

LAS REFORMAS AL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA: OPORTUNIDADES PERDIDAS PARA UN PODER JUDICIAL DEMOCRÁTICO Y POPULAR*

PATRICIO DANIEL MÉNDEZ MONTENEGRO Y JULIÁN ROTENBERG**

Resumen: El ensayo hace un análisis de las diferentes reformas al Consejo de la Magistratura, sobre todo en su composición, atribuciones y métodos de elección de consejeros. Se enfoca en la última reforma y el fallo de la Corte Suprema que la invalidó, declarándola inconstitucional. De la mano del estudio de las leyes y dicho fallo, se analiza la reforma desde la teoría interpretativa procedimentalista y se concluye que se han perdido varias oportunidades de crear un órgano de selección, remoción de jueces y de administración del presupuesto del Poder Judicial que promueva la diversidad ideológica dentro de ese poder, fomente la participación y control ciudadano en dicho órgano y transparente la elección de los jueces. Finalmente se proponen algunas reformas en ese sentido, que sí respetan los principios rectores de la institución.

Palabras clave: consejo de la magistratura – poder judicial – democracia deliberativa – teoría procedimentalista.

Summary: The essay makes an analysis of the different reforms to the Magistracy Council, especially its composition, attributions and methods used for the selection of judges. The essay focuses in the last reform and in the sentence of the Supreme Court which invalidated this last reform by considering it unconstitutional. In addition to the study of laws and jurisprudence, the essay analyses the reform from the perspective of the theory of procedure and it ends up considering that we have lost many opportunities for creating an organ of selection, removal of judges and administration of the budget of the Judiciary that could be able to promote an ideological diversity in that power, encourage participation and popular control in that organ and making transparent the selection of judges. Finally, the essay includes some possible reforms in that sense, that truly represent the guiding principles of this institution.

Keywords: magistracy council – judiciary – deliberative democracy – theory of procedure.

* Segundo puesto del I Concurso de Ensayos Breves, año 2013. Recepción del original: 05/08/2013. Aceptación: 11/10/2013.

** Estudiantes de Abogacía (UBA).

I. PANORAMA HISTÓRICO: REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994, LEYES REGLAMENTARIAS 1996/2006

Uno de los aspectos más oscuros del sistema político-institucional creado por la Constitución de 1853 era, tal vez, la designación de los jueces federales. Que el Senado, acaso la institución más conservadora de nuestra organización política, tuviese junto al Presidente, la potestad de, en secreto, elegir a los jueces federales, se demostró como deficitario en el contexto de un país que deseaba una república con separación de poderes y una democracia más vigorosa.¹ Es por eso que, a partir del regreso a la democracia los proyectos de reformas al Poder Judicial pasaron por hacer más transparente, independiente y participativo el proceso de designación de los jueces.

Y esa fue, aparentemente, la intención de reforma que se dio en la Convención Constituyente de 1994. En medio de un contexto en el cual el menemismo impuso la ampliación de la Corte Suprema y su adicción a dicho gobierno, surgió un movimiento para la creación de un órgano que rigiera la vida del Poder Judicial. Con la participación de todos los principales juristas de la época, como Zaffaroni y Gil Lavedra, se abrió la posibilidad de cumplir este deseo, de la mano de la creación del Consejo de la Magistratura. Emulando a la institución española, se dotó al consejo de ciertos principios que debían guiar la ley reglamentaria, a saber: equilibrio, pluralismo, representación corporativa y representación popular. El mismo tenía las atribuciones no solo de seleccionar las ternas sino que también podía iniciar el proceso de remoción y también la administración del presupuesto judicial. En la práctica, esto significó un recorte de atribuciones a los tres poderes del Estado.²

Esta ley reglamentaria a la que el art. 114 hace mención no apareció sino hasta 1996. La misma se caracterizaba por establecer diecinueve miembros con gran representación del Presidente de la Corte; cuatro senadores; dos por la mayoría; uno por la primera minoría y otro por la segunda minoría; la misma cantidad y proporción de diputados; dos académicos; cuatro jueces; cuatro abogados y un representante del Poder Ejecutivo.

Con el tiempo, esta composición se entendió como ineficiente, lenta y corporativa para un sistema político en crisis. Es por eso que durante el gobierno de Néstor Kirchner, se hizo una primer reforma, con el objetivo de disminuir la cantidad de miembros y, de ese modo, hacerlo más eficiente y dinámico. Por ello, se pasó

1. GARGARELLA, R., "El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo", en *Revista Sociedad*, 2005.

2. ROTH, L. (2008), "El Consejo de la Magistratura", en GARGARELLA, R., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 367-387.

a un consejo más reducido en tamaño, con mayor peso del partido gobernante y con menor lugar para las minorías políticas.

