





LA CORTE
SUPREMA
ARGENTINA





José Miguel Onaindia

LA CORTE
SUPREMA
ARGENTINA

Luces y sombras

Onaindia, José Miguel

La Corte Suprema Argentina : luces y sombras / José Miguel Onaindia. -
1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : El Ateneo, 2016.

272 p. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-950-02-9891-9

1. Ensayo Político. I. Título.

CDD 320.0982

La Corte Suprema Argentina. Luces y sombras

© José Miguel Onaindia, 2016

Derechos mundiales exclusivos de edición en castellano

© Grupo ILHSA S. A. para su sello Editorial El Ateneo, 2016

Patagones 2463 - (C1282ACA) Buenos Aires - Argentina

Tel: (54 11) 4943 8200 - Fax: (54 11) 4308 4199

editorial@elateneo.com - www.editorialelateneo.com.ar

Diseño de tapa: Eduardo Ruiz

1ª edición: noviembre de 2016

ISBN 978-950-02-9891-9

Impreso en El Ateneo Grupo Impresor S. A.,

Comandante Spurr 631, Avellaneda,

provincia de Buenos Aires,

en noviembre de 2016.

Queda hecho el depósito que establece la ley 11.723.

Libro de edición argentina.

Índice

Prólogo. La Corte Suprema en la Argentina: tomar distancia para ver mejor	9
Introducción.....	17
Capítulo 1. ¿Qué es la Corte? Sus funciones.....	23
La función jurisdiccional	24
Cómo se designa a los jueces	27
Cambios en la reforma de 1994.....	36
Designación de magistrados federales	42
Capítulo 2. Qué hace, en qué marco, a quién se subordina.....	53
Principio de supremacía de la Constitución.....	56
Control de constitucionalidad.....	65
Cómo ejerce la Corte el control de la constitucionalidad.	74
Sus poderes implícitos.....	80
Capítulo 3. Cuando fue protagonista	83
De Mitre al golpe de 1930, o la Corte en una república posible	83
Los gobiernos radicales: se congelan los alquileres	92
El contexto del golpe de 1930.....	98
El gobierno de Uriburu y la Corte	102
“Gobierno a la Corte”	107

Capítulo 4. Lo que no cuenta la historia oficial.....	113
La guillotina se instala en el Senado.....	117
Los efectos secundarios de la guillotina.....	119
El golpismo arrecia.....	121
Gobierno electo, gobierno derrocado.....	126
Capítulo 5. El regreso a la democracia.....	133
Un gobierno prolongado.....	137
Búsqueda de cambios en los procedimientos.....	142
Capítulo 6. Validez de las decisiones de la Corte	147
Relación jerárquica entre ley y tratado	151
Capítulo 7. Lenguaje y derecho	165
Decisiones sobre argumentos propios	177
El porqué de estos fallos	193
Más cerca de los medios, más lejos del ciudadano	194
La deslegitimación de la Corte	202
Capítulo 8. Juicio a la Corte	209
La Corte a través de sus decisiones judiciales	209
La Corte luego de la reforma constitucional o “así que pasen veintidós años”	223
Capítulo 9. Una Corte del siglo xxi	237
Duración del mandato y mecanismo de selección.....	240
Funciones y competencias.....	249
Apéndice	261
Bibliografía	267

Prólogo

La Corte Suprema en la Argentina: tomar distancia para ver mejor

El libro de José Miguel Onaindia que aquí prologo representa un excelente ejemplo acerca de cómo, tomando distancia, podemos reconocer y entender mejor aquello sobre lo cual queremos pensar. El objeto de la reflexión, en este caso, es la Corte Suprema, que José Miguel presenta, examina y analiza críticamente, de pies a cabeza y todo a lo largo, de un modo que puede resultar de interés tanto para el especialista como para quien conoce poco sobre el derecho. En lo que sigue, quisiera aclarar por qué es que considero que la empresa en la que él se involucra resulta de una extraordinaria importancia.

La labor de la Corte Suprema –cualquier Corte Suprema, en cualquier lugar del mundo– genera siempre atención, expectativas y preocupaciones especiales. Atención porque ella tiende a pronunciar, en los hechos, la “última” o “decisiva” palabra respecto de cómo se interpreta la Constitución. Afirmar esto –entiéndase– no es decir algo de interés solo para los abogados: a través de sus fallos, la Corte va a determinar, en definitiva, los alcances y límites de muchos de nuestros derechos

y aspiraciones más básicas: ¿hasta dónde llega nuestro derecho de crítica y protesta? ¿Qué obligaciones debe cumplir el Estado en materia de atención social? ¿De qué protecciones efectivas gozan las minorías? ¿Es compatible con la Constitución el “matrimonio igualitario”? ¿Qué significa, en la práctica, el “derecho de consulta” que nuestro ordenamiento jurídico les reconoce a las comunidades indígenas? Temas y preguntas como las citadas –solo un pequeño muestreo de decisiones posibles y recientes tomadas por el Máximo Tribunal– explican por qué las acciones y omisiones de la Corte Suprema atraen la atención pública, y por qué ellas crean enormes expectativas en su torno: a la Corte le toca resolver casos fundamentales tanto sobre nuestra vida personal, como sobre nuestra vida en común.

Mencioné, asimismo, las preocupaciones que provoca el comportamiento de este tribunal, en nuestro país o en cualquier otro. Tales preocupaciones se deben a razones muy diversas, que incluyen la dificultad que existe para definir, de modo concreto, sencillo y definitivo, el sentido efectivo de lo que dice la Constitución. Ocurre que, lamentablemente, y a pesar de que llevamos más de doscientos años discutiendo sobre el tema, carecemos aún de acuerdos profundos y extendidos acerca del significado preciso de la Constitución. Ello implica que, en una diversidad de casos, un mismo texto puede ser entendido de una manera o de otra más bien opuesta, lo cual obviamente genera incertidumbre y preocupación en la ciudadanía, que quiere saber cuál es el contenido exacto de las normas a la luz de las cua-

les debe arreglar su conducta. Dadas las incertezas que enfrentamos, el derecho parece quedar vinculado no tanto con aquello que está escrito y que todos podemos leer, sino con el sentido que le otorga a lo escrito aquel que lo lee, autoritativamente: un abogado, un fiscal, un funcionario público, un juez, y muy especialmente, un magistrado del Tribunal Superior.

Conviene resaltar la seriedad del problema en juego. Si fuera cierto lo dicho (si el contenido del derecho fuera, efectivamente, demasiado dependiente del criterio de quien lo lee), nuestro sistema jurídico resultaría incapaz de cumplir con la que es su principal promesa: la de asegurar que todos seamos tratados de modo igual, con independencia de nuestra condición. Recordemos que, en efecto, la primera promesa del “Estado de derecho” se vincula íntimamente con la mencionada: cuando decimos que vivimos en un Estado de derecho queremos significar que nuestras vidas no dependen (ni nunca más van a depender) de la voluntad discrecional de nadie (un rey, un dictador, un militar autoritario, un profeta, un filósofo esclarecido), sino de normas que, de un modo u otro, elaboramos entre todos. Sin embargo, si lo sugerido más arriba es cierto, nuestras vidas sí resultarían dependientes de la voluntad (discrecional) de quienes tienen autoridad para interpretar el derecho.

