política" está arrollando al "Derecho", y así se termina convirtiendo a la supremacía de la Constitución Nacional –y el principio de división de funciones del poder– en una mera *fuente de espectáculo*[8].

II. Acerca del uso de la palabra "democratizar" en la reforma

La ciencia jurídica se vale del "lenguaje"[9] para su desenvolvimiento, ya que el Derecho se expresa con palabras. El lenguaje es un mecanismo racional de "comunicación" humano, un sistema que sirve para representar la realidad y transmitir lo observado. En dicho contexto, la "palabra" –sin duda– jugará un rol fundamental en la construcción del lenguaje *natural* y también del lenguaje *jurídico*. Pero hay que advertir que desde ataño el lenguaje ha estado sujeto a las llamadas "perplejidades", tales como la multivocidad, la ambigüedad, la vaguedad, las metáforas, etcétera,

de jueces remisos a las decisiones del Ejecutivo. Es lo mismo que ha ocurrido al aprobarse la ley 26.522 ("ley de medios") impulsada por el oficialismo, donde se insertó en el texto de la misma la existencia de una *autoridad de aplicación* (AFSCA), cuya estructura nominal permite la injerencia del órgano por el PEN a través de la cooptación de la mayoría de sus integrantes. Sobre el tema en profundidad, ver CAPARROZ, Luciano, *La injerencia del Estado en los medios de comunicación audiovisual*, Parte I, en *Microjuris*, del 1-11-2010, MJ-DOC-4981-AR|MJD4981.

[5] Para el trialismo, la exigencia de que el reparto "proyectado" se convierta en un reparto "realizado" requiere del "funcionamiento de la norma", cual se traduce en varias tareas: reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación, argumentación y síntesis. Ver, CIURO CALDANI, ob. cit., p. 70.

[6] Para el trialismo, la conducción repartidora no es omnipotente, de modo que su funcionamiento puede tropezar con "límites" necesarios impuestos por la naturaleza de las cosas. Dichos límites pueden ser físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, sociopolíticos y socioeconómicos, y su existencia determinará la categoría de repartos "exitosos" o repartos "frustrados". En nuestro caso, veremos que la nueva Ley de Reforma al Consejo de la Magistratura (reparto proyectado por el legislador nacional) tropieza con límites lógicos (normativos internos), como, por ejemplo, la disposición de la Const. Nac. que prohíbe otorgar al PEN la suma del poder público, con límites lógicos (normativos externos), como el citado públicamente por la relatora de la ONU, Gabriela Knaul, quien expresó que la reforma judicial viola el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con límites sociopolíticos (fácticos), como, por ejemplo, las acciones de inconstitucionalidad que se impulsarán por los integrantes de los estamentos académicos, los abogados, magistrados y partidos políticos de oposición que no puedan oficializar listas en determinados distritos, todos atacando la eficacia de las normas de la ley. Sobre estos límites, puede consultarse: CIURO CALDANI, ob. cit., ps. 60 y 61; BIDART CAMPOS, Germán, *La realidad, las normas y las formas jurídicas*, en L. L. 190-E-681; nota del diario *Perfil*, del 30-4-2013, *La ONU cuestionó la reforma judicial*, http://www.perfil.com/politica/La-ONU-cuestiono-la-reforma-judicial-20130430-0009.html; nota del diario *La Nación*, del 5-5-2013, *Piden apoyo a la Corte los jueces electorales*, http://www.lanacion.com.ar/1579142-piden-apoyo-a-la-corte-los-jueces-electorales.

[7] Las normas contenidas en la nueva ley de reforma al CM, desde su publicación en el B. O. adquirirán *vigencia formal o normológica*, pero ello no asegurará *per se* su inmediata aplicación en el plano de la realidad social, pues resta aún que adquieran la *vigencia sociológica*. Bidart Campos fue muy elocuente en este aspecto, al referirse a las normas constitucionales, enseñando que existe una "Constitución formal" y una "Constitución material", donde precisa que la Constitución material es la Constitución *vigente* y *eficaz* de un Estado, "aquí" y "ahora", en tiempo presente, cuando tiene *vigencia sociológica, actualidad* y *positividad*. La Constitución material se atiene, fundamentalmente, al fenómeno de la *vigencia sociológica*, a diferencia de la formal que, primariamente, destaca la *normatividad*. Ver BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 2000, t. 1, p. 275, punto 16.

[8] El profesor Ciuro Caldani, cuando analiza a las "fuentes de las normas", deduce que existe una especie cual denomina como "fuentes de espectáculo", explicando que serían aquellas normas que el legislador sancionó para "aparentar", pero no para cumplirlas. En base a tan significativo aporte de Caldani, no debemos permitir entonces que a las normas constitucionales pétreas (ej.: art. 1°, Const. Nac.) se las interprete de una forma tal que se las convierta en sólo una apariencia formal, escritas, pero desprovistas de vigencia sociológica. Ver, CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica* cit., p. 68. Del mismo autor, *Las fuentes de las normas*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, UNR, 4/6, ps. 232 y ss. (también en *Zeus*, del 6-9-83, t. 32, ps. D.103 y ss.), y *Las fuentes de las normas en el tiempo actual*, en J. A., Conmemoración de su 80° aniversario, 1918-1998, ps. 141/155.

[9] Ver, CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990; BULYGIN, Eugenio (coord.), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *El lenguaje desde la perspectiva jurídica*, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social* (Rev. del Centro I. F. J. y F. S. N° 31), online: www.centrodefilosofia.org.ar; ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Lecciones de epistemología. Algunas cuestiones epistemológicas de las ciencias jurídicas*, 1ª ed., Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, reimpresión julio de 2005, p. 44.

cuales aparecen al momento de tener que dotar de "sentido" (interpretación) a las palabras.

Enmarcados en tal complejidad, fue la *epistemología contemporánea*[10] la que se ocupó rigurosamente del análisis lógico del lenguaje, por lo que ella y sus aportes nos serán de indispensable utilidad para el desentrañamiento del recto significado impreso en el *lenguaje* usado por el Gobierno, específicamente al momento de emplearse de manera repetida la palabra "*democratización*", ya sea en una referencia *general* dirigida a todo el órgano judicial, o ya sea en una referencia *particular*, cuando se habla del Consejo de la Magistratura.

Veamos lo que sucede en el plano de la realidad social: El PEN argumenta[11] que el CM no es "democrático" y que por ello hay que "democratizarlo" (reformarlo), permitiendo, por un lado, la *elección popular* de sus miembros no políticos (académicos, jueces y abogados), y, por el otro, el cambio de su integración nominal y sistema de toma de decisiones.

Antes de comenzar, no podemos dejar de advertir la gravedad de la situación planteada: se ha producido una seria desarmonía en la tríada de poderes, pues un órgano constitucional (el Ejecutivo) denuncia que otro órgano del poder (el Judicial) no es "democrático", lo cual desencadena un indiscutible "conflicto de poderes". Ahora bien, ¿qué significancia tiene para el PEN el empleo de la palabra "*democratización*" en esta reforma?

Para comprender y hallar esa "significancia", debemos recordar el rol fundamental que juega la "*argumentación*"[12] en la estrategia de gestión política impulsada por el Gobierno. Se recurre excesivamente al empleo de la "*retórica*", práctica milenaria que ya utilizaban los sofistas dedicada a las "*técnicas de persuasión*", más precisamente, al arte de buscar los medios de convencimiento disponibles para provocar y/o acrecentar la "adhesión" a una tesis formulada delante de un determinado *auditórium*, el cual en nuestro caso es el pueblo argentino. La retórica persuadirá entonces con el uso y manejo del "*discurso*", jugando en ella un papel relevante los factores "emocionales", "ideológicos" o las "cargas psicológicas", advirtiéndose que puede darse el caso de que las "afirmaciones, premisas o proposiciones" invocadas logren el convencimiento del auditorio –tan sólo por el poder persuasivo–, no obstante de que en la realidad sean acabadamente falsas y/o falaces. Ello sucede porque la "argumentación" puede llegar a encubrir a los denominados "*vicios de la argumentación*", que no son otra cosa más que argumentos artificiosos o engañosos, que se proponen fingir, disfrazar, falsear, distorsionar o tergiversar la realidad fáctica de los hechos. Tales "vicios" fueron estudiados y analizados por las teorías de la argumentación, y podemos sintetizarlos –verbigracia– en las *falacias* (argumentos falsos), los *paralogismos* (argumentos incorrectos), y los *sofismas* (argumentos que "parecen" verdaderos).

De esta forma, y por lo dicho más arriba, la "argumentación" deberá ser lo suficientemente *sólida, fundada, probada y/o justificada*, con el objeto de soportar el embate de la "*refutación*", técnica que en gran parte se destina justamente al hallazgo de los citados "vicios" argumentativos, que siempre reportan infracciones a las reglas de la lógica.