II. LEY DE REFORMA DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DEL AÑO 2013

En 2013 se sancionó la Ley 26.855, modificatoria de la 24.937, que reglamenta el Consejo de la Magistratura (art. 114 de la Constitución Nacional). Esta ley forma parte del conjunto de seis leyes sancionadas en los primeros meses del año legislativo con el fin de “democratizar la justicia”, según lo explicitaron el Gobierno nacional y el bloque oficialista del Congreso de la Nación.

La nueva ley reglamentaria del Consejo de la Magistratura introduce una serie de modificaciones a este órgano que fue objeto de numerosas críticas en cuanto a su constitucionalidad (el proyecto fue criticado desde un comienzo por la oposición política, ONG, asociaciones de la sociedad civil, asociaciones académicas; la ley fue finalmente declarada inconstitucional por la CSJN). Las principales modificaciones que introduce la ley son las siguientes:

II.A. Composición

- El Consejo pasa de tener trece miembros a diecinueve: tres jueces, tres abogados (antes dos), seis académicos (antes uno), seis legisladores y un representante del PEN. Los jueces, abogados y académicos son elegidos por medio de sufragio universal. Se elimina de esta manera la representación “corporativa” o estamentaria: representación (y elección) de jueces por jueces, abogados por abogados y académicos por académicos.

El art. 114 CN dice: “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”. El texto constitucional establece una diferencia entre la representación de los órganos políticos resultantes de elecciones populares y la representación de los jueces y de los abogados. La nueva ley quiebra el *equilibrio* que, sin perjuicio de las críticas (ver Roth) que merece, sí establecía la reglamentación anterior.

- Las elecciones para elegir a jueces, académicos y abogados se realizan conjunta y simultáneamente con las elecciones presidenciales, y también tienen elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO). Para la adhesión de los cuerpos de boleta de la categoría de consejeros con la de legisladores nacionales en cada distrito, se requiere

la comprobación de la existencia de que en al menos dieciocho distritos, la adhesión se realiza exclusivamente con agrupaciones de idéntica denominación.

Por un lado, la elección de los miembros del Consejo de la Magistratura de manera conjunta con las elecciones presidenciales a través de los partidos políticos implica la inclusión de los jueces, abogados y académicos en la dinámica partidaria y electoral. De esta manera, los candidatos a consejeros se ven obligados a adherir a un partido, lo que luego puede condicionar su labor a la hora de seleccionar o remover jueces, ya que se impone una lógica de lealtades que va en desmedro de la deseada imparcialidad o criterio meritocrático.

Por otro lado, el requisito de la existencia de agrupaciones de idéntica denominación en dieciocho de los veinticuatro distritos es una exigencia excesiva que impone serios límites a la participación en las elecciones, y beneficia a los partidos de mayor injerencia nacional.

II.B. Régimen de mayorías

El art. 6° de la nueva ley modifica el requisito de los dos tercios para iniciar el procedimiento de remoción de jueces y la aplicación de sanciones: se pasa a la mayoría absoluta, lo cual hace más factible el ejercicio de dichas facultades disciplinarias.

En síntesis, con la nueva ley, el partido que gane las elecciones presidenciales puede tener mayoría propia (dos jueces, dos abogados, cuatro académicos, un representante del PEN; cuatro legisladores si es mayoría en ambas Cámaras) para iniciar procedimientos de sanción o remoción contra jueces. El principal peligro de esta situación es la posibilidad de que se utilicen dichos procedimientos, o su mera apertura, para intimidar o remover a jueces que constituyan una “amenaza” para el partido gobernante.

III. CRÍTICAS DE FORMA: EL PROCESO DE SANCIÓN DE LA LEY

El proyecto de ley para reformar el Consejo de la Magistratura fue presentado en el Senado el 8 de abril; el 17 de abril obtuvo media sanción, el 25 del mismo mes fue aprobado, con modificaciones, por la Cámara de Diputados y su sanción definitiva fue el 8 de mayo en el Senado. El cotejo de fechas —un mes entre la presentación

y la sanción definitiva— arroja un tratamiento acelerado del proyecto, lo que motivó críticas por parte de la oposición y organizaciones de la sociedad civil.³

Tras la sanción definitiva, la ley fue objeto de una serie de planteos judiciales que llevó hasta el fallo de la Corte Suprema en “Rizzo”.⁴ Allí el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de los principales artículos y la inaplicabilidad del nuevo régimen de mayorías, y dejó sin efecto la convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros. Durante todo el recorrido judicial de la ley, sectores afines o pertenecientes al oficialismo se expresaron en contra de la potestad del Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de una norma sancionada por el Poder Legislativo elegido mediante sufragio. Se trata, en definitiva, del problema del carácter contramayoritario del Poder Judicial y la justificación del control de constitucionalidad sobre el que trabajaron diversos autores locales y extranjeros.