Para ilustrar de un modo comprensible la gravedad de lo señalado, permítaseme ofrecer un par de ejemplos, de entre cientos posibles. El primero nos remonta a algunas decisiones tomadas por la Corte a comienzos del siglo pasado, mientras que el segundo nos refiere

a otras decisiones adoptadas a fines de ese mismo siglo; de este modo, podremos reconocer que estamos frente a un problema que recorre toda la historia del Tribunal. Pues bien, en 1903, la Corte resolvió el caso “Hileret”, de una forma más bien opuesta al modo en que resolvería el caso “Avico”, años después, en 1934. Ambos casos tenían que ver con los alcances y límites de la intervención estatal en la economía. En la primera oportunidad, la Corte, basándose en los antecedentes de la Constitución y en testimonios propios de nuestros “padres fundadores” (J. B. Alberdi, en particular), sostuvo que nuestra Constitución “histórica” (su sentido originario) era contraria u hostil a toda intervención estatal; la Corte Suprema, presidida entonces por Antonio Bermejo, era muy afín a la idea del “libre mercado”. En cambio, poco tiempo después, en “Avico”, la Corte sostuvo más bien lo contrario, basándose en esta ocasión (no en el pasado o en el sentido originario de nuestros textos legales, sino) en las necesidades del presente, y en el objetivo de “mantener vivo” y ajustado a los tiempos al texto de nuestra Constitución; la Corte comenzaba a dejar atrás, entonces, su liberalismo inicial. La trayectoria de nuestra Corte en la materia –conviene aclararlo– no variaba mucho del recorrido que había hecho, más o menos en la misma época, la propia Corte Suprema de los Estados Unidos entre los casos “Lochner”, decidido en 1905, cuando la Corte afirmó un principio favorable al libre mercado, y “West Coast Hotel”, decidido en 1937, cuando la Corte norteamericana pasó a sostener un principio contrario.

Pasemos ahora al segundo ejemplo. En 1986, la Corte resolvió el caso “Bazterrica”, afirmando una postura muy protectora de la “privacidad”: entendió entonces que la Constitución amparaba el consumo personal de estupefacientes. Sin embargo, apenas cuatro años después, en el caso “Montalvo” y con una composición diversa, entendió que dicho consumo podía ser sancionado o perseguido por el Estado, algo que sin embargo volvió a desmentir poco tiempo después (y otra vez, a partir de una composición diferente) en el caso “Arriola”, de 2009. Esto quiere decir que en un lapso muy breve la Corte se contradijo una y otra vez en cuanto al significado efectivo de nuestro derecho en torno al fundamental tema de nuestra libertad personal y sus alcances. El ejemplo ratifica también el temor del que partíamos: frente a un problema similar (en el ejemplo, qué derechos tenemos, como ciudadanos, en relación con determinadas opciones personales), una Corte liberal leyó al derecho de un modo muy respetuoso de nuestra privacidad, mientras que una Corte posterior, más conservadora, leyó al derecho del modo contrario, para volver a cambiar de postura, otra vez, a los pocos años.

Conviene advertir el significado efectivo de aquello de lo que estamos hablando. No se trata simplemente de un problema de interés exclusivo para abogados, jueces o doctrinarios –los modos en que la Corte cambia su interpretación del derecho–, sino de uno que nos afecta profundamente a todos, y que puede implicar, por ejemplo, que en un caso se respete a las personas por decisiones que toman y que, al poco tiempo, pueden

convertirse en razón para llevarlas a la cárcel, privándolas de su libertad.

La cuestión de la que hablamos –un derecho que no depende tanto de lo que está escrito, sino de quiénes leen lo que está escrito– es un problema general, que nos trasciende, y que en todo caso, países como los nuestros agravan. Sobre la generalidad del problema en juego, piénsese en la pregunta siguiente: ¿qué es lo que explica que, por ejemplo, en los Estados Unidos, cada nombramiento de un nuevo juez de la Corte suscite tanta atención pública? ¿Qué explica dicho fenómeno, cuando la Constitución norteamericana sigue siendo la misma después de más de doscientos años? Lo que da cuenta de lo que ocurre es que, a pesar de que el derecho escrito no ha variado, todos saben que el sentido de la Constitución depende demasiado de quienes la leen. Del mismo modo: ¿por qué nos resulta escandaloso saber que en un país multirracial, como Sudáfrica, la Corte estuvo compuesta durante décadas solo por hombres blancos? ¿Por qué ese escándalo si –conforme a la promesa propia del Estado de derecho– el derecho no depende de que lo lea un varón, una mujer, un negro o un blanco? El escándalo se explica, otra vez, porque todos sabemos que el significado del derecho depende, de modo muy relevante, de quienes lo leen, por lo cual es dable esperar que una Corte conformada solo por blancos, en Sudáfrica, no sepa entender bien las dificultades que afectan de modo especial a la comunidad negra (como sería un escándalo que la Corte estuviera conformada solo por varones: sería dable esperar que

en tal caso el Máximo Tribunal tuviera inconvenientes para reconocer de modo apropiado las demandas, angustias y requerimientos más propios del colectivo de las mujeres).

Comenté algo, recién, sobre la generalidad del problema bajo examen, y finalizaré ahora diciendo algo sobre la especial gravedad que adquiere dicho problema en países como los nuestros. En efecto, parece cierto que muchos países latinoamericanos, por motivos y en formas diferentes, se han llevado mal con el derecho. Países como la Argentina, por ejemplo, cuentan con una historia marcada por la inestabilidad política, los golpes de Estado y las rupturas democráticas; una lastimosa tradición de jueces “dependientes de la política”; la falta de una cultura de “respeto de los precedentes”; y aun un sistema político de tipo hiperpresidencialista (un Poder Ejecutivo todopoderoso) con medios y recursos que le permiten eclipsar –sino directamente extorsionar o someter– a los jueces más críticos o reconocidos como “opositores”. Datos como los citados le dan la razón a quienes consideran que las variaciones de nuestro derecho –las decisiones contradictorias; los casos que se deciden hoy de un modo y mañana de otro– son especialmente preocupantes en comunidades jurídicamente muy frágiles, como las nuestras. Lamentablemente, estos serios problemas aparecen agravados en sociedades marcadas históricamente por desigualdades e injusticias que, por ello mismo, requieren de modo especial de un derecho más igualitario y más activamente comprometido en la erradicación de tales males.

José Miguel Onaindia hace bien, entonces, cuando pone su foco de interés en el Máximo Tribunal. Es demasiado relevante lo que la Corte Suprema hace y deja de hacer. Necesitamos conocer cuál es su comportamiento efectivo. Necesitamos comprender los modos y las razones de sus cambios de conducta. Necesitamos entender cómo funciona el Tribunal en el marco de nuestro sistema político, deficitario e hiperpresidencialista. Necesitamos advertir, además, la enorme contribución que es capaz de hacer la Corte, particularmente en cuanto a la protección de los derechos humanos y de las minorías más postergadas. Y necesitamos, también, comenzar a vislumbrar qué reformas institucionales podrían ayudar a la Corte a orientar su trabajo de un mejor modo, impulsando de esta forma cambios que en la Argentina resultan necesarios, urgentes. Por todo ello debemos agradecerle a José Miguel su tan oportuna intervención. Su libro –claro, accesible, profundo, honesto– viene a iluminar un área insuficientemente estudiada, tan mal comprendida como necesitada de estudio.

Roberto Gargarella

Introducción

Este libro comenzó a gestarse en una conversación en un café de la avenida Santa Fe de Buenos Aires, donde estuvo el cine Grand Splendid, en el que durante años vi muchas películas que no solo me entretuvieron, sino que son parte de mi formación; un lugar con especial significado en varias décadas de mi vida y propicio para el nacimiento de un proyecto de creación. Allí, el 25 de mayo de 2015, hablamos con Josefina Delgado de la conveniencia de acercar a los lectores una visión del rol que cumple la Corte Suprema de Justicia y cómo este fue evolucionando en la turbulenta vida institucional argentina. En aquel momento el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner presionaba para que el juez Carlos Fayt saliera del tribunal.

Cuando esa presión había ya languidecido por la alteración cotidiana de la realidad en un año electoral y por la renuncia presentada por el lúcido magistrado a partir de la fecha de terminación del mandato de la presidenta, el sorprendente decreto del flamante presidente Mauricio Macri, que designó dos miembros del tribunal en comisión, demostró que la cuestión mantenía

actualidad aun con los cambios de signo político, y que la opinión pública se expresaba sobre la Corte con conocimientos endebles o deliberadamente errados.