Hemos dicho en nuestra introducción que el Gobierno apuntaló "discursivamente" a la denominada "*reforma judicial*" en una suerte de "*supraargumento*" central sintetizado en la palabra "*democratización*". La retórica diseñada fue clara y sencilla: se debe "persuadir" a un "auditorio popular" (no especializado), que es el común de la ciudadanía argentina que vota, de que todo el órgano judicial y el Consejo de la Magistratura, en particular, son "corporacio-

[10] Explica el profesor Álvarez Gardiol que el origen de la teoría contemporánea de la ciencia comienza con el Círculo de Viena, fundado en 1929 con motivo de la celebración del Congreso de Praga sobre Epistemología de las Ciencias Exactas, donde recuerda a integrantes como Russell, Whitehead, Wittgenstein, Carnap, Ayer, Reinchembach, Schlick, Kaufmann. Ver, ÁLVAREZ GARDIOL, ob. cit., ps. 34 y ss.

[11] La exposición de sus "argumentos" aggiornados al lenguaje técnico-jurídico podemos encontrarla parcialmente en los fundamentos o motivación del proyecto de ley de reforma del CM, expte. Senado Nº 5/2013, ingresado el 8-4-2013.

[12] En cuanto a la *argumentación*, consultamos a: PERELMAN, C. y OLBRECHTS-TYTECA, L., *La nueva retórica*, Gredos; PERELMAN, Chaïm, *Logica giuridica nuova retorica*, a cargo de Giuliano Crifò, Giuffrè, Milano, 1979; ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation*, trad. de Ruth Adller y Neil MacCormick, Clarendon, Oxford, 1989; GHIRARDI, Olsen A., *El razonamiento judicial*, Academia de la Magistratura, Lima, 1997, ps. 60 y ss.; *Teoría y práctica del razonamiento forence*, Instituto de Filosofía de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdaba, 1999; *La retórica y la dialéctica en el razonamiento forence*, ed. por la Academia Colombiana de Jurisprudencia en Santa Fe de Bogotá, 2001; ATIENZA, Manuel, *A propósito de la argumentación jurídica*, en *Doxa*, Nº 21, ps. 33 y ss.; *El Derecho como argumentación*, ed. por la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Nº 308, 1999, p. 113; CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.

nes antidemocráticas"[13], principalmente porque sus miembros no son elegidos a través del sufragio universal. El empleo de la palabra "democracia" (que es una *forma de Estado* respetuosa de los DD. HH.) está seleccionado intencionalmente por la sensibilidad que tiene en Argentina y por la "carga psicológica" que produce sobre la población, atenta a la pasada y nefasta dictadura militar (*forma de Estado totalitaria*). Se construye, así, un *argumento por asociación de ideas*[14], "asociándose" la reforma judicial con lo democrático. De esta forma, el discurso tendrá un tinte emotivo y fundamentará la enmienda apelando en verdad a *irracionalidades*, tales como aquellas que señalan a los jueces o consejeros del CM como "malos" o "antidemocráticos", identificándolos como si fuesen miembros de una dictadura o integrantes de grupos golpistas, mientras, por el contrario, el PEN es el órgano del poder "bueno", que viene iluminadamente a terminar con dichas corporaciones. Recuérdese que el argumento aquí utilizado no es para nada nuevo, pues ya fue ensayado al momento de justificar el impulso de la "ley de medios"[15] –donde se subrayó constantemente que había que derogar "una ley de la dictadura"[16]–, o cuando el Gobierno enemistado con el Grupo Clarín dispone la adquisición de los derechos de televisación del fútbol de primera división, bajo la argumentación de que el fútbol es un "derecho esencial"[17] que debe garantizarse y que los goles de este espectáculo se hallaban "secuestrados"[18].

Llegamos así al momento de tener que "*refutar*" la argumentación ensayada por el PEN, donde existen severas infracciones a las *reglas de la lógica*. En primer lugar, hay que decir que es un argumento totalmente falso (*falacia*) la afirmación de que el órgano judicial y el CM sean "antidemocráticos" y que por ello sea necesario "democratizarlos". Resulta ininteligible pensar que la Constitución Nacional en los artículos 108 a 119 haya diseñado un Poder Judicial contrario a la *forma de Estado* prevista en el artículo 1°, ponderándose que el texto supremo *in totum* es un bloque de constitucionalidad armónico, por lo que el argumento queda *reductio ad absurdum*. En segundo lugar, advertimos que, en nuestro caso, la tarea de *refutación* deberá centrarse en la búsqueda de las "*premisas ocultas*"[19] en la argumentación oficialista, a fin de hacerlas ostensibles y así poder determinar la existencia o no de verosimilitud, solidez o fuerza en la "afirmación" hecha por el PEN. Dicha "premisa oculta" la hallamos –sin dudas– en el único, exclusivo e inocultable "*interés*" del Gobierno dirigido a la reforma del Consejo de la Magistratura, cual es la construcción legislativa de una *integración nominal* que le permita la cooptación de su órgano de decisión, por lo que la "premisa" argumentativa no es "*democratizar*",

[13] La Presidenta de la Nación, como principal oradora al momento de cerrar el 14-5-2013 el *Congreso Nacional sobre la Democratización de la Justicia* –realizado en la Universidad de La Matanza–, manifestó concretamente que existe una justicia de dos velocidades, y cuando hay corporaciones, el Poder Judicial es lento. Ver nota del diario *La Nación*, del 14-5-2013, *Cristina Kirchner: Lo digo con todas las letras, la Constitución debería ser modificada, pero no voy a proponer ningún cambio*, http://www.lanacion.com.ar/1581996-cristina-kirchner-lo-digo-con-todas-las-letras-la-constitucion-deberia-ser-modificada-pero-n, y nota del diario *Perfil*, del 14-5-2013, *CFK defendió la reforma pero aclaró que no habrá cambios en la Constitución*, http://www.perfil.com/politica/CFK-defendio-la-reforma-pero-aclaro-que-no-habra-cambios-en-la-Constitucion-20130514-0031.html.

[14] Conf., ÁLVAREZ GARDIOL, ob. cit., ps. 197 y 198.

[15] Ley 26.522. Dicha ley tiene aspectos positivos (v. gr. impedir monopolios, establecer la defensoría del público, determinar abonos sociales, fomentar el cine nacional), pero *encubre un preocupante avance del Estado en la dominación de los medios masivos de comunicación*, léase la televisión abierta, satelital y por cable, la radio y las nuevas tecnologías.

[16] Nos referimos a la antigua Ley 22.285 de Radiodifusión.

[17] De acuerdo al discurso emitido por la Presidenta de la Nación –20-8-2009–, en el predio de la AFA –Ezeiza– y en ocasión de presentar el programa *Fútbol para Todos*, donde sostuvo: "Nosotros sentíamos la obligación de garantizar a todos los argentinos el derecho a ver su deporte predilecto. Siento que estamos dando cumplimiento a esa verdadera obligación". Véase para mayor profundidad, nota del diario *Crítica de la Argentina*, del 21-8-2009, *Garantizaron el derecho esencial a ver fútbol*.

[18] De acuerdo al discurso emitido por la Presidenta de la Nación –20-8-2009–, en el predio de la AFA –Ezeiza– y en ocasión de presentar el programa *Fútbol para Todos*, donde sostuvo: "*No es posible que solamente el que pueda pagar pueda mirar un partido de fútbol, que además le secuestren los goles hasta el domingo, aunque pagues igual, como te secuestran la palabra o te secuestran las imágenes, como antes secuestraron y desaparecieron 30.000 argentinos*". Tal comparación del fútbol con los desaparecidos ha sido correctamente criticada por el constitucionalista Ricardo Gil Lavedra en el diario *La Nación*, quien manifestó que comparar un contrato comercial, moralmente neutro, con el sanguinario plan delictivo de lucha contra el terrorismo minimiza la gravedad de este último y además resulta una grave afrenta hacia las víctimas y sus familiares, que ven increíblemente parificados sus terribles padecimientos con la emisión o no de fútbol por televisión. Véase la nota *Gol en contra de la memoria*, del 22-8-2009, publicada en la edición impresa.

[19] Sobre el análisis de las premisas, ver a VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Luis Díez-Picazo, Taurus, Madrid, 1964.

sino "*disciplinar*". Dicho en otras palabras, el Gobierno reforma para *disciplinar*, no para *democratizar*.

Desde otra perspectiva de análisis del *lenguaje jurídico*, observamos que lo que el PEN ha realizado con su "argumentación" es una clara "*manipulación lingüística*" de la palabra "*democracia*" preceptuada como norma y principio en la Constitución Nacional, técnica ilegítima que ya ha detectado el maestro Néstor Sagüés en uno de sus trabajos[20] al estudiar la denominada "manipulación constitucional". Veamos cómo funciona.