Nos interesa destacar una teoría interpretativa que permite dar una respuesta satisfactoria a lo que Carlos Nino llamó la “dificultad contramayoritaria”. El argumento que analizaremos tuvo una presencia minoritaria en el debate público en torno a la “democratización de la justicia”, pero creemos que permite una perspectiva enriquecedora en relación con una determinada concepción de la democracia.

La “dificultad contramayoritaria” hace referencia a la falta de legitimidad democrática de los jueces. Al no ser elegidos directamente por el pueblo, se cuestiona el hecho de que puedan decidir si una ley sancionada por representantes directos del pueblo, con mayor legitimidad democrática, es constitucional o no, pudiendo condicionar por ende su vigencia.

Tomando este argumento negatorio del control judicial, Nino explora la teoría procedimentalista, desarrollada principalmente por J. H. Ely a partir de su libro *Democracy and Distrust*. Esta teoría propone que los jueces tengan un rol de “árbitros” del proceso democrático: deben “determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático...”⁵

Según la concepción deliberativista, la validez de las leyes está dada por el valor epistémico del proceso democrático: se entiende por democrático a un procedimiento de discusión amplio con participación de los potenciales afectados, en condiciones de igualdad. En otras palabras, para que una ley tenga legitimidad democrática no alcanza con que sea aprobada por los representantes del pueblo, sino que debe existir un auténtico debate en condiciones que aseguren que se escuchen

3. La ONG Directorio Legislativo realizó un seguimiento del tratamiento de los seis proyectos de “democratización de la justicia”. Los tres proyectos presentados en la Cámara de Senadores (incluyendo el que nos ocupa) tuvieron dictamen a los siete días, tras solo cinco horas de reuniones de comisión.

4. “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13)”.

5. NINO, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 693.

las opiniones de los afectados por esa decisión. Por lo tanto, cuando un juez revisa una norma emitida por el Poder Legislativo, debe examinar en primer lugar si el proceso de sanción de la norma cumplió con las condiciones que la dotarían de legitimidad democrática. En palabras de Jürgen Habermas, el juez realiza un “examen de la génesis de las normas”.⁶

En el caso del Consejo de la Magistratura, si bien la Corte Suprema realizó una interpretación de fondo sobre el contenido de la reforma, la nueva ley reglamentaria tampoco resiste un análisis de forma: se aprobó tras un mes de tratamiento, con escaso tiempo de debate tanto dentro de las Cámaras como en el ámbito más amplio de la sociedad civil y la opinión pública. La única modificación al proyecto que el bloque oficialista aceptó fue la referida a la administración del presupuesto del Poder Judicial por el Consejo (lo cual sí cumplía con el mandato constitucional expreso), que se mantuvo en manos de la Corte Suprema tras un pedido del presidente Lorenzetti.

Desde una concepción deliberativa de la democracia, consideramos que una modificación institucional de tal relevancia merece una discusión mucho más amplia, que permita la expresión de los sectores más diversos de la sociedad y donde se exija de quienes proponen los cambios un esfuerzo argumentativo significativamente mayor. Medidas como la última reforma al Consejo, aprobada con desdén por el intercambio de ideas y sin preocupación por mostrar un funcionamiento institucional transparente, acentúan el carácter hiperpresidencialista de nuestro sistema y desincentivan a la ciudadanía en cuanto a las perspectivas de tener una injerencia real en la cosa pública. De esta manera se perjudica a la democracia, entendida como un régimen institucional que provea canales para la participación popular, en favor de una versión netamente delegativa.

IV. CONSTITUCIONALIDAD DE FONDO

Yendo hacia un análisis más profundo de la inconstitucionalidad de la nueva composición del Consejo de la Magistratura, lo que vemos es que aquellos principios rectores de los que se habla en párrafos anteriores fueron claramente violados por la nueva ley.

Uno de los principios básicos de la reforma para “democratizar” la elección de aquellos sectores que no provienen de la elección popular era el de representación corporativa. Sin lugar a duda el caso de mayor flagrancia era el de los jueces de la matrícula federal. La Constitución Nacional claramente identifica que los consejeros deben ser representantes sectoriales o corporativos de los jueces. Esto queda

6. HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2010, p. 338.

claramente demostrado en el debate de la asamblea Constituyente del 94. El hecho de pasar por el acto electoral a este sector de los consejeros provocó que la reforma cayese.