Desde la década del noventa del siglo pasado hasta la fecha, la Corte y algunos de sus miembros ocupan la primera plana de las noticias, son figuras públicamente conocidas y la gente opina sobre sus decisiones con la liviandad –o liquidez, para usar la expresión de Zygmunt Bauman– que caracteriza a nuestra época.

Pero ¿qué concepto tiene la población sobre la función que ocupa la Corte Suprema en nuestro sistema político? ¿Recuerda, si lo estudió en la escuela, cómo se organiza y cuáles son sus atribuciones? En las clases de Historia, ¿se le informó de la importancia que asumió el Tribunal en algunas angustiosas situaciones atravesadas por la Argentina luego de su organización constitucional? Hace algunos años, en un examen de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la UBA, pregunté a un alumno qué era la Corte a la que se refería en su exposición. Con mucha firmeza contestó: “El martillo maestro de la democracia”. La metáfora mecánica era utilizada por un doctrinario. La cita era vagamente correcta, pero cuando intenté dilucidar si podía interpretarla, advertí que no lograba darle contenido a esa enunciación.

En notas y comentarios en redes sociales, advierto que se alude al órgano con un notable desconocimiento sobre el rol que ocupa, sus facultades y límites, las diferencias entre nuestra Corte Suprema y los órganos homólogos de otros regímenes de gobierno. Y en estos

errores de concepto e información incurren muchas personas con indiscutible formación cultural e influencia en la formación de opinión.

Los debates impulsados en los últimos años sobre la Justicia, la intención abierta de contar con jueces adictos o que al menos no pongan en apuros los designios del titular transitorio del Poder Ejecutivo, han sembrado mayor confusión en un tema que requiere conocimientos precisos en el ciudadano común, porque tiene consecuencias sobre su vida cotidiana.

Al rastrear nuestra historia también encontramos que en muchas oportunidades la Corte asumió un papel fundamental más allá de sus atribuciones específicas y alcanzó un protagonismo diferente al de los tiempos de las redes sociales, pero de profundo contenido político.

También se desconoce que, a través de su silenciosa tarea cotidiana, este organismo extendió los derechos humanos de los argentinos, impulsó con su actividad la renovación legislativa y permitió la modernización de nuestro derecho, que en cualquier país constitucionalmente organizado se convierte en un elemento central de la narrativa de la comunidad. Pero en muchos otros prefirió congraciarse con el Ejecutivo de turno y dar andamiaje jurídico a las excepciones que son el límite del Estado de derecho.

La Corte ha cumplido y cumple un rol central en el sistema político argentino. Las funciones de este organismo, las decisiones que adopta, su posibilidad de poner freno a los otros poderes del Estado y, muy especialmente, al Ejecutivo, ya que nuestra forma de gobierno

ha virado de hecho y de derecho hacia un hiperpresidencialismo, importan a todos los habitantes del país e influyen en sus relaciones internacionales.

El presidencialismo fuerte que los constituyentes del siglo XIX adoptaron, otorgándole al presidente argentino muchas más atribuciones que al de los Estados Unidos de América –modelo normativo sobre el que se diseñó nuestra primera Constitución– fue tornándose cada vez más intenso. Los gobiernos *de facto* que asolaron nuestro país durante más de cinco décadas profundizaron esta tendencia y el liderazgo militar y caudillista de Perón lo llevó a su máxima expresión en la reforma constitucional de 1949.

La reforma de 1994, que proclamó tener la intención de “atenuar las facultades presidenciales”, solo dio fundamento normativo al crecimiento que en los hechos habían tenido esas facultades, fundamentalmente en la primera presidencia de Carlos Saúl Menem. La Constitución vigente otorga al presidente funciones que le permiten avanzar sobre el Poder Legislativo mediante decretos de necesidad y urgencia, delegación legislativa o promulgación parcial de leyes.

En este marco institucional, la función de la Corte adquiere para el ciudadano un rol fundamental para custodiar sus derechos humanos y la efectiva vigencia de la garantía básica de estos, que es la separación de poderes.

La Corte, entonces, no es lejana a las personas que habitan o residen en nuestro territorio aunque influya en sus vidas más inadvertidamente que los otros órganos que conforman el gobierno del país.

Siempre es necesario aclarar conceptos, pero en esta situación histórica actual en la que por primera vez en setenta años ocupa la presidencia un argentino que no pertenece ni al peronismo ni al radicalismo, que asume con una minoría parlamentaria sin precedentes y luego de gobiernos de fuerte impronta personalista, volver a reflexionar sobre la organización y sentido de la Corte en nuestro régimen de gobierno adquiere una dimensión singular. Principalmente, cuando la cobertura de vacantes fue una de las primeras controversias que promovió el presidente aun en el interior de la coalición que lo acompaña.

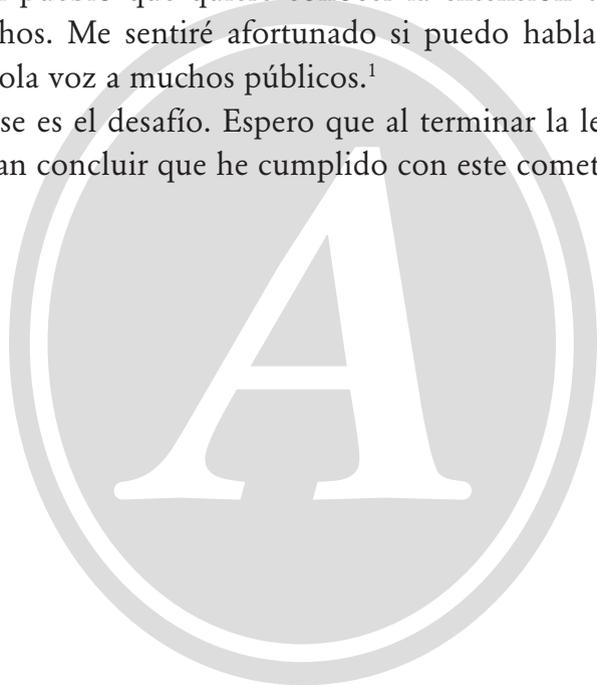
Tengo también la esperanza de que la sociedad argentina asuma el desafío de enfrentar una revisión de su sistema constitucional. En el universo de la información y del hasta hace poco inimaginable acceso al conocimiento y a la cultura que la tecnología nos brinda en la actualidad, revisar ese sistema que desde 1994 hasta la fecha solo ha dado tumbos es un objetivo que aunque pueda parecer utópico debería ser irrenunciable.

Me anima a la escritura de esta obra compartir con el lector y, especialmente, con aquel que carezca de nociones de derecho, datos y reflexiones que permitan desordenar los lugares comunes que se repiten sobre la Corte y trazar un cuadro de cómo fue pensada por nuestros constituyentes, cómo se construyó a sí misma en el devenir histórico y cuáles fueron los momentos en que ocupó el centro de la escena política.

La estética no examina los objetos de arte, sino la relación entre intérpretes y receptores, es una versión

de la teoría de la comunicación en la que el público significa tanto como los intérpretes. En el derecho constitucional, que analiza los órganos de gobierno, ese público no está restringido a profesionales y jueces porque el proceso de definir las instituciones concierne a los legos, a los litigantes y estudiantes actuales y potenciales, al pueblo que quiere conocer la extensión de sus derechos. Me sentiré afortunado si puedo hablar con una sola voz a muchos públicos.¹

Ese es el desafío. Espero que al terminar la lectura puedan concluir que he cumplido con este cometido.