Según el distinguido constitucionalista citado, la manipulación de la Constitución, cuando es perniciosa e "*ilegítima*", significa la conjunción de tres factores esenciales:

1) El *uso* de la Constitución, lo que implica reducirla a la condición de *objeto* o *herramienta* manejada por el manipulador;
2) con *ardid*, vale decir, merced una maniobra, artificio o engaño, treta generadora de una "interpretación manipulativa" de la Ley Suprema, que procura hacer pasar gato por liebre constitucional. Se apunta a elaborar un *montaje* argumentativo destinado a retorcer o desnaturalizar a la cláusula constitucional víctima de la manipulación, apartándola de su sentido genuino;
3) en *provecho* de un interés particular o inferior. La manipulación constitucional nunca es gratuita o inocente, sino que va a beneficiar a algo o a alguien.

Para implementar o consumar la tarea manipuladora se desarrollan determinadas "*técnicas manipulativas*", de las cuales destacamos para nuestro caso las siguientes:

a) *Interpretar aisladamente a un artículo de la Constitución, realizando una exégesis "asistemática"* o *"inorgánica" de la Constitución* (en nuestro caso, el Gobierno, al argumentar que hay que "democratizar" al Poder Judicial, manifiesta que los artículos 108 a 119 que diseñan al órgano judicial son contrarios a la *forma de Estado democrática* prevista en el artículo 1°, realizando una exégesis totalmente "asistemática" de la Const. Nac.);
b) *dar a las palabras de la Constitución un sentido absurdo o rebuscado* (es lo que destacamos más arriba, el argumento de que un órgano del poder diseñado por la Const. Nac. es antidemocrático es un *absurdum*);
c) *realizar afirmaciones dogmáticas de hecho o de derecho que pretenden ser infalibles, pero no cuentan con demostración expresa*;
d) *desplegar un razonamiento incongruente*;
e) *legitimar competencias inconstitucionales*;
f) *practicar arbitrariamente las funciones de "precisión" y de "determinación" de los vocablos constitucionales.*

Finalmente, Sagüés incluye como "*tipo o clase*" de manipulación a la "*manipulación gubernativa*". La misma se configura cuando se le otorga a la Constitución Nacional una lectura a favor del elenco en el poder. Más que al servicio de una ideología o de un partido, está a disposición de quienes mandan (aunque pueda contener fuertes rasgos ideológicos o partidistas). Conceptualmente ha dado lugar a una variable de la interpretación constitucional, esto es, a la "teoría de la interpretación gubernativa", proclive al Gobierno. La interpretación gubernativa genera, casi siempre, adhesiones. Como es la interpretación de quienes cuentan con el poder oficial, sus funcionarios, seguidores y adherentes, como la pléyade de quienes buscan favores y mercedes públicos, se pliegan a menudo a ella. Algunos por conveniencia, otros por temor, un nutrido grupo por inercia, acompañan más de una vez a esta *manipulación constitucional*. Ocasionalmente se la tiñe de legitimidad, con la excusa de ser la interpretación necesaria para desarrollar un programa de administración o de orden, presuntamente avalado, si se trata de un gobierno electo democráticamente, por la mayoría.

El grado de desarrollo de la manipulación constitucional dependerá de cada comunidad. Por otro lado, el "éxito" de la manipulación dependerá de la pericia del manipulador, sus dotes argumentativos para sostener y fundar una postura, su habilidad para aprovecharse de las fobias, prejuicios, agresividades latentes, factores sentimentales y cultura (o no cultura) jurídica del medio donde opera, y fundamentalmente de la presión que pueda ejercer, como así también la receptividad seductiva que alcance su ardid en un medio específico, ponderando la vulnerabilidad ética de la comunidad para manipular o ser manipulada.

Aclarada la tesis sobre la "manipulación constitucional", no dudamos en sostener que el legislador, al haber sancionado la Ley de Reforma al Consejo de la Magistratura, aceptó silenciosamente un *montaje* ar-

[20] Conf., SAGÜÉS, Néstor P., *Reflexiones sobre la manipulación constitucional*, publicado online por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y por la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en www.iidpc.org/revistas/3/pdf/309_321.pdf, y www.ancmyp.org.ar/user/files/Reflexion-manipulacion-Sagues.pdf.

gumentativo insertado en la Exposición de Motivos del correspondiente proyecto de ley, cual está destinado a retorcer o desnaturalizar a la cláusula constitucional que establece el principio y la forma de Estado democrática (art. 1°, Const. Nac.), apartándola de su sentido genuino, todo en *provecho* de un *interés* particular o inferior (del Gobierno), cual es –como ya dijimos– la construcción legislativa de una *integración nominal* que le permita la cooptación de su órgano de decisión, por lo que nuevamente observamos (aunque desde otra perspectiva analítica) que la "premisa" argumentativa no es "democratizar", sino "disciplinar".

III. Conclusiones

Tenemos una muy seria preocupación respecto de la falta de compromisos y consensos políticos para el debido sostenimiento del *Estado de Derecho* en nuestro país, atento a que *la "política" está arrollando al "Derecho"*, y así se termina convirtiendo a la supremacía de la Constitución Nacional –y el principio de división de funciones del poder– en una mera *fuente de espectáculo*. La nueva Ley de Reforma del Consejo de la Magistratura, junto a la ley que limita las medidas cautelares contra el Estado, son extremadamente peligrosas, pues sólo "concentran" más volumen de poder en un órgano ejecutivo exageradamente fuerte o "superpresidencialista", situación muy grave, porque se está al límite de infringir la cláusula del artículo 29 de la Constitución Nacional.

El constitucionalista Jorge Reinaldo Vanossi[21] ya nos viene advirtiendo de la existencia de una "degeneración patológica" en lo institucional, de un "presidencialismo" devenido en cesarismo, donde la autoridad se ha transformado en autoritarismo, y la centralización se transformó en una concentración total del poder. Eso es, por lo tanto, lo que hay que corregir. Se puede empezar por las prácticas, por la modificación de las leyes que impliquen, en términos reales, *una mayor transferencia de poder hacia los órganos de control.*

Que en nuestro país lo que no está a la altura de las circunstancias es el sistema de partidos, por ausencia de partidos eficaces en el gobierno y en la oposición.

Hoy existe un caudillismo, que, fusionado al verticalismo disciplinante que impone, ha operado exitosamente acoplado con lo que la literatura política ha calificado como el *populismo*. En sí mismo –dice Bidart Campos[22]– "no es un movimiento intelectual, sino más bien lo contrario: anti-intelectual, que procura el contacto directo de la masa con un líder". Pensamos que la calificación se presta con mayor propiedad a la movilización de las masas provocada en el siglo XX con el importante auxilio de las grandes concentraciones humanas y de los medios modernos de comunicación. Representa, además, una amalgama de emocionalismo cálido y de fría mecánica ritual. "El populismo no apela a la razón, sino a las desmesuras del sentimiento". Su emocionalismo excesivo tiñe toda la vida política de una sobreactuación teatral.

Así, compartimos aquel pensamiento que entiende que una excesiva debilidad del Poder Ejecutivo hace impracticable la conducción de una política de crecimiento, desarrollo y cambio del país. Pero también un exceso o concentración del poder en manos del titular del órgano ejecutivo es cierto que hará peligrar las libertades y fomentará la arbitrariedad o la discrecionalidad. Por ello, es digno de recordar lo escrito por J. B. Alberdi, en el Capítulo XXV de las *Bases*: "*...Dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una Constitución*".

En este marco, las cuestiones contemporáneas fundamentales del Derecho Constitucional en la República Argentina serán las que refieren al "*control*", donde exista una independencia real del controlante respecto del controlado, y donde se tenga presente una de las "*reglas de oro*" del constitucionalismo, como aquella que sostiene que "*a todo acrecentamiento de los poderes, debe corresponder un mejoramiento de los instrumentos de control, un vigorizamiento de las garantías y una acentuación de las responsabilidades*". Dicho en otras palabras, "el control sin responsabilidad es prácticamente como un derecho sin una garantía". Entonces, acá la palabra "equilibrar" es la que da, en definitiva, la clave.

[21] VANOSSI, Jorge Reinaldo, *¿Presidencialismo o parlamentarismo? Un circunloquio para distraer la atención*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (ANCMyP), comunicación del 13-4-2011, impreso en Pablo Casamajor Ediciones (www.imagenimpresa.com.ar) en el mes de mayo de 2011, publicado online en: http://www.ancmyp.org.ar/user/files/01Vanossi11.pdf.

[22] BIDART CAMPOS, Germán, *Historia política y constitucional argentina*, Ediar, Buenos Aires, 1977, t. III, Cap. XXVII.

