

La garantía de inamovilidad de los jueces y lo que los precedentes “Fayt” y “Schiffrin” no resolvieron

Por Juan Manuel Lettieri y Juan Stinco

“...In this distinct and separate existence of the judicial power in a peculiar body of men, nominated indeed, but not removable at pleasure, by the crown, consists one main preservative of the public liberty, which cannot subsist long in any state unless the administration of common justice be in some degree separated both from the legislative and also from the executive power. Were it joined with the legislative, the life, liberty, and property of the subject would be in the hands of arbitrary judges, whose decisions would be then regulated only by their own opinions, and not by any fundamental principles of law; which, though legislators may depart from, yet judges are bound to observe...”

W. Blackstone

Introducción

El difunto juez Arlin Adams que presidió la Asociación Americana de Magistratura, organización que reunía en aquel entonces cerca de 35.000 jueces, (lo que para algunos constituía una elite del derecho en los Estados Unidos de Norteamérica), fue entrevistado¹ cuando visitó la ciudad de Barcelona para participar en un coloquio sobre el análisis comparativo del acceso a la judicatura y la función del jurado puro que existe en dicho país. En esa oportunidad respondió la siguiente pregunta ¿Cómo mantienen en EEUU los jueces su independencia? afirmando que

Los jueces en Estados Unidos son elegidos entre los abogados que tienen un historial académico sobresaliente y con experiencia de muchos años. A. los jueces federales los nombra el presidente de EEUU con la aprobación del Congreso y de los colegios de abogados. No es frecuente que estos organismos echen abajo la decisión del presidente, pero se han dado casos. El juez tiene que ser independiente de la autoridad que le nombra y del Gobierno, y estar dispuesto a defender los derechos de los ciudadanos por encima de todo. En mi opinión hay tres reglas básicas en las que se apoya la independencia judicial en Estados Unidos: te nombran para toda la vida, nunca nadie te puede echar y no te pueden bajar el sueldo (Blackstone,1753:178).

Por la simpleza de la declaración, parecen tres aspectos de relativamente sencillo cumplimiento.

Conforme señala Cramton, según los registros de la Convención Federal de 1787 y de las convenciones estatales ratificadoras, para los padres constitucionalistas norteamericanos la incorporación de las cláusulas denominadas de la “Buena Conducta” y de la “intangibilidad de las remuneraciones” en la Constitución de los EEUU otorgaban a la justicia federal la independencia para decidir las causas y la libertad de las influencias o controles de las áreas más políticas del gobierno federal, esto es el Congreso y el Poder

¹ Fuente: http://elpais.com/diario/1985/09/30/sociedad/496882806_850215.html

Este artículo apareció en la edición impresa del Lunes, 30 de septiembre de 1985.

Ejecutivo (Camton, 2007:1315).

Dichos constitucionalistas fundadores norteamericanos tenían una concepción temporal de los cargos públicos en general, basta señalar que Washington retornaría a sus plantaciones en *Mount Vernon* y que Adams haría lo propio en su granja en Brookline, como explica Cramton (2007:1315).

Sin embargo desde entonces, se reconoció a los magistrados integrantes del Poder Judicial garantías de una inequívoca trascendencia, imprescindibles para la función de administrar justicia como son las de independencia e inamovilidad en sus cargos.

En el plano nacional, recientemente tuvimos novedades en la materia. En efecto, nuestro Máximo Tribunal se expidió en el fallo “Schiffrin” (CSJ 159, 2012) sobre aspectos centrales en lo relativo a la garantía de inamovilidad judicial; es justo reconocer que allí también trató otros tópicos de trascendencia, como es el control judicial de los procesos de reforma constitucional².

En dicho precedente la Corte Suprema centró su *ratio decidendi* en lo vinculado con el estándar de control judicial sobre el procedimiento de reforma constitucional, y en particular, con la constitucionalidad del límite etario establecido. Asimismo, señaló que no existen derechos adquiridos a la inalterabilidad de un determinado régimen normativo. De este modo, ni en el famoso caso “Fayt”³ ni en “Schiffrin” nuestro máximo tribunal examinó, *stricto sensu*, la constitucionalidad del sistema establecido para la renovación del acuerdo del Senado y designación del Poder Ejecutivo luego de que los magistrados cumplan la edad de 75 años (Dalla, S/A). ¿Estaba obligado a hacerlo? Pareciera ser que no. En efecto, ese tópico no había sido objeto de debate y una opinión sobre él podría haber sido considerada prematura o de índole conjetural.

Justamente, el objeto de este trabajo apunta a poner de relieve que ese sistema de renovación del acuerdo del Senado no superaría el *test* de constitucionalidad ni el de convencionalidad.

Hasta donde sabemos, la respuesta de algunas personas que forman parte del universo de los “afectados” por el pronunciamiento en comentario ha sido disímil:

(i) Pese a que la señora diputada nacional Elisa Carrió había remitido una carta al señor presidente de la República solicitando la continuidad del juez Schiffrin (CSJ 159, 2012)⁴, éste presentó su renuncia, que fue aceptada por medio del decreto 238/2017.