1. Lief Carter, *Derecho constitucional contemporáneo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, págs. 15-22.

Capítulo 1

¿Qué es la Corte? Sus funciones

No podemos abordar un tratamiento de la organización y las funciones de la Corte sin referirnos al Poder Judicial y al lugar que ocupa en el sistema político argentino desde nuestra organización nacional hasta el presente.

La Constitución argentina, tanto la originaria de 1853-1860 como la reformada en 1994, al regular el Poder Judicial crea un solo órgano: la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este órgano no es el único integrante de ese poder, sino su cabeza, pues los restantes tribunales que quedarán subordinados jerárquicamente a ella son creados por ley del Congreso y se los denomina habitualmente “tribunales inferiores”, no para desmerecerlos, sino para indicar la sujeción a la Corte que la Constitución regula.

La *decisión constitucional* no es menor, puesto que demuestra el rol político central que se le otorgó a la Corte Suprema desde el origen de nuestra organización nacional y cómo quiso el constituyente regular en su texto, sin derivarlo al Congreso, su constitución y funciones.

La función jurisdiccional

Esta norma crea un Poder Judicial con una estructura compleja y vertical, cuyo objeto es desarrollar una de las funciones del Estado (la *jurisdiccional*), relevante para las personas y grupos, pues les garantiza el efectivo ejercicio del *derecho a la jurisdicción*, derecho humano esencial reconocido en la Constitución argentina en el art. 18 y garantizado por los pactos internacionales de derechos humanos, tanto de la comunidad internacional como los celebrados por organismos regionales, como la Organización de Estados Americanos (OEA).

Los Estados miembros de las Naciones Unidas han celebrado pactos que los obligan al respeto de un conjunto de derechos humanos, dentro del que el derecho a la jurisdicción tiene un lugar relevante. Igual criterio se siguió en América al celebrar el Pacto de San José de Costa Rica. Todos estos pactos fueron aprobados por ley del Congreso luego de concluida la última dictadura militar y ratificados por el Poder Ejecutivo, como indica la Constitución.

Este derecho consiste en recurrir a un órgano de justicia para la resolución de los conflictos que se susciten entre particulares y entre estos y el Estado, ya sea el nacional, el provincial o el municipal. Esta función le está reservada al Estado en forma exclusiva y evita la existencia de la justicia por mano propia, a la que tanto se tiende cuando el sistema judicial es ineficaz. La crónica policial cotidiana así lo registra.

El Poder Judicial integra el gobierno conjuntamente con el Ejecutivo y el Legislativo y su independencia se sustenta en la imparcialidad respecto de la política partidista y el alejamiento de sus cambios. Su función es política en el sentido “arquitectónico” que le otorga Platón a este concepto, porque defiende al habitante de los desbordes de los otros poderes, construye y actualiza el sentido de las normas dándole contenido real en cada momento histórico y garantiza el ejercicio de los derechos humanos.

El constituyente asegura esta independencia mediante dos mecanismos específicos: la inamovilidad de los jueces mientras dure su buena conducta y la intangibilidad de sus remuneraciones.²

Es necesario enfatizar que la administración de justicia es una función privativa del Estado, indelegable a los particulares y ni siquiera a otros órganos del poder estatal. Nuestro sistema ha querido abolir la justicia privada y reservar al Estado la tarea de dirimir los conflictos que se presenten entre los integrantes de la comunidad.

La creación de tribunales permanentes es la forma de tornar efectiva la denominada garantía del juez natural, que elimina la posibilidad de tribunales de excepción o comisiones especiales que, ante el fracaso de la justicia para combatir la corrupción administrativa y el

2. Se utiliza el término “constituyente” para aludir al órgano (Asamblea o Convención Constituyente) y al conjunto de personas que lo integraron, que sancionó la Constitución originaria o sus reformas posteriores.

delito común con grave error, algunos sectores reclaman. La organización de las instituciones que desempeñan esa función esencial del Estado, consistente en el monopolio de la administración de justicia, tiene íntima relación con la forma de gobierno que adoptaron nuestros constituyentes.

En el Estado de derecho argentino, entonces, la administración de justicia es una atribución indelegable del Estado, que monopoliza tal actividad e impide que sea transferida a otros órganos estatales distintos de los que el constituyente designa para cumplir esta función, es decir, la Corte y los tribunales inferiores que creará el Congreso. La razón de tan estrictas normas radica en que la organización judicial de un Estado es una garantía indispensable para el goce de los derechos humanos consagrados en las declaraciones y pactos internacionales sobre la materia y en los ordenamientos jurídicos internos, como la Constitución Nacional y las provinciales.

La Argentina siguió el modelo la Constitución de Filadelfia de 1776, de los Estados Unidos de América, y adoptó como forma de gobierno el presidencialismo. Este régimen se caracteriza por establecer entre sus órganos relaciones de interdependencia por coordinación y una función esencial que es la de ejercer el control de constitucionalidad de leyes y actos, tanto públicos como privados, por la que supervisa la actividad de los restantes órganos de gobierno y su armonía con las normas y principios constitucionales. Esta función es otorgada al Poder Judicial de la Nación, cuya órgano máximo es la Corte Suprema.

La forma federal de Estado que los constituyentes adoptaron le otorga una especial configuración a la función jurisdiccional antes aludida. El federalismo impone la existencia de un doble orden judicial, dado que las provincias retienen un porcentaje importante de la resolución de conflictos y están obligadas por imperio de lo dispuesto en el art. 5 de la Constitución Nacional, a asegurar la administración de justicia en sus territorios. Por consiguiente, hay en el sistema judicial argentino una justicia federal cuya cabeza es la Corte Suprema de Justicia de la Nación y una justicia local de las provincias y, desde la reforma de 1994, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que conforman una unidad de función cuyas competencias están distribuidas de acuerdo con las pautas establecidas en el texto constitucional. Ambas cumplen la función jurisdiccional, pero en casos disímiles, de acuerdo con la competencia acordada. Debe entenderse por competencia “material” la naturaleza de los asuntos que el tribunal está autorizado a resolver (civil, comercial, penal, laboral, etc.) y territorial, de acuerdo con el distrito geográfico donde pueda desempeñar el órgano sus funciones.

Cómo se designa a los jueces

La independencia con que ha sido concebido el Poder Judicial en nuestro ordenamiento se manifiesta a través de su alejamiento de la política partidaria y

porque las designaciones de sus miembros no provienen del mandato electivo. Para tornar eficaces estas características de nuestro órgano judicial, el constituyente diseñó un sistema de designación que no tiene como sustento la elección popular y resulta ajena a la intermediación de los partidos políticos, al menos en su concepción teórica. También estableció una diferencia sustancial mediante el otorgamiento de la garantía de inamovilidad de los jueces, que impiden que el órgano judicial tenga renovaciones coincidentes con los cambios de mayorías políticas. El ejercicio de la función sin mandato determinado intenta garantizar al ciudadano el alejamiento de los jueces de intereses políticos que puedan generar dudas sobre la imparcialidad de sus decisiones y permitir un desarrollo coherente de la atribución de interpretar la ley.