APORÍAS Y PARADOJAS DE LA "DEMOCRATIZACIÓN DE LA JUSTICIA"[1]

por IGNACIO COLOMBO MURÚA

SUMARIO: 1. *Aclaratio terminis*: "democratizar la justicia". 2. Aspectos metodológicos de la iniciativa. ¿Qué supone "democratizar la justicia"? 3. ¿Qué es democracia? 4. Poder Judicial. 5. Ciencia del Derecho y voluntad general. 6. Y el ciudadano, ¿cómo democratizar sin educar? 7. En conclusión.

En el presente ensayo trabajaré en una doble perspectiva, por un lado, haré algunas consideraciones genéricas sobre qué supone "democratizar la justicia", pero, a la vez, referiré a la iniciativa concreta que, bajo ese título, ha impulsado el Poder Ejecutivo nacional. La metodología que propongo es, por lo tanto, la de contrastar el marco teórico general con las propuestas concretas que se han efectuado al respecto.

En cuanto a las iniciativas impulsadas por el gobierno reflexionaré sobre los siguientes puntos: a) la estrategia discursiva; b) la metodología; c) la concepción subyacente, y d) las aporías que se generan.

1. *Aclaratio terminis*: "democratizar la justicia"

Lo primero que debemos decir es que la temática abordada implica trabajar con términos que padecen el mal que los filósofos analíticos han denominado de "textura abierta". Como advertía Nino, hay que tener en cuenta que cuando se habla de términos sensibles como "democracia", "justicia", etcétera, se está trabajando siempre e inevitablemente en una doble dimensión. Por un lado, tenemos el contenido "emotivo" del término, que desatendiendo a su sentido cognitivo, busca despertar adhesiones o rechazos en los receptores. Por otro lado, nos enfrentamos a un contenido cognitivo, que es el concepto, es decir, la noción supuesta en el término utilizado. Así, por tomar un ejemplo que trae Nino, podemos utilizar una expresión como "bastardo" sólo en un sentido emotivo, es decir, como una descalificación o insulto, o hacerlo en un sentido cognitivo, esto es, describiendo avaloratívamente una determinada realidad existente.

Por ello el solo nombrar a ciertos proyectos de ley como "democratización de la justicia" supone, ya de por sí, una estrategia terminológica consistente en "etiquetar" con una fuerte carga emotiva positiva a una determinada iniciativa. Incluso más, creo que la faceta estratégica queda al descubierto y se revela con mayor intensidad si, cuando estudiamos el contenido etiquetado, descubrimos que hay una falta de correspondencia entre su sentido emotivo y el cognitivo. El tema es, entonces, y estando ya clara la estrategia emotiva: ¿Cuál es el contenido cognitivo y conceptual de lo que se intenta hacer?

2. Aspectos metodológicos de la iniciativa. ¿Qué supone "democratizar la justicia"?

La pregunta que formularé acá es cuál es la metodología que se ha seguido, explícita o implícitamente, en los proyectos elaborados por el Poder Ejecutivo. En primer lugar reflexionaré sobre el mismo título que llevan los proyectos de leyes, y plantearé que el mismo importa una falacia de petición de principios, es decir, la falacia que consiste en dar por sentado aquello que, en realidad, debe ser demostrado o probado.

Y esto es así porque si el proyecto se llama "democratizar la justicia", ya se está suponiendo, de entrada, que 1) la justicia no es democrática y, en segundo lugar, 2) ésta debe necesariamente ser "democratizada". Varias preguntas surgen al respecto, ¿es realmen-

[1] El presente ensayo fue presentado en el Panel de las IX Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional, Mar del Plata, mayo de 2012.

te así?, ¿la justicia no es democrática?, ¿cuáles son los fundamentos para afirmar esto? Si no es democrática, ¿cuáles son las razones para democratizarla?

Creo, entonces, que el proyecto efectúa una serie de determinaciones que cierran de un "plumazo" lo que está abierto en los debates y polémicas doctrinarias de décadas. Al respecto cabe recordar que existen distintas posiciones, por ejemplo, sobre la legitimidad democrática del Poder Judicial y que, incluso, entre aquellas posiciones que le niegan una completa legitimidad democrática aparecen fuertes propuestas que lo fundamentan y le asignan importantes funciones en los diseños institucionales. Por ejemplo, algunos sostienen que debe erigirse como un poder contramayoritario asentado en el principio republicano de división y contrapeso de poderes (como un órgano que protege a las minorías de las mayorías).

Entonces, como primera afirmación, sostendré que estas iniciativas parten de supuestos que se encuentran arduamente discutidos y que, en los ámbitos académicos, se revelan minoritarios. Pese a ello, paradojalmente, se han impuesto legislativamente sin mayores debates.

Pero las apreciaciones metodológicas que se puede extraer del "programa" del Ejecutivo no se detienen allí. También puede inferirse que de suponer que la justicia no es democrática y que, como tal, debe ser democratizada, se deriva que se está adhiriendo a una determinada noción teórico-política que opera de manera subyacente. Y esto porque las afirmaciones precedentes se corresponden a una muy específica postura teórica que es la que se ha llamado "democracia radical".

Todos estos hondos problemas teóricos son, como dije, resueltos de un plumazo con los proyectos remitidos por el Ejecutivo. Con lo cual, sí, parece ser una petición de principios.

3. ¿Qué es democracia?

Entraré ahora a analizar el contenido cognitivo de la terminología en cuestión. Si hay que "democratizar" algo, es mejor que sepamos con claridad qué es aquello que llamamos democracia, ¿realmente lo sabemos?

Estoy convencido de que quienes, al menos los que lo hacen con honestidad intelectual, defienden o rechazan el proyecto están parados en nociones disímiles e incompatibles de lo que es la democracia. Ya es común contraponer en esto a Rousseau con Montesquieu. ¿Democracia es lo mayoritario y nada más? ¿Democracia es también la protección de las minorías y de los derechos y garantías individuales?

Entiendo que cuando se habla de democracia en su relación con el Derecho Constitucional existen al menos tres posiciones bien delimitadas: 1) La democracia formal y el constitucionalismo formal, que rigió sin cuestionamientos hasta la posguerra. Postula que el autogobierno de las mayorías debe ser el que determine todos los contenidos normativos y que los dispositivos constitucionales deben ser meramente formales, es decir, sólo estar allí para hacer posible la canalización de la decisión mayoritaria. Dicho de otro modo, debe haber un previo acuerdo básico sobre las reglas del juego, una vez que esto está determinado, el pueblo debe poder decidir sin límites y con amplios márgenes políticos de deliberación[2]. 2) La democracia sustancial (ligada al liberalismo), que considera que toda democracia y, por ende, toda Constitución deben tener contenidos normativos inamovibles, aunque más no sean aquellos que operan como precondiciones de la decisión democrática. Como hay contenidos, hay límites y esferas indisponibles que no pueden ser rebasadas por parte de las mayorías circunstanciales. 3) La populista o radical, muy de moda en Latinoamérica, que considera que el pueblo debe expresarse sin limitaciones normativas, ni materiales ni formales, a través de su representante, que suele ser un líder. Esta postura, abrevando en fuentes gramscianas, sostiene que cualquier esquema normativo o institucional es antidemocrático, pues intenta, de modo hegemónico, perpetuar un modo determinado de organizar a la sociedad extraño a la voluntad de las mayorías. Las instituciones no son más que expresiones de las posiciones dominantes que intentan, mediante mecanismos aparentemente neutrales, dominar a las mayorías y mantener un *statu quo* beneficioso para unos pocos[3].

He simplificado al extremo las posibles concepciones sobre la democracia con finalidades didácticas, esto es, para recordar que existe un fuerte debate entre estas tradiciones, y llamar la atención sobre el punto que quiero remarcar. Quienes defienden al proyecto del gobierno (que supone la "toma" mayoritaria de los tres poderes), al menos quienes lo hacen honestamen-

[2] Esta posición, con los matices del caso, se ha reactivado con postulados recientes como, por ejemplo, los que provienen de la escuela del constitucionalismo popular de EE. UU., con autores como Larry Kramer y Jeremy Waldron.

[3] En esta línea se han expresado, con sus matices, pensadores como Ernesto Laclau, Chantal Mouffe y Franciso Panizza.

te, están parados en un concepto o meramente formal o populista de democracia. Quienes lo rechazan, y justifican mecanismos contramayoritarios, están parados en el concepto sustancial de democracia, el que, de acuerdo a nuestra perspectiva, ha quedado consagrado luego de la Segunda Guerra Mundial y que es la base del constitucionalismo actual.

4. Poder Judicial

También cabe señalar que ha sido y sigue siendo muy intensa la discusión que se ha dado en torno a la función judicial. No es posible detenerme en las distintas y numerosas posiciones existentes al respecto, pero sí diré, pues nos interesa a los objetos del presente ensayo, que también en este punto el debate está abierto y la posición que tiende a "democratizar" a este poder es una de las tantas, y no la mayoritaria, de las que se han enfrentado en el escenario académico. Existen posturas, como la liberal clásica, que le reconocen legitimidad democrática. Otras posiciones sostienen que si bien no encuentran demasiados fundamentos democráticos, su existencia abreva y se justifica en la vertiente republicana de límites y control al poder. Justamente su carácter contramayoritario es lo que le da sustento y razón de ser. Por ello, nuevamente, el proyecto define y cierra el debate a la vez que toma posición al respecto. La postura es la que, nuevamente, se encolumna con la "democracia radical" y señala consecuentemente con ello que ningún mecanismo con connotaciones "contramayoritarias" puede ser aceptado.