² Para ver comentarios sobre el mismo revisar: Ibarlucía, Emilio A., ¿Habra “jueces mantenidos en sus cargos”?, La Ley diario del 06/04/2017; Gil Domínguez, Andrés, El control de constitucionalidad de la reforma constitucional y la aplicación efectiva del art. 99.4 de la Constitución argentina, La Ley diario del 06/04/2017; Dalla Via, Alberto R., ¿Cambié la jurisprudencia o la cuestión sigue abierta?, La Ley diario del 06/04/2017 y Sagüés, Néstor P., La justiciabilidad de una reforma constitucional, La Ley diario del 06/04/2017.

³ Causa F.100.XXXV, autos “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”. Sentencia del 19/8/1999.

⁴ Disponible en: <http://www.telam.com.ar/notas/201703/184153-carrio-difundio-la-carta-que-le-envio-a-macri-sobre-la-situacion-de-la-justicia.html>

- (ii) La renuncia del juez Pedro David fue aceptada mediante el decreto 250/2017.
- (iii) El juez Juan Manuel Clemente Converset interpuso una acción declarativa de certeza ante el fuero contencioso administrativo federal que se encuentra en trámite en el expediente n° CAF 20.874/2017.
- (iv) En la causa que tiene como parte actora a la jueza Highton de Nolasco, dos abogados de la matrícula se presentaron a petitionar la aplicación de la doctrina que surge del precedente “Schiffrin”.
- (v) El juez Edmundo Samuel Hendler peticionó una medida cautelar autónoma el 10 de abril pasado, que tramita en el expediente CAF 20.888/2017.

Y tan sólo mencionamos algunos ejemplos. Esas conductas nos demuestran, inequívocamente, que aún existen efectos de la nueva jurisprudencia que exigen ser precisados. Más aún, recientemente, el señor diputado Pablo Tonelli presentó un proyecto de ley que tiene por objeto la instauración legal de un “Régimen de renovación y cese de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Nación”⁵.

La ecuación trinómica elaborada por la Convención Constituyente y el nuevo estándar de deferencia. El análisis de constitucionalidad

Contextualmente cabe señalar que el nuevo estándar de deferencia fijado recientemente por la Corte Suprema en la causa “Schiffrin”, respecto de los criterios y labores que desarrolla la Convención Constituyente, comporta un límite para el debate sobre sus criterios y determinaciones, ello sin perjuicio del control judicial que la propia Corte reafirmara. Por ello, el supuesto que cabe asentar bajo tal estándar es que el criterio que adoptó la Convención Constituyente de 1994 de que la inamovilidad de los jueces como garantía de independencia del poder judicial no se vulnera por la incorporación de límite etario más un procedimiento de renovación del acuerdo del senado luego de acontecido dicho límite. Asimismo, luego y como producto del debate constituyente, se resolvió además establecer un plazo suspensivo de 5 años a dicho esquema, de modo tal de despejar cualquier especulación sobre su aplicación inmediata y/o retroactiva que permita alegar algún interés ilegítimo.

Consecuentemente, la fórmula -o si se prefiere ecuación- seleccionada por la Convención Constituyente como legítima para alterar las reglas vigentes sobre la independencia judicial en su faz inamovilidad, fue la sumatoria de esos tres factores.

De dichos tres factores en la actualidad sólo persiste la posibilidad de analizar tan sólo uno, esto es el procedimiento. En efecto, en “Schiffrin” la Corte Suprema afirmó la razonabilidad del establecimiento de un límite etario y, por su parte, ha devenido abstracto el debate sobre el plazo suspensivo.

Sin perjuicio de ellos, respecto de la limitación temporal al cargo de magistrado, podemos agregar que el informe denominado *La política de las Políticas Públicas. Progreso*

⁵ Su texto completo puede encontrarse en https://es.scribd.com/document/346190305/Proyecto-de-Ley-Magistrados-de-75-Anos#fullscreen&from_embed. Al día de la entrega de este artículo, el proyecto no había sido formalmente recibido por el Congreso de la Nación.

económico y social en América Latina del Banco Interamericano de Desarrollo realizado en el año 2006 expresa

Algunos países, entre ellos Argentina, Brasil, Chile, Ecuador y El Salvador, han adoptado mandatos vitalicios para los jueces (en algunos casos con un límite fijado por la edad jubilatoria). En otros países, como Bolivia, Colombia y Costa Rica, sólo los jueces de los tribunales de primera instancia tienen un mandato vitalicio, en tanto que los jueces de la Corte Suprema ocupan su cargo durante un período fijo. En Paraguay, los magistrados de la Corte Suprema ocupan cargos vitalicios, en tanto que los jueces de primera y segunda instancia pueden permanecer en el cargo únicamente durante cinco años. Por último, en algunos países como Guatemala y Perú, los jueces ocupan su cargo durante un período fijo que puede ser renovado periódicamente (Banco Interamericano, 2006:93). A mayor abundamiento, los padres constitucionalistas norteamericanos cuando contemplaron el carácter vitalicio de los cargos de los magistrados no se encontraban en condiciones de prever la actual longevidad (Teitelbaum, 2006) y cómo ha impactado el comportamiento estratégico de dichos magistrados, en especial los de máximo tribunal, existiendo autores como Calabresi y Lindgren (S/A) que sostienen que el carácter vitalicio de estos cargos se trata de una reliquia de los tiempos predemocráticos.