Los constituyentes originarios concibieron al órgano judicial como un verdadero poder del Estado, que comparte con los restantes órganos el gobierno de la Nación. “Si el Poder Judicial gobierna la nación en el ámbito de su competencia al igual que los Poderes Legislativo y Ejecutivo en el marco de las que tienen respectivamente asignadas, ejerce un poder de naturaleza esencialmente política, cuyas manifestaciones son múltiples”, opina acertadamente Eduardo Graña y subraya que este poder político se expresa con claridad cuando los tribunales realizan en nuestro sistema el control de constitucionalidad de las normas, haciendo operativo el principio de supremacía de la Constitución y declaran la invalidez de una

ley o un acto dictado o ejecutado por los restantes órganos de gobierno.³

La concepción de la independencia del Poder Judicial que heredamos del pensamiento de Alexander Hamilton no implica dotar de una superioridad jerárquica al Poder Judicial sobre el Legislativo o Ejecutivo, sino crear un órgano de control que restablezca la soberanía del pueblo expresada en la Constitución, cuando la voluntad del Parlamento se ha alejado de ella o cuando el Ejecutivo la viole por decisiones arbitrarias. Esta función del órgano judicial resulta trascendente para la salud del sistema político porque consiste en preservar el sistema democrático frente a desviaciones de los restantes órganos de gobierno. La circunstancia de que los miembros de la Corte y los jueces inferiores carezcan de mandato popular para ejercer sus funciones no altera la legitimidad de sus acciones, ni los coloca en desigualdad frente a los otros órganos. No podemos soslayar que los mecanismos previstos en nuestra Constitución hacen que el cuerpo electoral intervenga en la decisión a través de sus representantes, pues la responsabilidad de la designación recae en el presidente de la Nación (art. 99 inc. 4 de la Constitución Nacional), con el acuerdo previo del Senado, requisito indispensable para que el Ejecutivo pueda ejercer su potestad de designación. Por consiguiente, en este mecanismo complejo de nombramiento intervienen quienes ejercen sus mandatos a través del derecho de sufragio.

3. Eduardo Graña, "Alexander Hamilton y la doctrina de un Poder Judicial independiente", en *Visiones de una Constitución*, UCES, Buenos Aires, 2004.

Tales argumentos fueron soslayados cuando se atacó al Poder Judicial durante la última presidencia de Cristina Fernández de Kirchner. Llamativamente, tanto la primera mandataria como su marido y ex presidente y parte del elenco gubernamental habían sido miembros de la Convención Constituyente de 1994 y ninguna objeción manifestaron sobre este mecanismo de designación ni sobre la organización del Poder Judicial. La justicia argentina es democrática porque se organiza de acuerdo con las pautas de la Constitución Nacional, conforme sucede en todos los países que han adoptado la democracia como forma de Estado.

La función de interpretación judicial es absolutamente esencial en todo ordenamiento jurídico. Hans Kelsen sostenía que el derecho vigente era la norma y la interpretación que de ella realizaban los jueces en cada momento histórico. La interpretación judicial diseña la forma y el contenido de los derechos e instituciones consagrados en la Constitución escrita y permite que sus textos se adapten a la dinámica social, dando respuestas a los conflictos que toda sociedad desarrolla en su evolución. Si bien la actividad está subordinada a la ley, la función interpretativa va dando contenido concreto a las cláusulas generales de la Constitución o de la ley, y construyendo su dramaturgia a través del tiempo.

El *constituyente* dedica dos capítulos de la Sección Tercera a la regulación constitucional del Poder Judicial y de su función. Desarrolla en estos artículos los principios básicos que hemos expuesto y enfatiza la independencia de este órgano, especialmente con respecto

al presidente. La prohibición contundente al presidente de la Nación para que ejerza funciones judiciales, contenida en el art. 19 de la Constitución Nacional, es una derivación razonada de la forma de gobierno adoptada por el constituyente y del claro objetivo de evitar la concentración de funciones en el órgano ejecutivo, aunque en la Constitución de los Estados Unidos no tiene cláusula equivalente.

La separación de funciones que impide al presidente cumplir actividad jurisdiccional, aun en los supuestos de emergencia institucional, como el estado de sitio, demuestra la vocación constitucional de impedir cualquier tipo de intromisión del titular del Ejecutivo en el ejercicio de las atribuciones que con exclusividad se otorga a este poder. Nótese que la división entre las otras funciones del Estado (legislativa y ejecutiva) no tiene la misma fuerza, puesto que se le han reconocido –primero por vía de interpretación y luego por su inclusión en el texto constitucional– numerosas facultades de legislación al presidente. También desde el inicio de nuestra organización constitucional hubo una más estrecha colaboración entre estos dos órganos, al reconocérsele al presidente la facultad de iniciativa legislativa y de promulgación de leyes, observación (comúnmente llamado “veto”) y reglamentación de la ley. Solo en casos excepcionales se reconoce a órganos de la administración la capacidad de desarrollar actividad jurisdiccional –tribunales administrativos–, pero exclusivamente en el caso de que sus decisiones sean revisadas por órganos judiciales. Sin esta posibilidad de revisión,

la existencia de ese tipo de actividad es reputada inconstitucional y así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en numerosos fallos a lo largo de su historia.

Mediante las *garantías de inamovilidad e intangibilidad* de la remuneración de los magistrados se ha pretendido asegurar que la separación de funciones impuesta tenga vigencia real. Ambas garantías de los jueces intentan impedir que por vías indirectas los demás órganos de gobierno y, muy especialmente, el Poder Ejecutivo interfieran en la independencia e imparcialidad de los jueces mediante presiones funcionales o económicas.

La *inamovilidad* no solo garantiza la continuación en el cargo mientras dure la buena conducta, sino que también protege la sede y el grado (el lugar geográfico donde desempeña su función y la jerarquía de su cargo), pues su nombramiento se realiza para un cargo judicial determinado, que no puede ser alterado por la autoridad sin consentimiento expreso del magistrado, aunque la decisión implique un ascenso dentro de estructura del órgano judicial. Esto es especialmente notorio cuando existe una organización de doble instancia y garantiza que el juez designado en primera instancia no sea simuladamente ascendido a juez de cámara para quitarle la decisión de un juicio determinado, maniobra que hemos observado en los últimos años con inadecuada frecuencia para sacarle el conocimiento de un expediente a un juez, especialmente en los temas de corrupción que involucran a funcionarios con poder político.

La *intangibilidad* de la remuneración de los magistrados, principio que no se aplica a los restantes órganos del Estado que carecen de una protección similar, es otra forma con la que el constituyente intentó preservar la independencia del órgano judicial. No constituye un privilegio para los titulares de los órganos judiciales, sino una protección para el ejercicio independiente de su función jurisdiccional, pues su objetivo es evitar que mediante presiones de carácter económico se busque influir en el ánimo de los jueces para orientar sus decisiones. A esta protección de los ingresos de los jueces, se le agrega una también severa restricción para el ejercicio de otras actividades, pues los integrantes de la Justicia tienen un cuadro de incompatibilidades estricto cuyo objetivo es preservar la imparcialidad de los tribunales frente a los intereses que eventualmente generen conflictos que deban ser sometidos a su conocimiento. Excepto la docencia y las actividades de investigación, toda actividad pública y privada, aunque sea sin fines de lucro, les está vedada.

Ambas garantías, inspiradas en la Constitución de los Estados Unidos y en los proyectos constitucionales patrios, tienen la finalidad señalada de evitar que los restantes poderes políticos del Estado practiquen maniobras persecutorias sobre los miembros del órgano judicial para presionar en sus decisiones. También buscan que la resolución de conflictos y la interpretación legal queden a merced de las mayorías de turno que se suceden en las restantes áreas de gobierno. La jurisprudencia estadounidense ha destacado la necesidad de poner a los jueces fuera del alcance y aun de la sospecha de cualquier

influencia del órgano legislativo y también ha determinado el derecho a la actualización monetaria de los ingresos de los magistrados por el efecto de la inflación.⁴

En cuanto a la *estructura*, la Constitución solo crea el órgano superior del Poder Judicial que es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como ya se indicó al comienzo del capítulo. Los tribunales inferiores son creados por ley del Congreso y se subordinan jerárquicamente a la Corte, dando a este poder del Estado una organización vertical y compleja. El establecimiento de tribunales permanentes cumple con la garantía del *juez natural*, previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional y en las declaraciones y pactos internacionales sobre la materia y evita la autoritaria constitución de tribunales especiales para juzgar determinadas categorías de hechos o personas. Así, garantiza la preservación del principio de igualdad, pues impide la constitución de fueros personales.