Por todo lo dicho ya queda claro que la "democratización de la justicia" es una iniciativa que, en lo conceptual, pretende erigir en paradigma a esta democracia mayoritaria o radical.

5. Ciencia del Derecho y voluntad general

Me gustaría realizar, para terminar, algunas consideraciones genéricas que deberían tomarse en cuenta para un posible debate sobre estas cuestiones (nos referimos, claro, a un debate real y no a una parodia de discusión como la que se ha presentado recientemente). Me interesa marcar dos puntos que considero relevantes para el debate, uno que se refiere a una posible justificación para mantener al Poder Judicial "independiente" e integrado por expertos, y otro que, relacionado con esto último, hace alusión a las características del "pueblo" argentino.

Una cuestión sobre la que creo hay que reflexionar es la de la cientificidad del Derecho, o, si resulta fuerte tal adjetivación, la de su especificidad como disciplina. La pregunta que debemos hacernos es si es el Derecho una ciencia o una disciplina que, en cuanto tal, requiere de experticia para su desarrollo y tratamiento. Es decir, tomemos como ejemplo a la física, pocos cuestionamientos se pueden hacer sobre esta disciplina como ciencia. Como consecuencia de este consenso creo que casi todos convendríamos en que la persona idónea para trabajar con materia física es el físico. ¿Esto mismo puede predicarse del Derecho? ¿Las normas y su manipulación requieren de cierta especialización, de cierta prudencia o arte? Si concluimos que sí, en que al menos el Derecho es una disciplina académica que requiere ciertos conocimientos y destrezas, podríamos justificar sin mayores inconvenientes la presencia de expertos (en la presente coyuntura: los jueces) en la manipulación de las normas. En caso contrario, si no hay ciencia, entonces no hay ningún motivo para que cuerpos especializados participen en las decisiones jurídicas.

Quiero decir que en el fondo de este tipo de discusiones está el debate más profundo de si hay una "verdad jurídica", que, en cuanto tal, debe ser alcanzada o encontrada con técnicas o métodos adecuados, o si lo jurídico es simplemente consensual, en cuyo caso debemos abandonar cualquier tipo de elitismo en la producción y el control normativo y volcarnos a la deliberación plena por parte de la sociedad para la elaboración y la aplicación de las normas. ¿No es ésta la posición, por ejemplo, que prima en instituciones como juicios por jurados o en los procesos abreviados?

6. Y el ciudadano, ¿cómo democratizar sin educar?

Otro punto no menor cuando se habla de "democratizar" es la reflexión sobre el pueblo mismo. Éste está reflejado, sin dudas, en el ciudadano común. Creo que no estaré muy equivocado si es que señalo que la gran mayoría de los argentinos no sabe de qué se habla ni de las implicancias concretas en su vida de temas tales como el Consejo de la Magistratura, el equilibrio y división de poderes, las medidas cautelares, los tribunales de casación, etcétera.

Por ende, la iniciativa, pero no sólo ella, está viciada desde el inicio. Esto porque aquellos que supuestamente se verán beneficiados con la medida ni siquiera saben de qué se está hablando y, por ende, no están tomando decisión alguna, sino que alguien está inten-

tando hablar en su nombre. Si queremos democratizar, debemos empezar por hacer accesibles las problemáticas a la población, para que las vayan comprendiendo y, en consecuencia, puedan tomar "con conocimiento de causa" las decisiones por sí mismos. Y pese a que ya sea un tema trillado, es necesario insistir: para que haya verdadera democracia es necesario educar, formar ciudadanos, pues sólo de este modo se logrará el ideal del autogobierno y se evitará la transformación de la *democracia* en *demagogia*.

Acá, también parece oportuno volver a la metodología discursiva que utiliza el programa del Ejecutivo: adviértase que si hablo de "democratizar" la justicia desde el contexto recién descripto, la estrategia de la carga emotiva se maximiza: nunca la justicia ha estado cerca de la "gente", y parece que ahora, al menos a juzgar por el nombre de los proyectos, se acercará, cuando en realidad, si uno analiza el proyecto cognitivamente, se puede encontrar con una sorpresa, cual es que esto aleja a la justicia mucho más de la gente: más instancias judiciales, menos fuerza de las garantías constitucionales canalizadas a través de cautelares, etcétera.

7. En conclusión

Creo que no hay dudas, debe mejorarse a la justicia y para ello resulta necesario debatir temas tan importantes como el rol del Poder Judicial en nuestra democracia actual. Así, por ejemplo, sería bueno pensar y diseñar mecanismos para mejorar el acceso a la tutela judicial, especialmente para los sectores marginados y de menores recursos. Pero este debate debe ser entablado de buena fe, es decir, escuchando, intercambiando puntos de vista, argumentando y, sobre todo, con una finalidad clara: tratando realmente de mejorar el servicio de justicia para el pueblo.

Considero, en esa línea, que los proyectos remitidos por el Ejecutivo tienen un doble defecto: 1) No surgen del consenso ni buscan generarlo; 2) No mejoran ni "democratizan" la justicia (o sólo lo hacen desde una concepción determinada que es la de la "democracia radical"). Con lo cual parecería ser que la verdadera intención del programa es otra...

Por último, quiero marcar lo paradojal de las iniciativas, que radica en pretender "democratizar" desde una posición francamente minoritaria: tanto desde la académica (en donde la "democracia radical" resulta ser una posición de escasa acogida intelectual) como desde la ciudadanía, que, como he dicho, en su gran mayoría no está al tanto de los ribetes y de las consecuencias que las medidas van a generar en su vida cotidiana. Dicho de otro modo, hay una "imposición" vertical de un proyecto que, partiendo de una minoría "iluminada", pretende "democratizar", con lo cual la paradoja aparece... inexorable.

LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

por JORGE HORACIO GENTILE*

SUMARIO: ¿Qué es, entonces, una "justicia democrática"? La justicia en la Constitución Nacional. Función judicial, jurisdicción y control de constitucionalidad. Procedimientos.

Algunas expresiones de altos funcionarios del gobierno nos hacen dudar respecto de lo que debemos entender por independencia del Poder Judicial.

La presidenta Cristina Fernández de Kirchner dijo, al justificar el envío al Congreso del paquete de seis leyes para "*democratizar la justicia*", que "*Quiero una justicia democrática, no corporativa, no dependiente de los factores económicos*".

La diputada *Diana Conti*, a su vez, dijo que "*En la democracia la mayoría gobierna en los tres poderes*".

Julián Domínguez, presidente de la Cámara de Diputados, afirmó en declaraciones a la prensa que "*les guste o no, somos representantes de la voluntad del pueblo argentino, y por lo tanto dos jueces no pueden detener la voluntad política. Por eso me pregunto desde dónde pretenden corromper la fortaleza en la representación del pueblo que posee nuestra presidenta*". Como si él, el Congreso y el Cuerpo que preside no la tuvieran.

"*El pueblo es el titular único de la justicia*", señaló el exjuez español Baltasar Garzón, condenado a inhabilitación por la justicia española.

¿Qué es, entonces, una "justicia democrática"?

Ni en las *Bases* de Juan Bautista Alberdi ni en la Convención Constituyente de 1853 se discutió el modelo de la Constitución norteamericana que la nuestra adoptó, respecto al rol y a la organización del Poder Judicial.

Cuando se discutía la aprobación de la Ley Fundamental en Estados Unidos, se hacía presente que la misma se apartaba de la organización política de Gran Bretaña, donde el Poder Judicial residía, en su última instancia, en la Cámara de los Lores, que, junto a la Cámara de los Comunes, integraba el Parlamento (hasta el 1-10-2009, en que comenzó a funcionar la Suprema Corte del Reino Unido, creada por un acta de reforma constitucional de 2005), y lo estableció independiente de los poderes Legislativo –el Congreso– y Ejecutivo –el presidente–, y, a diferencia de aquél, los fallos de la Suprema Corte de EE. UU. y de los demás tribunales interiores no pueden ser revocados por leyes o decretos de los otros dos poderes.

Por eso, Alexander Hamilton, en *El Federalista*, comparaba el Poder Judicial con el Legislativo y el Ejecutivo diciendo que "*El judicial [...] no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee FUERZA ni VOLUNTAD, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos*". Y agregaba luego que "*No hay libertad si el poder de juzgar no está separado de los poderes ejecutivo y legislativo*".