Asimismo señalan dichos autores que incluso en Inglaterra, sistema madre del norteamericano, se eliminó la garantía del cargo vitalicio de los magistrados, agregando que cada nación democrática sin excepciones incorporó límites para los cargos de sus cortes constitucionales, citando el caso de Canadá, Australia, Francia, Italia, España, Portugal, Alemania y Rusia, quienes establecieron términos entre seis y doce años para la función, y donde en muchos casos adicionaron límites etarios.

No se nos escapa que dentro de los Estados Unidos, a nivel estadual, conviven regímenes de selección y duración de los cargos de magistrados absolutamente dispares, incluso que en muchos casos fusionan sistemas de elecciones populares con límites temporales y posibilidad de renovación de los mandatos. Empero también parece existir una fuerte correlación entre mandatos breves con posibilidades de reelección y procesos de elección popular más que una designación por otros poderes del Estado y, asimismo, el carácter vitalicio de los magistrados federales parece mostrar relación con la tutela de las autonomías de los estados. Asimismo, señalan estos autores que en 12 estados los jueces son designados por los gobernadores, o en menos casos por las legislaturas, que en el extremo opuesto los jueces en 9 estados son elegidos y reelegidos por procesos electorales como miembros de partidos políticos y entre tales extremos existen dos sistemas que combinan elementos partidarios y no partidarios, siendo que en 16 estados existen comisiones independientes que evalúan los méritos que elevan candidatos para que el gobernador designe a alguno, siendo que se emplea el procedimiento de elecciones de retención luego de vencido el término del mandato, y finalmente en 13 estados se realizan elecciones no partidarias⁶.

⁶ ALABAMA: Todos los jueces son seleccionados por elecciones partidistas. El mandato inicial es de seis años. Los jueces son posteriormente reelegidos a un mandato de seis años. ALASKA:

Todos los jueces son elegidos por un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de tres años. Todos los jueces están sujetos a elecciones de retención, aunque los términos subsiguientes varían dependiendo del nivel de la corte. (Las elecciones de retención o “judicial retention election” son un proceso periódico en determinados estados a través del cual un juez es sujeto a referéndum para mantener su cargo, que se realiza en general en la misma oportunidad que las elecciones generales. El juez resulta removido si la mayoría vota en contra de la retención.). ARIZONA: La mayoría de los jueces son elegidos por un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de dos años. Los jueces están sujetos a elecciones de retención, aunque los términos subsiguientes varían dependiendo del nivel de la corte. Los jueces de los tribunales superiores en los condados con poblaciones inferiores a 250.000 son elegidos por medio de elecciones no partidistas con mandatos de cuatro años. Estos jueces son reelegidos a cuatro años. ARKANSAS: Todos los jueces son seleccionados por elecciones no partidistas. El mandato inicial es de ocho años, a excepción de los jueces de los tribunales de circuito, que son elegidos por períodos de seis años. Los jueces están sujetos a reelección. CALIFORNIA: El gobernador designa a los candidatos a la corte suprema ya los tribunales de apelación por períodos de 12 años. Estos jueces están sujetos a elecciones de retención por períodos adicionales de 12 años. Los jueces de los tribunales superiores son elegidos en elecciones no partidarias por periodos de seis años y pueden ser reelegidos a mandatos adicionales de seis años. CAROLINA DEL NORTE: Todos los jueces son seleccionados en elecciones no partidarias. El mandato inicial es de ocho años y los jueces están sujetos a reelección. CAROLINA DEL SUR: El estado emplea a una Comisión de Selección de Mérito Judicial de 10 miembros para examinar candidatos judiciales. Este comité recomienda a los candidatos a la Asamblea General, que nombra a los jueces. Los jueces están sujetos a la reelección por el legislador. COLORADO: Todos los jueces son elegidos por un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de dos años. Todos los jueces están sujetos a elecciones de retención, aunque los términos subsiguientes varían dependiendo del nivel de la corte. CONNECTICUT: Todos los jueces son elegidos a través de un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de ocho años. Después de que una comisión revise el desempeño de un juez, el gobernador designa al juez para retenerlo, y la legislatura estatal confirma. DAKOTA DEL NORTE: Todos los jueces son seleccionados en elecciones no partidistas. El mandato inicial de la Corte Suprema es de diez años, mientras que los jueces de los tribunales de distrito son elegidos para períodos de seis años. Los jueces son reelegidos a términos adicionales. DAKOTA DEL SUR: Los jueces de la Corte Suprema son elegidos por un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación por un período de tres años. Estos jueces están sujetos a elecciones de retención por períodos de ocho años. Los jueces de los tribunales de circuito son seleccionados en elecciones no partidistas por períodos de ocho años y son reelegidos para términos adicionales. DELAWARE: Todos los jueces son elegidos a través de un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de 12 años. Posteriormente, un titular se reaplica a una comisión de nombramientos y compite con otros solici-