Solo los jueces predeterminados por la ley y designados según las normas constitucionales pueden juzgar un caso. No puede haber tribunales judiciales para un hecho concreto porque de este modo se viola esa garantía del denominado “juez natural”, que es base del debido proceso y de la existencia de una justicia democrática.

La distribución de competencias entre tribunales federales y locales surge del principio general conocido como *principio de reserva*, según el cual las provin-

4. Humberto Quiroga Lavié, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Zavalía, Buenos Aires, tercera edición, 2000, pág. 703.

cias retienen todo el poder no delegado a la Nación. Esta delegación de facultades jurisdiccionales se realiza mediante el art. 116 del actual texto, que reproduce el originario art. 100 de la Constitución de 1853-1860. En esta cláusula se designa cuáles son los casos que corresponden a la competencia federal, distribución que toma criterios distintos, pues se determina por la materia, persona y lugar.

En nuestro ordenamiento jurídico, existen *tres tipos de leyes*: federales, comunes y locales –algunos autores agregan ahora un cuarto tipo en virtud de las atribuciones legislativas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pero consideramos que son una especie de las normas locales– y un doble orden jurisdiccional. La interpretación y la aplicación de las leyes federales le corresponden a la justicia federal y así se desprende claramente de la redacción del art. 116 y de la calidad de fuero limitado y de excepción, que unánimemente le confieren la doctrina y la jurisprudencia. Por el contrario, las leyes comunes dictadas por el Congreso para uniformizar la regulación legal, pero derivadas a jurisdicción local por el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, y las leyes locales sancionadas por las legislaturas provinciales y por la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, son competencia de los tribunales provinciales.

Debemos destacar, sin embargo, que el Congreso ha asumido la práctica de “federalizar” algunas materias que constitucionalmente corresponden al ámbito de la legislación común, tomando como premisa que en determinados casos u ocasiones se encuentran en juego la

protección de bienes jurídicos de carácter federal que justifican la excepción. Tal criterio ha sido utilizado en la última década para justificar la federalización de las causas de seguridad social, materia que integra el derecho común según lo prescripto en el citado art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, dado el compromiso de la Nación en el otorgamiento de los beneficios de esta área del derecho, según lo dispuesto en el art. 14 bis y en el recientemente incorporado art. 75 inc. 23. El resultado obtenido fue contrario al querido dada la multiplicación de la litigiosidad en esta área y el incumplimiento del ANSES de las sentencias de estos tribunales y de la Corte Suprema de Justicia, como veremos en el desarrollo de capítulos posteriores.

La competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, regulada en el art. 117 de la Constitución, significa que un grupo de casos de los atribuidos a la competencia federal en el art. 116 tendrá como tribunal de instancia única a la Corte Suprema de Justicia. Así, el constituyente predetermina un desdoblamiento en la competencia de órgano máximo del Poder Judicial de la Nación, puesto que podrá ser originaria o apelada, según que el caso esté previsto en el artículo citado o no.

Cambios en la reforma de 1994

La reforma de 1994 tuvo como objetivo principal habilitar la posibilidad de reelección del presidente

Carlos Saúl Menem; para lograr el consenso necesario y arribar al acuerdo con la Unión Cívica Radical, también se abocó a otros temas e instituciones. El Poder Judicial y, por ende, la Corte no quedaron fuera de esta ola innovadora y en lo que se denominó, pretenciosamente, el “núcleo de coincidencias básicas” del Pacto de Olivos, celebrado por los presidentes Menem y Alfonsín, se introdujeron modificaciones a este órgano del Estado.

En los puntos H), I) y J) del citado “núcleo de coincidencias básicas” se establecían las tres reformas sustanciales al órgano judicial que integraron el pacto político que dio origen a la última modificación constitucional. La incorporación del Consejo de la Magistratura, el nuevo mecanismo de designación de los jueces federales y un procedimiento especial para la remoción de los magistrados de los tribunales inferiores integraron el denominado “paquete cerrado” de reformas, que la Convención Constituyente aprobó sin modificaciones.

La revisión de los mecanismos de designación de los jueces constituyó un tema que preocupó a la ciudadanía por la perversión del mecanismo originario adoptado por los constituyentes. No podemos ignorar que la designación por el presidente de la Nación, previo acuerdo del Senado, incorporado en 1853-1860 tuvo un funcionamiento razonable hasta la década de 1940, pues hasta allí hubo voluntad política de respetar los principios de independencia e idoneidad de los jueces. El presidente Bartolomé Mitre, que tuvo a su cargo la designación de los primeros integrantes de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación, no dudó en designar a dos de sus más notorios enemigos políticos en el Tribunal, porque consideró que de esta forma el control de la Corte iba a ser efectivo y creíble para la ciudadanía. Los gobiernos que se sucedieron dentro de los cauces constitucionales respetaron la inamovilidad de los jueces y se limitaron a cubrir las vacantes que se producían por motivos ordinarios, como muerte o renuncia.

El gran cambio político sucedido en este lapso histórico, que fue la asunción de Hipólito Yrigoyen como el primer presidente electo por la ley que garantizaba el voto secreto, igual y obligatorio, no intentó introducir cambios en la Corte Suprema que ejercía sus funciones, designada por los gobiernos que el nuevo presidente y su partido habían combatido.

El golpe de 1930 que puso fin a la continuidad institucional de nuestro país, y sin duda al camino de progreso que se había iniciado en 1853, comenzó a desvirtuar las funciones de los órganos de gobierno y creó una situación de dificultosa decisión por los órganos permanentes del Estado. Sin embargo y pese al neto carácter antidemocrático que inspiró ese golpe y al que las Fuerzas Armadas también dieron en 1943, las autoridades militares no desplazaron a los miembros de la Corte Suprema de Justicia ni de los tribunales inferiores. Esas instituciones fueron la reserva de la Constitución durante esos períodos. La oposición política al gobierno *de facto* de 1943, de clara inclinación por las potencias del Eje (Alemania, Japón e Italia) sintetizaba su reclamo de legalidad bajo el lema “Gobierno a la Corte”. En

septiembre de 1945, estudiantes, partidos políticos e intelectuales reclamaban que el gobierno fuera entregado a la Corte Suprema de Justicia a fin de que esta convocara a elecciones y lo expresaban mediante estribillos en las movilizaciones callejeras. En la masiva Marcha de la Constitución y la Libertad, los militares fueron abucheados y respondieron con una brutal represión con heridos y muertos.

El primer ataque a la continuidad institucional del Poder Judicial fue realizado por el primer gobierno peronista en 1947, cuando se destituyó al procurador general de la Nación y a cuatro de los cinco miembros de la Corte Suprema de Justicia y se los sustituyó por personas comprometidas políticamente con el gobierno. El Tribunal, considerado no sin razón como un reducto opositor al nuevo régimen, fue sustituido por una Corte adicta. Para lograr ese cometido, el Parlamento dominado por el peronismo les hizo juicio a cuatro jueces y al procurador general de la Nación, con el argumento de que habían avalado los golpes militares de 1930 y 1943, aunque Perón había participado de ambos y en el segundo fue vicepresidente de la Nación y secretario de Estado. Se destituyó así a distinguidos juristas como Juan Álvarez, Francisco Ramos Mejía, Roberto Repetto, Antonio Sagarna y Benito Nazar Anchorena. El peronismo se aseguró una Corte favorable, pero el juicio fue visto por la oposición como un abuso de poder y unánimemente rechazado. Luego de la reforma de 1949 se produjo una “purga” general de jueces, porque una cláusula transitoria

incorporada por la reforma obligaba al Senado a otorgar nuevo acuerdo a los magistrados y a estos jurar por la nueva Constitución. Con estas medidas se produjo la primera violación del principio de inamovilidad de los jueces y el cambio de la voluntad política de respetar la independencia del órgano judicial, que pasó a convertirse en una declamación más que en un hecho.