También expresaba que los "*...tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad*". No debía entenderse: "*de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras*".

* Profesor emérito de la UNC y catedrático de Derecho Constitucional de la UNC; exdiputado de la Nación.

La justicia en la Constitución Nacional

El Estado, en nuestra carta fundamental, asume y reivindica para sí la administración de justicia, los particulares no pueden dirimir sus conflictos y resolver sus pretensiones por mano propia. No hay justicia privada.

El Preámbulo de la Constitución así lo declara cuando fija como uno de sus objetivo el "*afianzar la justicia*" e invoca a "*Dios, fuente de toda razón y justicia*". Y cuando el artículo 19 dice que "*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la facultad de los magistrados*". A los jueces de la Corte Suprema se les exige prestar juramento de "*desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución*" (art. 112). Todo lo cual indica que la Constitución reconoce la existencia de un orden moral y natural superior a las normas positivas que es respetado en sus cláusulas y que debe serlo por las demás leyes y actos que se dicten en su consecuencia.

El gobierno federal y provincial se organiza en base al sistema representativo y republicano (arts. 1° y 5° de la Constitución), lo que implica que hay división de los poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

La función jurisdiccional solamente la ejercen los jueces del Poder Judicial del gobierno federal (arts. 1° y 108 y ss.), del de las provincias (art. 5°) y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129).

El Poder Judicial es independiente, los jueces de la Corte Suprema, que deben ser abogados con ocho años de ejercicio, y de los demás tribunales inferiores de la Nación, que lo integran, "*conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones*" (art. 110) y sólo pueden ser removidos por juicio político en caso de "*mal desempeño o delitos en ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes*" (art. 53).

Función judicial, jurisdicción y control de constitucionalidad

Con Eduardo Couture podemos decir que la jurisdicción: "*Es la función pública, realizada por los órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determinan los derechos de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones bajo autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución*".

En nuestro sistema constitucional la jurisdicción se identifica con la función judicial, a diferencia de los sistemas parlamentarios donde existe la justicia administrativa, y a esta distinción se la considera válida. Los llamados tribunales administrativos que hay en nuestro país, fiscales, militares o de faltas municipales, son organismos administrativos y no judiciales, que no ejercen la jurisdicción, y sus decisiones son actos administrativos que pueden ser impugnados en los tribunales que integran los poderes judiciales antes referidos, que son los únicos habilitados por la Ley Fundamental para ejercer la función judicial, o jurisdiccional, dentro de sus respectivas competencias de personas, lugar y materia.

La Convención Constituyente y el Congreso, elegidos democráticamente por el pueblo de las provincias y de la Capital Federal, dictan, reforman o derogan la Constitución y las leyes. Los jueces, al ejercer su función jurisdiccional, están obligados a hacer el control de la supremacía de la Constitución, o sea, de aplicar en el caso concreto lo que dispone la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y demás normas o actos de gobiernos o administrativos, respetando el orden de prelación de los mismos. La norma o acto declarado inconstitucional no es derogado por el juez o tribunal que así lo declara, ya que su decisión es válida y obliga sólo a las partes del juicio. Son los órganos políticos o administrativos que dictaron estas normas o actos los que pueden derogarlos o reformarlos.

Procedimientos

El ejercicio de la jurisdicción tiene procedimientos establecidos por códigos y leyes que lo reglamentan y que por momento se tornaron muy rígidos, lentos e ineficaces para administrar justicia. Por eso, en el último medio siglo, se ha intentado flexibilizar y hacer más fluidos los procesos y protocolos para acceder y lograr la solución de las causas que tiene que atender el Estado.

Ello hizo posible la aparición y difusión de la oralidad; las audiencia públicas –informativas, conciliatorias y ordenatorias– y los *amicus curiæ* –incorporados por la Corte Suprema (acordadas 30/2007 y

28/2004)–; la acción declarativa de inconstitucionalidad y la de certeza; el mayor desarrollo del hábeas corpus, la adopción de los amparos –algunos muy expeditivos, como el electoral que se plantea oralmente y se resuelve sin vista a la contraria (arts. 10, 11 y 147 de la ley 19.945)–, y el hábeas data –todos ellos en su versión individual o colectiva–; los procedimientos sumarios o urgentes y los juicios abreviados; la conciliación, la mediación, la negociación, el arbitraje; la *probation*; la tutela anticipada y las medidas autosatisfactivas y de la decisión de reducir plazos legales dispuesta en algunas causas.

A esto debemos agregar la incorporación –no siempre con la velocidad que las circunstancias exigen– de las nuevas tecnologías, como las de los medios digitales e informáticos: las computadoras, el uso de Internet, de los correos electrónicos, de las páginas web, de los escáneres, de las cámaras Gesell o de las videoconferencias, todo lo cual permite un mejor y más ágil funcionamiento de la administración de justicia.

La reciente ley 26.854 sobre medidas cautelares ha sido un evidente retroceso.

A treinta años de la recuperación de la democracia constitucional no debemos poner en duda la garantía de los derechos humanos que establece la Constitución, que se hace posible mediante la limitación y la división de los poderes del Estado, y la independencia del Poder Judicial, ejercida por jueces, elegidos por los órganos políticos que representan al pueblo, y que son responsables ante los mismos en caso de delitos o mal desempeño en sus funciones.

Para concluir, podríamos recordar las palabras del relator especial de las Naciones Unidas, quien al presentar su primer informe a la Comisión de Derechos Humanos afirmara que "*el derecho a una judicatura independiente e imparcial y a una abogacía independiente no es un derecho ni una prerrogativa de los jueces y abogados. Se trata de un derecho de los usuarios de la justicia. Al aplicar este derecho no debe hacerse ninguna distinción entre el norte y el sur, los ricos y los pobres, los países desarrollados y los países en desarrollo. Lo que los jueces y abogados procuran al administrar justicia sin miedo ni trato de favor y sin prestar atención a estas distinciones es proteger este derecho de los usuarios*".

REFORMA JUDICIAL

Breves notas sobre la malograda "democratización de la justicia" y sobre el recorrido de la ley 26.855 de reformas al Consejo de la Magistratura

por CARLOS D. LUQUE*

I. Introducción

Comenzamos estas líneas afirmando sin duda alguna que el tema aquí comentado es el más rico, institucionalmente hablando, de la última década por el recorrido que tuvo, desde ya que por su controvertido contenido, pero también por la forma en que finalizó con un muy solvente desasne constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[1] hacia los otros poderes del Estado.

Pero quizás lo más remarcable es que fue sin ninguna estridencia y con la sabiduría que a veces abunda en las palabras simples, y aunque haya sido más por simpleza que por sabiduría esto no le resta un ápice de autoridad institucional y constitucional a dicha decisión.

La cuestión y también la discusión empezaron mucho antes de que el Congreso sancione la ley de reformas al Consejo de la Magistratura y que después la Corte a su vez y turno declarara la inconstitucionalidad de sus artículos más radicales.

Esto comienza con el famoso anuncio de "democratización de la justicia" realizado por la presidente de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, que luego ella misma institucionalizó en su discurso a la Asamblea Legislativa del 1° de marzo en ocasión del inicio del período de sesiones ordinarias del Poder Legislativo nacional y que finalmente formalizó durante los primeros días del mes de abril de este 2013.

Este anuncio pudo significar muchas cosas, pero en un gobierno neopopulista latinoamericano claramente significa un avance mayoritarianista del más poderoso de los tres poderes sobre los otros dos, y estando controlado el Congreso nacional restaba el control del Poder Judicial. ¿La Constitución Nacional?, bien gracias.

Finalmente con un "paquete" de leyes enviado al Congreso, increíbles algunas (Cámaras de Casación), risibles otras (declaraciones juradas mucho más desde su reglamentación por el Ejecutivo nacional), pero con un proyecto que preocupó ni bien se lo conoció: el de reformas al Consejo de la Magistratura, así comenzó a desandar su camino en la República Argentina la "democratización de la justicia", que a esta altura ya empezó a llamarse por su segundo nombre: "reforma judicial".

II. El Consejo de la Magistratura

A) *Primeras precisiones*

Pero entramos en el tema que aquí se tratará de abordar, cual es la cuestión del Consejo de la Magistratura: ¿Debió introducirse esta institución "extraña" a nuestro sistema jurídico en 1994? ¿Ha tenido una adecuada legislación formal por parte del Poder Legislativo desde su formal instrumentación en 1998? ¿La reforma que introdujo la ley 26.855 seguía los

* Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste.

[1] "Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/Acción de amparo c/Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (expte. 3034/13)".

más que claros lineamentos del artículo 114 de la Constitución Nacional?

Decíamos: ¿Era factible introducir esta institución típica del parlamentarismo europeo en nuestro sistema constitucional de selección y designación de jueces?