tantes para ser renominado por el gobernador. El senado estatal confirma la designación del gobernador. DISTRITO DE COLUMBIA: Todos los jueces son elegidos mediante un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de 15 años. Una comisión de tenencia judicial revisa el desempeño de cada juez seis meses antes de la expiración del mandato del juez. FLORIDA: Los jueces de la corte suprema y los tribunales de apelación de distrito son elegidos por medio de una selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de un año. Los jueces están sujetos a elecciones de retención por períodos de seis años. Los jueces de los tribunales de circuito son elegidos por medio de elecciones no partidarias con mandatos de seis años. Estos jueces son reelegidos a términos adicionales. GEORGIA: Todos los jueces son seleccionados por elecciones no partidistas. El mandato inicial es de seis años para los jueces de apelación y de cuatro para los jueces de los tribunales superiores. Los jueces son posteriormente reelegidos a términos adicionales. HAWAII: Todos los jueces son elegidos a través de un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de 10 años. Una comisión de selección judicial vuelve a nominar a los jueces a un período adicional de 10 años. IDAHO: Todos los jueces son seleccionados por elecciones no partidistas. El mandato inicial es de seis años para los jueces de apelación y de cuatro años para los jueces de los tribunales de distrito. Los jueces son posteriormente reelegidos a términos adicionales. ILLINOIS: Todos los jueces son seleccionados por elecciones partidistas. El mandato inicial es de 10 años para los jueces de apelación y de seis años para los jueces de los tribunales superiores. Los jueces están sujetos a elecciones de retención por términos adicionales. INDIANA: Los jueces de apelación son elegidos a través de un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación por dos años. Los jueces de apelación están sujetos a elecciones de retención por 10 años. Los jueces de circuito y de la corte superior generalmente son seleccionados a través de elecciones partidarias por períodos de seis años. Los jueces en algunos condados, sin embargo, son elegidos en elecciones no partidistas. IOWA: Todos los jueces son elegidos a través de un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de un año. Todos los jueces están sujetos a elecciones de retención, aunque los términos subsiguientes varían dependiendo del nivel de la corte. KANSAS: La mayoría de los jueces son elegidos por un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de un año. Estos jueces están sujetos a elecciones de retención, aunque los términos subsiguientes varían dependiendo del nivel de la corte. Los jueces en los tribunales de 14 distritos son elegidos en elecciones partidistas. KENTUCKY: Todos los jueces son elegidos en elecciones no partidarias con un mandato de ocho años. Los jueces son posteriormente reelegidos a términos adicionales. LOUISIANA: Todos los jueces son elegidos en elecciones partidistas. Los jueces de apelación son elegidos por un período de 10 años, mientras que los jueces de los tribunales de distrito son elegidos para mandatos de seis años. Los jueces son posteriormente reelegidos a términos adicionales. MAINE: Los jueces son nombrados por el gobernador por períodos de siete años. Los jueces son reelegidos por el gobernador, sujeto a la confirmación de la legislatura. MARYLAND: Todos los jueces son elegidos a través de un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nomi-

nación a términos de un año. Los jueces de apelación están sujetos a elecciones de retención por períodos subsiguientes de 10 años. Los jueces de los tribunales de circuito son seleccionados en elecciones no partidarias. MASSACHUSETTS: Todos los jueces son elegidos por un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. Los jueces sirven hasta que alcancen la edad de 70 años. MICHIGAN: Los jueces de la Corte Suprema son elegidos en elecciones partidarias a términos de ocho años. Los jueces intermedios de los tribunales de apelación y los jueces de los tribunales de circuito son elegidos en elecciones no partidarias con mandatos de seis años. Todos los jueces son posteriormente reelegidos a términos adicionales. MINNESOTA: Todos los jueces son nombrados por elecciones no partidistas. El mandato inicial es de seis años. Los jueces son posteriormente reelegidos a términos adicionales. MISSISSIPPI: Todos los jueces son designados por elecciones no partidistas. El mandato inicial es de ocho años, a excepción de los jueces de la corte de justicia y de circuito, que son elegidos para un mandato de cuatro años. Los jueces están sujetos a reelección por términos adicionales. MISSOURI: Los jueces de los tribunales de apelación son elegidos mediante un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación con un mandato de un año. Estos jueces están sujetos a elecciones de retención por períodos de 12 años. Los jueces de los tribunales de circuito son elegidos por períodos de seis años y están sujetos a reelección por términos adicionales. MONTANA: Los jueces son elegidos por elecciones no partidarias. Los jueces están sujetos a reelección, excepto que los jueces sin oposición están sujetos a elecciones de retención. NEBRASKA: Todos los jueces son elegidos a través de un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación por períodos de tres años. Los jueces están sujetos a elecciones de retención por períodos de seis años. NEVADA: Todos los jueces son nombrados por elecciones no partidarias con mandatos de seis años. Los jueces están sujetos a reelección por términos adicionales. NUEVO HAMPSHIRE: Todos los jueces son nombrados por el gobernador. Los jueces sirven hasta que alcancen la edad de 70 años. NUEVA JERSEY: Todos los jueces son nombrados por el gobernador por períodos de siete años. Los jueces son reelegidos por el gobernador con el consejo y consentimiento del senado. NUEVO MÉXICO: Todos los jueces son elegidos por un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. NUEVA YORK: Los jueces de la corte de apelación son elegidos por medio de una selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. Los jueces de la Corte de Apelaciones cumplen 14 años, mientras que los jueces en la División de Apelaciones de la Corte Suprema sirven por cinco años. Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales de condado son elegidos en elecciones partidistas. OHIO: Todos los jueces son seleccionados en elecciones partidarias por un período de seis años. Los jueces son reelegidos a términos adicionales. OKLAHOMA: Los jueces de los tribunales de apelación son elegidos mediante un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación a términos de un año. Estos jueces están sujetos a elecciones de retención por períodos adicionales de seis años. Los jueces de los tribunales de distrito son seleccionados en elecciones no partidistas por períodos de cuatro años y son reelegidos para términos adicionales. OREGON: Todos los jueces son seleccionados en elecciones no partidarias por seis años. Los jueces son reelegidos por términos adicionales. PENNSYLVANIA: Todos los jueces son