Este no fue el caso de la elección popular de los académicos. En principio, no se desprende del texto constitucional que exista una representación corporativa de dicho sector. Sin embargo, lo que sí se demostró como inconstitucional fue el hecho de que la cantidad pasase de uno a seis miembros. En un contexto donde se busca la proporcionalidad de los diferentes sectores del “mundo judicial”, este salto cuantitativo produce que la Corte Suprema haga un escrutinio estricto sobre esta cláusula y la declare inconstitucional. Del mismo modo, la distribución de estos miembros se hace en términos de mayorías y minorías, de modo que también se viola el principio de proporcionalidad.

Otro de los artículos de la reforma frustrada que provocó resistencias por parte de la Corte fue la necesidad de que, para poder presentar una lista para competir dentro de las elecciones de jueces y académicos, se necesitase la misma denominación partidaria en dieciocho provincias. En un contexto político en el cual existe un partido dominante y diferentes partidos políticos fragmentados en diversos frentes provinciales, esta cláusula tenía una clara intención proscriptiva. Esto implicó una violación del principio de pluralidad que rige al Consejo.

V. CONCLUSIÓN

Desde una teoría de la democracia deliberativa, es imposible defender las diferentes reformas hechas a la institución. Si lo que queremos es transparentar, democratizar y dotar de legitimidad popular al Poder Judicial y más precisamente al Consejo de la Magistratura, se deberían defender ciertos ideales presentes en la Constitución.

En primer lugar, en un sistema político partidario fragmentado como es el argentino, el cupo de legisladores debería ser distribuido entre mayor cantidad de fuerzas políticas, con el objetivo de representar a una mayor cantidad de grupos y sectores ideológicos. La actual representación de la mayoría y de la primera minoría es útil para un país dividido en dos grandes partidos, pero no para la Argentina post 2001.

Por otro lado, siguiendo las ideas defendidas por el propio Kirchnerismo en el decreto 222 de 2003, el proceso de evaluación de los candidatos debería ser abierto a la participación de la sociedad civil. La posibilidad de dar transparencia y visibilidad a los candidatos y la subsecuente impugnación o aval por parte de diferentes organizaciones pondría en evidencia el pasado y el pensamiento judicial de los mismos. Un Consejo verdaderamente democrático necesita de la participación pública.

Otra forma de abrir el Consejo a la participación social es la posibilidad de que uno de sus miembros sea electo de forma azarosa del padrón electoral. Para salir de la lógica corporativo-partidaria, una forma de oxigenar a esta institución es que un miembro de la sociedad pueda ser parte del mismo, como se da en la provincia de Chubut y está próximo a concretarse en la provincia de Tierra del Fuego.

En el contexto de un país federal, una manera de posibilitar la incorporación de representantes de todas las provincias o de la mayoría de ellas podría ser diseñar un esquema institucional donde se regionalice el Consejo, creando Salas locales cuyas competencias de algún modo “espejen” a la división en cámaras que tiene el Poder Federal. De este modo los ciudadanos votarían a las autoridades que ejercerán las funciones del Consejo de la Magistratura sobre la jurisdicción que les incumbe, de donde deberán también provenir los candidatos a integrarlo.

En conclusión, lo que observamos es que la reciente reforma ha dejado pasar una gran oportunidad para poner de relieve el carácter contramayoritario del Poder Judicial e iniciar un intenso debate acerca del rol que debe jugar esta rama del Estado en una democracia moderna. Desde la perspectiva Kirchnerista, “democratizar” parece ser partidizar el Poder Judicial y atar a su órgano principal, el Consejo de la Magistratura, a las mayorías electorales obtenidas. Desde nuestra perspectiva, teniendo en cuenta una versión robusta y deliberativa de la democracia, es posible conciliar al Poder Judicial con el respeto a las decisiones mayoritarias del pueblo. Pero esto no debe pasar por el sometimiento de este por el partido político gobernante sino, como lo insinuamos más arriba, por abrir canales de participación ciudadana en el seno del Estado. La única forma de democratizar verdaderamente la justicia es a través de un Consejo que esté abierto a la sociedad, que la incluya, que contenga una diversidad de pensamientos políticos y legales y que se base en el mérito y en la independencia a la hora de seleccionar ternas o iniciar el proceso de remoción.

BIBLIOGRAFÍA

- GARGARELLA, Roberto, “El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo”, en *Revista Sociedad*, 2005.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2010.
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- ROTH, Laura, “El Consejo de la Magistratura”, en GARGARELLA, R., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.