Éstas son algunas de las consideraciones que se hacían en la época de la reforma constitucional:

Decía autorizadamente Alberto Spota que "el Consejo de la Magistratura es una institución absolutamente ajena, no sólo al sistema político de distribución de poderes a la manera norteamericana, que es el que nosotros tenemos, sino además a la esencia de ese sistema político, pues el Consejo de la Magistratura corresponde a estructuras en las cuales el juez administra justicia, nada más"[2].

Se trata de sistemas de administración de justicia y no de sistemas de Poder Judicial, como es el sistema presidencialista, de origen estadounidense, y cuyo modelo adopta nuestra Constitución Nacional[3].

La tarea de juzgar era así entendida como una función de gobierno o, para ser más exactos, una función ejecutiva o de administración de justicia.

De ese modo en Europa, donde nacen, los Consejos fueron concesiones del monarca para asegurar cierto grado de independencia funcional a los jueces que, en rigor de verdad, dictaban sentencia en nombre del rey.

Pero, ¿dónde está la gran diferencia? Aclara Spota: "Solamente donde existe una división de poderes a la manera de la distribución norteamericana, capacitando al juzgador para cumplimentar los controles de constitucionalidad en función del principio de supremacía constitucional, el que juzga tiene poder político porque puede declarar la inconstitucionalidad de una norma o acto del poder administrador"[4].

Pero, por otro lado, y desde un punto de vista estrictamente teórico, dentro de este esquema lo que se requiere es un juez que conozca la ley en profundidad, ya que su actividad creadora del Derecho se encuentra limitada a la actividad creadora del Parlamento: único estadio legítimo de discusión política acerca del contenido específico de las normas.

Como consecuencia de ello, surge también la necesidad de contar con un Poder Judicial despolitizado, que fue lo que se buscó nos parece que con sincera convicción en la reforma de 1994, precisamente porque la discusión política se encuentra en otro lugar de poder, y hasta ese momento el mejor juez (independiente e imparcial) estaba como atado al dedo político que lo designó y esta última cuestión fue la que más peso tuvo en el bloque constituyente que votó el núcleo de coincidencias básicas en la reforma constitucional[5].

B) *La reforma constitucional de 1994 y la ley 24.937 reglamentaria del Consejo de la Magistratura*

No obstante todo lo dicho hasta el momento, en la reforma a la Constitución Nacional que tuvo lugar en el año 1994 se introducen en nuestro ordenamiento jurídico los artículos 114 y 115 sobre el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento.

Se siguió entonces la directiva preconstituyente que claramente incluía como materia de reforma a considerar el mecanismo de designación y remoción de jueces, tema que trajo aparejados duros debates:

"Artículo 114 – El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

"El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

"Serán sus atribuciones:

"1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.

"2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.

"3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.

"4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.

"5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.

[2] Citado en LUQUE, Carlos Daniel, en E. D. C. O. 2005-486.
[3] LUQUE, Carlos Daniel, en E. D. C. O. 2005-487.
[4] Citado en LUQUE, Carlos Daniel, en E. D. C. O. 2005-488.
[5] LUQUE, Carlos Daniel, en E. D. C. O. 2005-487.

"6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia".

Según la disposición transitoria décima de la Constitución Nacional, la ley que reglamentase el Consejo de la Magistratura debería ser dictada al año de la entrada en vigor de la reforma.

Sin embargo, la ley 24.937 que reglamentó la institución se sancionó en 1997 y entró en vigencia los primeros días de 1998.

En ella, y dejando de lado la mora parlamentaria, el punto neurálgico sobre el funcionamiento del Consejo y del Jurado de Ejuiciamiento –que aquí no tratamos– sería la posibilidad de designar jueces federales.

Esta primera ley duró hasta el año 2006, y trataba el tema del Consejo de la Magistratura, que estaba integrado por:

— El presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
— Cuatro (4) jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por sistema D'Hont, debiéndose garantizar la representación igualitaria de los jueces de Cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados, con competencia federal del interior de la República.
— Ocho (8) legisladores. A tal efecto, los presidentes de la Cámara de Senadores y de Diputados, a propuesta de los respectivos bloques, designarían cuatro legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos al bloque con mayor representación legislativa, uno por la primera minoría y uno por la segunda minoría.
— Cuatro (4) representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula. Para la elección se utilizaría el sistema D'Hont, debiéndose garantizar la presencia de los abogados del interior de la República.
— Un (1) representante del Poder Ejecutivo.
— Un (1) abogado, profesor titular regular de cátedras universitarias de facultades de Derecho nacionales, elegido por sus pares. A tal efecto, el Consejo Interuniversitario Nacional confeccionaría el padrón y organizaría la elección del representante del ámbito académico y científico.

En aquel momento, con esa primera conformación (sobre todo la del Consejo), se argumentaba que la composición política predominaba.

Pero se convirtió en una materia muy opinable, tan así que en el año 2005, según estadísticas oficiales del propio Consejo, el mismo estaba cumpliendo con creces y más allá de las discusiones con su cometido esencial: la designación imparcial de los magistrados federales inferiores de la República[6].

C) *La ley 26.080 de reforma del Consejo de la Magistratura*

La ley 26.080, sancionada el 22 de febrero de 2006, reformó la composición establecida por la antecedente ley en lo que respecta al Consejo de la Magistratura y al Jurado de Enjuiciamiento.

Con respecto a la composición del Consejo de la Magistratura, éste modificó su número de miembros, reduciéndolos de 20 a 13:

— Tres (3) jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por sistema D'Hont, debiéndose garantizar la representación de los jueces de Cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados, con competencia federal del interior de la República.
— Seis (6) legisladores, correspondiendo tres a cada Cámara parlamentaria, y, a su vez, dos representantes de la mayoría y uno de la primera minoría.
— Dos (2) representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula. Uno de ellos deberá tener domicilio real en cualquier punto del interior del país.
— Un (1) representante del Poder Ejecutivo.
— Un (1) representante del ámbito académico y científico, el cual deberá ser profesor regular de cátedra universitaria de facultades de Derecho nacionales, y contar con una reconocida trayectoria y prestigio, el cual será elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional, con mayoría absoluta de sus integrantes.

Esta ley estableció que para que sesione el Consejo, el quórum necesario será de siete miembros y las decisiones que adopten serán por mayoría absoluta de los miembros presentes, salvo cuando se requieran mayorías especiales.

Esta norma se sanciona justamente cuando el Consejo tomaba visos de "institución constitucional" en

[6] Agenda Legislativa; Informe Especial sobre el Consejo de la Magistratura, Centro Cultural, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2010, p. 7.

cuanto a su funcionamiento, que no era excelente, pero que las estadísticas demostraban que estaba comenzando a dar sus primeros pasos "correctos" si se quiere en cuanto a la selección y designación de los magistrados inferiores de la Nación.

Es, además, esta misma ley del Congreso la que rigió –y después del fallo de la Corte en "Rizzo" volvió a entrar en vigor en todas sus partes pertinentes– y lastimó aquella primera aproximación, aquel primer "humo de buen funcionamiento" que parecía empezar a tener el Consejo con su ley reglamentaria original.

III. La ley 26.855 de reformas al Consejo de la Magistratura

En cuanto a la valorización jurídica y análisis constitucional de la ley 26.855 previo al fallo en "Rizzo" se han escrito ríos de tinta sobre ello, pero siempre hay quien lo hizo un poco mejor o más entendible y hasta con un sentido didáctico.

Tal como lo hizo la Corte en "Rizzo", donde hubo un fallo simple y muy valioso y una disidencia de una sorpresiva vaguedad que hasta incurrió en problemas de semántica totalmente ajenos al núcleo duro de lo que debía decidirse.

Para el caso, y sobre la ley 26.855, pero también sobre la decisión de la Corte, los comentarios de Alberto Bianchi[7] y María Angélica Gelli[8] son realmente de lectura obligatoria.

Coincidimos, claro está, que la esencia de la ley 26.855 está constituida por las tres modificaciones que procuraron controlar al Poder Judicial para alinearlo con las políticas diseñadas por el oficialismo, sean éstas conforme a la Constitución o no[9].

Gelli sostiene con mucha claridad que:

1. "En primer lugar la ley 26.855 dispuso 'la elección por el Pueblo de la Nación por sufragio universal, de los Consejeros jueces, abogados y académicos' (art. 2°, incs. 1°, 2°, 3°). Con ello se incumplió el mandato constitucional de la representación del sector que establece la Constitución. Además, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4° (inclusión del art. 3° bis) los candidatos en esa elección debían presentarse en listas de los partidos políticos, es decir, adhiriendo a los postulados de una parte de la sociedad y, eventualmente, participando de la lucha interna por la postulación, haciendo campaña electoral, se supone en sintonía con un partido político.