Esos ejemplos muestran, en muchos casos, tiempos cortos de mandato en sistemas electorales y con posibilidad de renovación por mismo período, sistemas que reiteramos no operan en el ámbito federal.

seleccionados en elecciones partidistas por un período de diez años. Los jueces están sujetos a elecciones de retención por períodos adicionales de diez años. RHODE ISLAND: Todos los jueces son elegidos mediante un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El cargo es vitalicio. TENNESSEE: Los jueces de la corte de apelación son elegidos por un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. Estos jueces están sujetos a elecciones de retención por períodos adicionales de ocho años. Los jueces en los tribunales de la cancillería, los tribunales penales y los tribunales de circuito se seleccionan en elecciones partidarias por períodos de ocho años y son reelegidos para términos adicionales. TEXAS: Todos los jueces son seleccionados en elecciones partidistas. Los jueces de apelación son elegidos por períodos de seis años, mientras que los jueces de los tribunales de distrito son elegidos para un mandato de cuatro años. Los jueces son posteriormente reelegidos a términos adicionales. UTAH: Todos los jueces son elegidos a través de un proceso de selección de méritos por un comité de nominación. Los jueces están sujetos a elecciones de retención por términos adicionales. VERMONT: Todos los jueces son elegidos a través de un proceso de selección de méritos por un comité de nominación por períodos de seis años. Los jueces son retenidos por un voto de la Asamblea General por períodos adicionales de seis años. VIRGINIA: Todos los jueces son designados por la legislatura. Los jueces de la Corte Suprema son seleccionados por 12 años, mientras que los jueces de primera instancia son seleccionados por ocho años. La legislatura vuelve a nominar a los jueces para los términos adicionales. WASHINGTON: Todos los jueces son seleccionados en elecciones no partidistas. Los jueces de los tribunales de apelación son elegidos por períodos de seis años, mientras que los jueces de los tribunales superiores son elegidos para períodos de cuatro años. Los jueces son reelegidos por términos adicionales. WEST VIRGINIA: Todos los jueces son seleccionados por elección partidista. Los jueces de la Corte Suprema son elegidos por 12 años, mientras que los jueces de los tribunales de circuito son seleccionados por períodos de ocho años. Los jueces son reelegidos por términos adicionales. WISCONSIN: Todos los jueces son seleccionados por elección no partidista. Los magistrados de la Corte Suprema son elegidos para mandatos de diez años, mientras que los jueces de primera instancia son elegidos para mandatos de seis años. Los jueces son reelegidos por términos adicionales. WYOMING: Todos los jueces son elegidos a través de un proceso de selección de méritos por un comité de nominación por un año. Los jueces están sujetos a elecciones de retención por términos adicionales. Conf. Choi, Stephen J., Gulanti, Mitu G. y Posner, Erin A., Professionals or politicians: The uncertain empirical case for an elected rather than appointed judiciary, John M. Law & Economics working paper N° 357 (2° serie), The Law School, University of Chicago, Agosto 2007. Disponible en http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1388&context=law_and_economics. También ver Conf. Kurtland, Philip B., The constitution and de tenure of federal judges: Some notes from history, 36 University of Chicago Law Review 665, Journal articles, 1969. Disponible en <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3618&context=uclev>.

Domésticamente, para la justicia federal el procedimiento de obtención del nuevo acuerdo del Senado se compone a su vez de dos variables, esto es una nueva vigencia temporal para los nuevos acuerdos del Senado acontecidos luego de los 75 años –cinco años- y un procedimiento propiamente dicho. Ambos aspectos no lucen exentos de complicaciones.

Previo al análisis de estos aspectos realizaremos algunos comentarios contextuales. En primer lugar, para poder analizar dichos elementos resulta necesario incorporarlos dentro de un universo real para poder hacerlos conmensurables. En efecto, 5 años puede constituir muchísimo tiempo o muy poco según el plano de aplicación.

Las causas judiciales, esto es los expedientes que los jueces poseen bajo su jurisdicción tienen una duración promedio que duplica el plazo de 5 años desde que recorre todas las instancias. Por su parte, los procesos de selección de magistrados también suele exceder de dicho plazo temporal. Más allá de que no existan estadísticas oficiales, la praxis y el sentido común de los diversos operadores judiciales no dudan en conformar tales afirmaciones. Lógicamente, hay excepciones.

De este modo, el plazo de 5 años de vigencia del nuevo acuerdo del Senado, que como toda determinación temporal se encuentra sujeta a decisiones legítimas, cuando encuentra contextualización dentro de los propios avatares judiciales y afines, puede mostrarse como exiguo.