Los siguientes golpes militares y gobiernos democráticos que se sucedieron destituyeron a los miembros de la Corte y a numerosos titulares de tribunales inferiores, inaugurándose así un proceso de inestabilidad y deterioro de la confianza pública en la imparcialidad e independencia del Poder Judicial de la Nación. Esta desconfianza se profundizó aún más cuando en el inicio del primer gobierno de Carlos Saúl Menem se elevó el número de miembros de la Corte, ya que la posibilidad de este presidente de designar jueces en el Tribunal estaba acotada porque Raúl Alfonsín había constituido una Corte con jueces alcanzados por la garantía de la inamovilidad, cinco años antes.

Por esos motivos, se incluyó en el temario de la reforma la modificación al sistema de designación de los jueces, tomando como ejemplos algunos sistemas del derecho comparado, generalmente utilizados en regímenes diferentes del establecido en nuestro sistema, como países del derecho continental europeo (España, Italia, Alemania, Francia), que se rigen por formas de gobierno parlamentarias o semipresidenciales, profundamente distintas del presidencialismo argentino en su organización del poder.

Previamente, el derecho público provincial realizó cambios en estas cuestiones, que también sirvieron de modelo para las fuerzas políticas pactantes de la modificación constitucional, que habían sido las responsables de los cambios de la regulación local. A la fecha de la sanción de la Constitución reformada, varias provincias habían incorporado el Consejo de la Magistratura como órgano de selección de jueces: Buenos Aires, Chaco, Río Negro, San Juan, San Luis, Santiago del Estero, Tierra del Fuego.

La reforma de 1994 creó el Consejo de la Magistratura, una de las más importantes instituciones surgidas de esta reforma, pues hacía tiempo que en la Argentina se venían objetando el desempeño de la Justicia, el amiguismo político que determinaba la designación de los jueces, la insuficiencia del juicio político como instrumento de control, el funcionamiento corporativo de los tribunales judiciales y la aguda burocratización y el retardo que caracterizan la resolución de las causas judiciales. Estos mismos problemas determinaron en otras partes del mundo la necesidad de reorganizar el Poder Judicial a través de un Consejo de la Magistratura, como órgano mixto representativo de diversos sectores del poder público, según afirma el radical Humberto Quiroga Lavié. Y el justicialista Alberto García Lema recuerda que el marco conceptual de esta modificación fue el de mejorar la imagen pública de la administración de justicia, que se había deteriorado por el cuestionamiento de la independencia de los jueces y la ineficacia en la prestación del servicio. También recuerda que la

comisión de juristas del justicialismo no proponía la incorporación de un Consejo de la Magistratura –al igual que el dictamen de mayoría del Consejo para la Consolidación de la Democracia– por considerarlo ajeno a nuestro sistema de gobierno y en base a algunas experiencias internacionales desfavorables. Cito a estos dos autores porque fueron las voces académicas de la Unión Cívica Radical y del Partido Justicialista que dieron aval teórico a las modificaciones introducidas a la Constitución –no solo al Poder Judicial– en 1994.

Designación de magistrados federales

El nuevo sistema de designación de magistrados federales crea un complicado entramado de órganos y mecanismos de selección, que lo torna original por su complejidad, y que a la luz de los resultados ha convertido la cobertura de las vacantes judiciales en procesos de extensa duración, que atentan contra la buena prestación del servicio de justicia.

Se establecen *dos sistemas de designación de magistrados*, según el órgano judicial en el que deban desempeñarse.

Para los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se conservó el procedimiento originario de designación por el presidente de la Nación, con acuerdo del Senado. La innovación constitucional consiste en exigir una mayoría agravada para el otorgamiento de la aprobación senatorial (dos tercios de los miembros

presentes) y el carácter público de la sesión en la que se debate el acuerdo, que antes por razones de protección del derecho a la intimidad tenían carácter secreto.

Al iniciarse el gobierno de Néstor Kirchner en mayo de 2003 y ante la decisión política de renovar el órgano mediante la promoción de juicio político a algunos de sus integrantes, el presidente dictó el decreto 222/03 aduciendo la finalidad de limitar la potestad presidencial de designación y creando un procedimiento de publicación de antecedentes del candidato, consultas e impugnaciones tendientes a permitir una mayor participación ciudadana en el mecanismo de selección. Luego de las experiencias cumplidas hasta la fecha, la loable intención anunciada no tuvo un saldo positivo en la práctica, pues las impugnaciones de los candidatos no fueron atendidas por el Senado ni por el presidente y tampoco se explicó a la ciudadanía la insistencia en la designación. Quedó claro que prevalece la ponderación política y que el procedimiento hasta el momento solo rodeó de escándalo las designaciones de los juristas seleccionados para ocupar tales funciones, sin favorecer la confianza que la ciudadanía debe depositar en un órgano que cumple una misión esencial para la defensa de sus derechos. El caso más relevante fue el de la designación del jurista Eugenio Zaffaroni, pues pese a las graves denuncias que contra su designación se realizaron, nunca se explicó con claridad a la opinión pública los motivos que llevaron a la desestimación de esos cargos.

También observo que este procedimiento pone a consideración de legos, antecedentes personales de los

candidatos que solo pueden evaluar las personas con la idoneidad suficiente y con el poder político otorgado por la Constitución para analizar los méritos del propuesto. De otra manera, se presta a venganzas y recelos personales y no ayuda frente a la opinión pública a crear una idea de transparencia sobre la designación.

La sorpresiva decisión en diciembre de 2015 del entonces flamante presidente Mauricio Macri de designar dos jueces de la Corte “en comisión”, mediante la sanción del decreto 83/2015, provocó un impacto político de considerables proporciones aun en la endeble coalición de gobierno. Elisa Carrió, varios dirigentes radicales y casi la totalidad de los expertos en la materia expresamos nuestra opinión contraria, más allá de la simpatía por las nuevas autoridades o a las salientes y la opinión sobre los méritos de los candidatos propuestos.

El mencionado decreto no es de necesidad y urgencia, pues no se invoca la facultad del art. 99 inc. 3 ni tiene contenido legislativo, que es la esencia de estos decretos incluidos en la Constitución Nacional por la reforma de 1994. Es un decreto autónomo que surge de la facultad del art. 99 inc. 4 de designar los magistrados de la Corte Suprema que está sometida a un procedimiento específico, que requiere acuerdo del Senado con una mayoría agravada de los dos tercios de sus miembros presentes, a fin de asegurar un mayor consenso de las fuerzas políticas representadas en esta Cámara y una mayor independencia de los jueces de la Corte respecto de los partidos políticos.

Para el nombramiento “en comisión” se acude al art. 99 inc. 19 que permite “llenar las vacantes de los empleos, que requieran acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso”. Esta potestad fue utilizada con abusos en los períodos anteriores y posteriores a la reforma, a tal punto que muchos sostuvimos que hubiera sido útil prever para estas situaciones la posibilidad de que el Senado se autoconvocase, a fin de recuperar la potestad conculcada en estas situaciones por el Ejecutivo de turno.

Además, la designación en comisión es una facultad excepcional del Poder Ejecutivo que debe interpretarse con carácter restrictivo y en situaciones de gravedad institucional que justifiquen obviar el procedimiento estricto que prevé la Constitución y la necesaria intervención previa del Senado para otorgar el acuerdo.

Para la sanción del mencionado decreto no se dieron estas condiciones de excepcionalidad que la norma requiere, puesto que la Corte Suprema de Justicia puede funcionar con los tres jueces en ejercicio, con la salvedad de que deberán obtener la unanimidad de criterio para la toma de decisiones, puesto que para arribar a ellas se requiere la mayoría absoluta de sus miembros, que es justo la cantidad de jueces que entonces la integraba.