"Si ello dañaba la representación de los abogados que tienen derecho a mantener su independencia frente a los partidos políticos, en el caso de los magistrados judiciales elegidos consejeros desaparecería la independencia que deben de sustentar –ya de por sí misma difícil–..."[10]

2. "En segundo lugar, la ley disminuyó la garantía de la inamovilidad judicial por el juego de pinzas que implicaba la integración del Consejo de la Magistratura con preponderancia del oficialismo de turno, cualquiera que éste sea (art. 2°, incs. 1° al 5°). En efecto, según la normativa, integrarían el Consejo tres jueces, tres abogados, seis académicos, tres diputados, tres senadores y un representante del PE, correspondiendo dos consejeros jueces, dos abogados y cuatro académicos a la lista que obtenga mayoría simple en elecciones generales y los restantes a los que resulten en segundo lugar [...] Pero, además, la ley 26.855 estableció que basta la mayoría absoluta –se sustituye la anterior de dos tercios– para acusar a los magistrados y, en su caso, suspenderlos (art. 6° que modifica el art. 7°, inc. 15 de la ley anterior)"[11].

3. Y, finalmente: "En tercer término, la reforma acabó con el precario equilibrio entre sectores en la integración del Consejo de la Magistratura, según mandato del artículo 114 de la Constitución Nacional. Si bien es cierto que esta disposición contiene dos párrafos referidos a la integración del Consejo, separados por un punto seguido y después de éste se expresa que 'será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley', así, en plural y a criterio del Congreso, el número de seis académicos dispuesto por la ley 26.855 duplica el número de abogados y jueces, con un agravante. Estos científicos irán en las listas de los partidos, también aceptando y, probablemente, en algunos casos militando a

[7] Creo que el artículo *Crónica de una inconstitucionalidad manifiesta* de Alberto Bianchi corre con la presunción del mejor de la década, en principio, en su materia, y es de imprescindible lectura y discusión.

BIANCHI, Alberto, *Crónica de una inconstitucionalidad manifiesta*, artículo difundido por el autor en la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2013.

[8] GELLI, María Angélica, *Una sentencia crucial*, en L. L. del 26-6-2013.

[9] GELLI, ob. cit., p. 3.

[10] GELLI, ob. cit., p. 4.

[11] Ibídem.

favor de ese partido. De ese modo, la representación política desbordaría todo límite"[12].

Pero la sanción de la ley 26.855 fue llevada adelante con bombos y platillos, no importaba que se esté menoscabando la, ya de por sí cuestionada, independencia de los jueces y, lo que es peor, pero también una consecuencia natural de lo primero, las garantías jurisdiccionales de todos los habitantes de este país.

IV. El fallo de la Corte en el caso "Rizzo"

Ante tal desmadre, y después de una primera instancia, de un *per saltum* (que, a propósito, se sancionó ad hoc para otro caso), el expediente "Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/Acción de amparo c/Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (expte. 3034/13)" llega para su final resolución a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

No vamos a hacer referencia al dictamen de la procuradora general de la Nación más que en este párrafo porque al no habilitar directamente la legitimación de los actores (aunque finalmente opina sobre la cuestión de fondo), y después defender casi exclusivamente la representación y participación popular para todo y defenestrando el actual funcionamiento del Consejo (como si no supiese quién lo elucubró en 2006), culmina expresando que "...Una mera diferencia en el número de escaños no es suficiente para dar fundamento a una declaración de inconstitucionalidad"[13].

Como bien dice Bianchi, después de señalar lo que ya decíamos al principio de este mismo trabajo, la Corte fue clara y precisa, ha evitado la erudición –que, es cierto, no le falta– y ha optado por la persuasión[14].

Los, sin duda, puntos más salientes del fallo (se podrá no coincidir, pero esto es lo central) son:

Procedencia del amparo: "...ante la inminencia del vencimiento de los plazos establecidos en el calendario electoral, las vías procesales ordinarias resultan ineficaces para remediar en forma oportuna la afectación de los derechos invocados por el actor"[15].

Legitimación activa: "...en su carácter de apoderado de una agrupación de abogados que participa en el proceso de elección de los consejeros, el actor posee un interés directo, concreto e inmediato en la declaración de inconstitucionalidad de una ley que elimina tal participación"[16].

Núcleo del caso: "...establecer los alcances del artículo 114 de la Constitución, para luego analizar si la ley cuestionada –en cuanto modifica la integración del Consejo de la Magistratura y establece la elección directa por sufragio universal de los representantes de los jueces, abogados, académicos y científicos– es compatible con su texto"[17].

Interpretación literal: "...las personas que integran el Consejo lo hacen en nombre y por mandato de cada uno de los estamentos indicados, lo que supone inexorablemente su elección por los integrantes de esos sectores. En consecuencia, el precepto no contempla la posibilidad de que los consejeros puedan ser elegidos por el voto popular ya que, si así ocurriera, dejarían de ser representantes del sector para convertirse en representantes del cuerpo electoral [...] la redacción es clara en cuanto relaciona con la elección popular a sólo uno de los sectores que integra el Consejo, el de los representantes de los órganos políticos"[18].

El espíritu del constituyente de 1994: "...despolitizar parcialmente el procedimiento vigente desde 1853 para la designación de los jueces, priorizando en el proceso de selección una ponderación con el mayor grado de objetividad de la idoneidad científica y profesional del candidato, por sobre la discrecionalidad absoluta con estos fines se ha pretendido abandonar el sistema de selección exclusivamente político partidario"[19].

Arribamos entonces a la conclusión, con Bianchi[20], de que los consejeros no políticos no pueden ser elegidos directamente por el pueblo en base a dos cuestiones: a) La única que puede establecer cargos que surjan de la elección popular es la Constitución[21], y b)

[12] GELLI, ob. cit., p. 5.
[13] BIANCHI, ob. cit., p. 10.
[14] BIANCHI, ob. cit., p. 2.
[15] BIANCHI, ob. cit., p. 3.
[16] Ibídem.
[17] BIANCHI, ob. cit., p. 4.
[18] Ibídem.
[19] BIANCHI, ob. cit., p. 5.
[20] BIANCHI, ob. cit., p. 6.
[21] Ibídem.

el Consejo de la Magistratura es un órgano del Poder Judicial, y la legitimidad democrática de los jueces y de todos quienes integran este poder "no se deriva de la elección directa"[22] por ello "resulta consistente que los consejeros abogados y académicos, como miembros de un órgano que integra el Poder Judicial de la Nación, sean elegidos en forma indirecta, de la misma manera que los jueces"[23].

A la politización/popularización de los integrantes técnicos no políticos del Consejo le agregamos el desequilibrio estamentario que busca el artículo 2° de la ley 26.855 y estamos ante una manifiesta inconstitucionalidad que además no es la única, pero sí la más importante, porque además quedan obligados a participar del proceso electoral seguramente de la mano de algún partido político y por ello con lo poco que nos queda de sensatez digamos que un juez en una lista sábana y más en Latinoamérica jamás será independiente, no nos engañemos con manifiestos embadurnados de hipocresía.

Habiendo trasmitido lo más sintéticamente posible la esencia del fallo *sub examine*, nos gustaría ver, sintéticamente, el otro lado, el negativo, y por ende, ¿peligroso, fuera de eje? ¿O es sólo una desacertada, para mí, decisión judicial? y me estoy refiriendo a la disidencia del fallo, la cual se ocupó principalmente no de la literal interpretación constitucional del artículo 114, sino, para dar un ejemplo, de la semántica de la frase "se procure el equilibrio" y de ahí de dilucidar qué querría decir "se procure" dejando, a mi entender, por sentado que no es equilibrio lo que "debe" conseguirse en la conformación del Consejo, sino que se debe tratar de conseguir, pero si no lo hay decidirá el legislador.

Efectúa además una innecesaria y pormenorizada búsqueda en los antecedentes comparados que examinó la convención constituyente de 1994, en particular Italia y España.

Cerrando este mínimo comentario a la, en mi opinión, desacertada disidencia de Zaffaroni, dice el ministro en minoría que –la ley 26.855– "...es factible que sea un nuevo error político, pero no todo error político es una inconstitucionalidad manifiesta"[24], todos conocemos la autoridad jurídica e intelectual de Eugenio R. Zaffaroni y esperábamos de su opinión algo más.

V. Conclusiones

La única conclusión simple, clara, sensata a la que podemos llegar es que en este momento, y no sólo por este fallo y por la férrea defensa del control de constitucionalidad ejercido aquí por el alto tribunal en este caso brevemente comentado, hoy y en esta coyuntura institucional no es menor que la Corte se haga sentir como lo que es: la cabeza de uno de los poderes del Estado, porque discursos se pueden hacer y decir muchos, más en años electorales, pero la verdadera institucionalidad se construye y se cuida con fallos como el decidido y aquí referido: simples, precisos, imprescindibles para recuperar la República.

[22] Ibídem.
[23] Ibídem.
[24] Voto del ministro Zaffaroni, consid. 14.