Story⁷ (1843:338) afirmó

... la independencia del Poder Judicial es indispensable para defender al pueblo contra las intromisiones voluntarias o involuntarias de los poderes legislativo y ejecutivo... Si los jueces son nombrados por cortos períodos, ya sea por el departamento legislativo, sea por el ejecutivo, serán ciertamente dependientes del poder que los nombra. Si desean tener un cargo o conservarlo, estarán dispuestos a seguir el poder predominante en el Estado y a obedecerlo. La justicia será administrada por una mano deficiente, decidirá conforme a las opiniones del día y olvidará que los preceptos de la ley descansan sobre bases inmutables. Los Gobiernos y los ciudadanos no combatirán entonces con armas iguales delante de los tribunales. Los favoritos del día incidirán por su poder, o seducirán por su influencia. Así tácitamente desaprobado y abiertamente violado este principio fundamental de toda república, que es un gobierno por la ley y no por los hombres...

En particular, cabe citar a Wilson quien participó por el Estado de Pensilvania en la convención de 1787: “la servil dependencia de los jueces, que son designados y quizás redesignados después de cinco o siete años, como ocurre en los estados que no ha adoptado prudentes provisiones en este aspecto, pone en peligro la libertad y la propiedad de los ciudadanos...” (Elliot, 1827)⁸.

⁷ Story, Josheph, *Commentaire sur la Constitution Fédérale des Etats-Unis*, t. II, N° 877, págs. 338 y 339, edición francesa traducida por Paul Odent, Joubert, Libraire de la Cour de Cassation, Paris, 1843. Citado por el Dr. Vazquez, en su voto en la causa “Iribarren” ya citada.

⁸ “The servile dependence of the judges, in some of the states that have neglected to make proper provision on this subject, endangers the liberty and property of the citizen; and I

En el extremo opuesto, basta también recordar a Jefferson que expresó
Que los nombramientos futuros de los jueces sean por cuatro o seis años, y renovables por el Presidente y el Senado. Esto llevará su conducta, en períodos regulares, a revisión y libertad condicional, y podrá mantenerlos en equilibrio entre los gobiernos generales y especiales. Hemos errado en este punto, copiando Inglaterra, donde ciertamente es bueno tener a los jueces independientes del rey. Pero hemos omitido copiar su cautela también, lo que hace que un juez sea removible en la dirección de ambas Cámaras legislativas. Que haya funcionarios públicos independientes de la nación, cualquiera que sea su demérito, es un solecismo en una república, del primer orden del absurdo y la inconsistencia.”⁹.

Desde esa perspectiva, si un magistrado se encuentra en condiciones de cumplir adecuadamente sus funciones luego de los 75 años, no habría motivo para sujetar su mandato por un plazo y exponer el ejercicio de su función a una renovación periódica durante el mismo.

En decir, superado al análisis de que el establecimiento de un límite etario no afecta la garantía de inamovilidad, cabe consultarse el concreto motivo a través del cual luego de acaecido dicho hecho –edad 75 años– se someta a un juez a que transite la instancia de control político cada 5 años, en un procedimiento que, como seguidamente analizaremos, carece de anclajes objetivos.

Por otro lado, el siguiente componente –el procedimiento propiamente dicho– no cuenta con elementos mínimos de análisis. En efecto, la falta de establecimiento de plazos para estos aspectos, sobre todo en lo relativo al status jurídico que poseen los jueces que se encuentren con 75 años cumplidos y tramiten el acuerdo, también impide ponderar si el plazo de vigencia de 5 años resulta razonable.

apprehend that, whenever it has happened that the appointment has been for a less period than during good behavior, this object has not been sufficiently secured; for if, every five or seven years, the judges are obliged to make court for their appointment to office, they cannot be styled independent. This is not the case with regard to those appointed under the general government; for the judges here shall hold their offices during good behavior. I hope no further objections will be taken against this part of the Constitution, the consequence of which will be, that private property, so far as it comes before their courts, and personal liberty, so far as it is not forfeited by crimes, will be guarded with firmness and watchfulness”.

⁹ “Let the future appointments of judges be for four or six years, and renewable by the President and Senate. This will bring their conduct, at regular periods, under revision and probation, and may keep them in equipoise between the general and special governments. We have erred in this point, by copying England, where certainly it is a good thing to have the judges independent of the king. But we have omitted to copy their caution also, which makes a judge removable on the address of both legislative Houses. That there should be public functionaries independent of the nation, whatever may be their demerit, is a solecism in a republic, of the first order of absurdity and inconsistency”. Carta de Thomas Jefferson a William T. Barry, del 2 de julio de 1822. Disponible en <http://www.constitution.org/tj/jeff15.txt>

Según el artículo 99, inciso 4º, tercer párrafo, se trata de una atribución del Poder Ejecutivo Nacional la de solicitar el acuerdo del Honorable Senado de la Nación para el nombramiento de los magistrados, ya sea para su nombramiento “originario” como para la renovación una vez cumplidos los quince lustros.

A modo de ejemplo, puede citarse que mediante el decreto 222/2003 se estableció el “Procedimiento para el ejercicio de la facultad que el inciso 4 del artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina le confiere al Presidente de la Nación para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, norma atributiva de competencia que, además, fue invocada en los decretos n° 238 y 250/2017.

La norma en comentario no prescribe plazos para elegir ni para enviar el pliego del candidato escogido al Senado e incluso puede solicitarse el retiro del pliego cuando se trata de nombramientos “originarios”. El margen de discrecionalidad, como puede apreciarse, es amplio.