Tampoco se da la situación exigida por la norma invocada respecto de que la vacante se haya producido durante el receso del Senado, puesto que no concurre esta situación respecto de la vacante existente por la renuncia del doctor Eugenio Zafaroni y respecto de la del doctor Carlos Fayt, que fue presentada con ante-

rioridad al receso de la Cámara, pero para hacerse efectiva a partir del 10 de diciembre de 2015.

Otra cuestión a discutir es si ser miembro de la Corte Suprema de Justicia puede considerarse un empleo, que es el término utilizado por la norma para habilitar esta facultad excepcional del presidente, pero creo que el centro de la discusión es la justificación del uso de esta facultad para resolver una situación que no pone en peligro ni la administración de justicia ni la gobernabilidad democrática y que solo se extiende a un período de baja actividad de los tribunales por los feriados de fin de año y la feria judicial de enero. El Senado inicia sus sesiones en marzo y nada indica que resultara necesario cubrir las vacantes de este modo.

La Argentina de la posdictadura militar se ha acostumbrado a convertir lo excepcional en ordinario, a no respetar el orden de las normas y a ejercer el poder apelando a facultades extraordinarias en situaciones que no lo justifican.

La debilidad parlamentaria del gobierno asumido en diciembre de 2015 no se supera con la cuestionable utilización de estas facultades, sino con la difícil tarea de formular nuevamente el pacto social, que es el fundamento de nuestra convivencia y que, como lo adivinó Rousseau, es un pacto verbal, una posibilidad de comunicación entre distintos individuos y grupos que imponen un conjunto de reglas para beneficio de todos. En una democracia constitucional el poder no se construye, sino que se ejerce mediante la legitimación de origen que le da el voto popular y la legiti-

mación en ejercicio por el cumplimiento estricto de las normas constitucionales. La superación del estado de frustración institucional no será viable si gobernantes y gobernados no acatan el orden jurídico establecido. La laxitud demostrada en este compromiso y la insistencia en el uso de excepciones han exhibido dramáticamente su ineficacia para proveer a la Argentina de gobernabilidad democrática.

La oposición con que se recibió la medida hizo modificar el procedimiento y tratar de modificar el paso en falso dado por el presidente en una materia tan delicada y que derivó en la designación de los magistrados propuestos luego del acuerdo del Senado en junio de 2016.

En cuanto al sistema de designación de magistrados, para los jueces inferiores, que no integran la Corte sino otros tribunales, se crea un mecanismo complejo, en el que intervienen tres órganos. En primer lugar, le compete al Consejo de la Magistratura realizar la selección mediante concurso público. Luego de realizado este procedimiento, debe elaborar una terna de candidatos para ocupar el cargo, que es elevada al presidente de la Nación y tiene carácter vinculante, aunque haya algunos autores, como Spota o Colautti, que opinan que el presidente conserva la potestad de rechazarla en su totalidad. El presidente conserva la facultad de designación del candidato y una vez efectuado el acto, envía la propuesta –el pliego– al Senado para obtener el acuerdo. Recién después de otorgado este, puede dictar el correspondiente decreto de designación. La intervención de los tres órganos indicados, injustificada por la

representación parlamentaria en el Consejo, le otorga una original complejidad al procedimiento, que en la práctica ha redundado en una preocupante tardanza en la cobertura de los cargos, que dejan por prolongados tiempos vacantes órganos judiciales con las graves consecuencias para la prestación de un servicio esencial y que produjo en los gobiernos de Cristina Fernández de Kirchner la designación inconstitucional de “jueces en comisión”.

La *remoción de los jueces* también fue modificada por la reforma de 1994 y se adoptan dos criterios según la jerarquía del magistrado. Los miembros de la Corte son removidos por juicio político, sistema que prevé el art. 53 de la Constitución Nacional y que se aplica al presidente, al vicepresidente, al jefe de Gabinete y a los ministros. Los únicos miembros del Poder Judicial sometidos a este sistema son los integrantes de la Corte. Se crea solo para los magistrados de tribunales inferiores un procedimiento especial para su remoción. Los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación siguen sometidos al procedimiento de juicio político regulado en el art. 53 de la Constitución Nacional.

Este método de remoción le otorga a la Cámara de Diputados de la Nación la potestad de acusar ante el Senado a los funcionarios pasibles de ser separados de sus cargos. El Senado es la cámara “juzgadora”, pero la única sanción que puede derivarse de su decisión es la separación del cargo del acusado y la pena accesoria de “inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos”. Si del resultado del proceso ante las Cámaras se han

acercado elementos de prueba que acrediten la posible comisión de delitos, los antecedentes deben ser enviados a la justicia ordinaria, que es el único órgano con capacidad para juzgar la conducta de los individuos.

En este especial procedimiento ante las cámaras legislativas, que debe respetar el derecho de legítima defensa, solo se juzga la conducta funcional del imputado y las causales de remoción son el “mal desempeño”, que no necesariamente implica la comisión de hechos delictivos.

Excepto el cuestionado juicio realizado durante el primer gobierno de Perón a cuatro de los cinco miembros de la Corte y al procurador general, la situación se repitió durante la primera presidencia de Néstor Kirchner contra los jueces nombrados por su propio partido durante la década del noventa y que formaron la denominada “mayoría automática” del gobierno menemista. Obtuvo la renuncia de tres de ellos y uno solo, Eduardo Moliné O’Connor, fue destituido por el mecanismo constitucional. En 2005 siguió la misma suerte Antonio Boggiano.

La ineficacia del procedimiento de juicio político para la remoción de magistrados, demostrada por un cúmulo de casos que nunca llegaban a tener una resolución adecuada, aconsejaba la adopción de un sistema nuevo, más técnico, que asegurara una rápida solución de este conflicto que afecta severamente la administración de justicia. La sospecha sobre el buen desempeño de un magistrado necesita una rápida y efectiva solución para mantener la confianza ciudadana en el ejercicio

de esta función indelegable del Estado, íntimamente ligada a la defensa de los derechos esenciales de los habitantes.

El *jurado de enjuiciamiento* incorporado por la reforma de 1994 en el art. 115 de la Constitución Nacional y por la ley que se dictó conforme el mandato de esta norma, tiene una composición equilibrada. Con buen criterio se ha excluido la representación del Poder Ejecutivo y se les ha dado prevalencia a los miembros no políticos.

La facultad de acusación se le otorga al Consejo de la Magistratura, que cumple en este procedimiento el rol que la Cámara de Diputados desempeña en el juicio político y le otorga una potestad expresa para suspender al magistrado sometido al proceso de juicio político, si considera que existe mérito suficiente como para adoptar tal medida.

Las causales de enjuiciamiento son las que establece el art. 53 de la Constitución Nacional y la decisión del jurado se limita a disponer la remoción del magistrado, sin que pueda realizar un juicio sobre la responsabilidad penal o civil del funcionario ni aplicar sanciones accesorias, como la inhabilitación.

Esta institución había sido utilizada en el país durante los gobiernos *de facto* surgidos de los golpes de Estado de 1966 y 1976 y cuenta con antecedentes en el derecho público provincial. Su aplicación hasta el presente ha demostrado mayor eficiencia para cumplir con la misión otorgada y un juicio más funcional de las causales de remoción.

De este modo, se advierte que los constituyentes de 1994 decidieron mantener las normas regulatorias de la designación de los jueces de la Corte Suprema conforme lo previsto en la Constitución originaria y dejar las innovaciones extrapoladas de otros sistemas políticos a los jueces inferiores. Esta decisión, que demuestra también el rol político que cumple la Corte, fue ratificada por la última reforma, ya que la designación de sus miembros es un juego de atribuciones entre los restantes poderes.

Quiero destacar que la facultad de designación recae sobre el presidente y que el Senado se limita a dar su conformidad previa, como condición para que el presidente ejerza la atribución que la Constitución le concede.