De este modo, cabe interrogarse sobre el órgano competente para regular en la materia, toda vez que la constitución otorga específicas atribuciones tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo. Empero, como indicamos antes, fue presentado un proyecto de ley con ese objeto.

Por otra parte, la expresión “un nuevo nombramiento será necesario” comporta el análisis del momento al partir del cual el magistrado pierde su oficio. Y a partir de ello surgen los siguientes interrogantes ¿Qué órgano es el que establece la necesidad de ese nombramiento? ¿Deben los jueces, al cumplir 74 años, por caso, requerir al Poder Ejecutivo un nuevo nombramiento? ¿Tiene que hacerlo el propio Presidente ante cada juez que se aproxime al límite etario?¹⁰

Estos interrogantes parecen afectar la garantía de independencia judicial¹¹ y que los magistrados terminan con relaciones intensas con los otros poderes del Estado.

En efecto, existe incertidumbre en lo que acontece al momento de cumplirse la edad por parte del magistrado, toda vez que inicia un procedimiento sin plazos y sin obligaciones establecidas por parte de los órganos del Estado involucrados. A su vez el magistrado posee un derecho constitucionalmente reconocido a que el Estado se exprese y por lo tanto hasta tanto ello acontezca deberá realizar todas las actividades para la evitar la frustración de sus derechos (v.gr. oponerse al llamado al concurso para la cobertura de esa vacante aún no efectivizada). En este sentido, también hace a la garantía de inamovilidad el hecho de que deben mantener su cargo hasta tanto sean legalmente apartados¹².

¹⁰ Tal como, ya se dijo, realizó el camarista Edmundo Hendler, del fuero penal económico. Presentaciones de un tenor similar fueron efectuadas por Ricardo Bustos Fierro, juez federal con competencia electoral de Córdoba; y los camaristas civiles Eduardo Zannoni y Mauricio Mizrahi (causa CAF 4.592/2017), según informa La Nación on line. <http://www.lanacion.com.ar/2013040-cuatro-jueces-piden-quedarse-despues-de-los-75-anos>.

¹¹ Un punto de vista similar exhibió unos días atrás Ibarlucía, Emilio A., en “¿Habría ‘jueces mantenidos en sus cargos’?”, La Ley, diario del 6 de abril del año en curso.

¹² Al respecto se registra un particular precedente en la Corte norteamericana. Se trata del caso

Consecuentemente se genera la dudosa paradoja de relacionar sistemáticamente al magistrado mayor de 75 años con los poderes políticos de turno en el marco de un procedimiento periódico y aún no reglado, motivos que justificarían dudas sobre afectaciones al principio de división de poderes, la forma republicana de gobierno y de los postulados básicos de cualquier Estado de Derecho.

Algo similar aconteció en la causa “Iribarren” (Causa I.90.XXIV, 1999). En ese causa, un magistrado provincial llevó ante la Corte Suprema un planteo de índole constitucional cuyo argumento central reposaba en que la constitución provincial no prescribía un modo de cese automático de la función como juez sino que de manera mucho más grave la dejaba al arbitrio del Poder Ejecutivo Provincial toda vez que la vinculaba con el cumplimiento de las condiciones para obtener una jubilación ordinaria. La respuesta del Alto Tribunal fue la siguiente:

corresponde advertir que la norma impugnada presenta –con relación a aquella–, una diferencia de carácter sustancial. En efecto, de modo ajeno al contenido del art. 9, inc. 4 de la Ley Fundamental, el art. 88 de la Constitución provincial hace cesar la condición de inamovilidad del cargo para el magistrado que cumple 65 años, cometiéndolo sine die, a permanecer en la función –con pérdida de un atributo indispensable para su debido cumplimiento, con un carácter precario, sujetando este estado al exclusivo arbitrio del Poder Judicial... (el resaltado es del original).

Y esta paradoja compleja también parece tener inconvenientes frente al diseño histórico de esta garantía. En efecto, la garantía de inamovilidad, que excede la discusión relativa al establecimiento de un límite temporal al cargo, también repercute tanto en la valoración de las condiciones objetivas en la ejecución de la función como en las restricciones en las etapas de intervención de los poderes más políticos del Estado.

En efecto, conforme indica Cramton (2007), en referencia al sistema norteamericano, la Constitución provee solo un único mecanismo a través del cual las áreas más políticas (el poder ejecutivo y el legislativo) pueden influir en el Poder Judicial, esto es en el proceso de selección, donde los candidatos son nominados por el Presidente y confirmados mediante el consejo y consentimiento del Senado. Otros autores también señalan un segundo mecanismo de control político, que es el *impeachment*, de modo tal que se tratan de las instancias de ingreso y eventual egreso forzoso de la función (Kurtland, 1969).

Por su parte, como sostenía Hamilton (2007) en referencia a la independencia del poder judicial, *la tenencia del oficio es una de las cualidades esenciales*, motivo por el cual no es posible afectar el ejercicio de la función del cargo si no es de modo definitivo. Ello resulta tan claro que incluso en los Estados Unidos de Norteamérica, donde aún se mantiene el carácter vitalicio para los jueces federales, los debates en torno al estableci-

“Chandler v Judicial Council” 398 U.S. 74 (1970), donde en un fallo dividido, dicho tribunal entendió que la suspensión provisional en la asignación de nuevos casos no afectaba la garantía de inamovilidad. Disponible en <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/398/74>. Criterio no definitivo en atención a las particularidades del caso y a la votación dividida.

miento de límites temporales o etarios no contemplan el procedimiento de renovación (Carrington, 2005).

De este modo una eventual regulación en la especie debería ponderar los extremos indicados.

El test de convencionalidad sobre la ecuación trinómica

A partir de esta comprensión, estas variables producen efectos sobre las garantías de los magistrados y de los ciudadanos, aspectos que también merecen ser ponderados en el marco de los Derechos Humanos reconocidos a través de los instrumentos internacionales. La Convención Constituyente resolvió que la forma válida para modificar la duración vitalicia del cargo de magistrado es una fórmula con tres factores: límite etario más posibilidad de renovación del acuerdo del Senado y una cláusula suspensiva. La selección de cada uno de esos factores de la ecuación, que deben considerarse un todo inescindible, en virtud del nuevo estándar de deferencia se encuentra exenta de control judicial.

El examen de la eventual y, como se vio, hasta ahora, anómica y discrecional, renovación del acuerdo, en los términos que se encuentra establecida, produce serias dudas sobre su constitucionalidad porque estaría sometiendo a los magistrados a una incertidumbre que afectaría la garantía suindependencia, con efecto reflejo sobre restantes Derechos Humanos de rango constitucional.

Efectivamente, dentro de este especial eje internacional, cabe señalar que reconocida la posibilidad de realizar un control judicial, ello conlleva de modo inherente el contraste con el resto del texto constitucional y particularmente el ejercicio del denominado control de convencionalidad.

Dentro de este último tópico, cabe abordarlo desde una múltiple dimensión, esto es los derechos y garantías internacionalmente reconocidas para el desarrollo de la persona dentro de un Estado. Así, se despliegan instrumentos reconocidos para la tutela de la independencia judicial *per se*, para el adecuado desarrollo del servicio de justicia respecto de los personas y finalmente aspectos vinculados con la dignidad humana donde el magistrado como persona es centro.

La afectación reseñada recae tanto el derecho de defensa en juicio como la tutela judicial efectiva, reconocidos en el art. 18 de la Constitución Nacional y en los artículos 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este sentido también la Corte Interamericana se ha encargado de resaltar que los magistrados cuentan con garantías especiales como reflejo de la independencia necesaria del Poder Judicial, aspecto que dicho tribunal ha entendido como “*esencia para el ejercicio de la función judicial*”.¹³

El objetivo central de esta protección diferenciada se vincula con la necesaria defensa del sistema judicial y de sus integrantes contra eventuales sometimientos o restricciones in-

¹³ Caso “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C N° 107, pág. 171. También Caso “Palamara Iribarne Vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135, pág. 145.

debidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al propio Poder Judicial. No debe dejar de ponderarse que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) publicó en el año 2013 un informe denominado “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas”, estudio que parte de la comprensión de que la vigencia de los derechos y libertades en un sistema democrático requiere un orden jurídico e institucional en el que las leyes prevalezcan sobre la voluntad de los gobernantes y los particulares, y en el que exista un efectivo control judicial de la legalidad de los actos del poder público.

En dicho informe se expresa

La duración del nombramiento del cargo de un operador de justicia constituye un corolario de su independencia. Un período de duración definido y suficiente permite al operador de justicia contar con la estabilidad necesaria para realizar con independencia y autonomía sus labores sin presiones ni temor de estar sujeto a una confirmación o ratificación posterior. La Comisión Interamericana comparte con el Relator Especial de la ONU que el nombramiento para mandatos de corta duración debilita el sistema de justicia y afecta a la independencia y el desarrollo profesional. En ese sentido, los períodos más prolongados, especialmente para los cargos de magistrados de las Altas Cortes, Defensor o Defensora General y Fiscal General, sin estar sujetos a una reelección, favorecen ampliamente la estabilidad en sus cargos y, en esa medida, su independencia. La CIDH es de la opinión que es deseable un único nombramiento por un período determinado que asegure la permanencia en el cargo por el tiempo o condición señalada para el o la operadora de justicia. Sin embargo, la Comisión ha observado que en la región existen diferentes factores que dificultan que el nombramiento tenga la duración en la forma indicada. Entre los problemas que son comunes en la región y que a continuación analizará la CIDH se encuentran: a) la reelección de las y los operadores de justicia; b) cargos interinos o en provisionalidad y libre nombramiento y remoción y c) los períodos de prueba (Naciones Unidas, 2009:54).

Por su parte, en lo relativo a la reelección y ratificación en el cargo, expresa que

La Comisión ha observado como un factor de fragilidad en la independencia de jueces y magistrados, la posibilidad jurídica de ser sujetos a una confirmación posterior para permanecer en el cargo, o bien, de ser reelectos. El ex Relator sobre la Independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, ha indicado que la anterior práctica “afecta la independencia y el desarrollo profesional de jueces y magistrados y es contraria a los estándares internacionales en la materia (ONU, 2009:57).

Al respecto, la Comisión IDH considera que es preferible que las y los operadores no estén sujetos a procedimientos de reelección¹⁴ o ratificación, especialmente cuando la

¹⁴ Así lo ha recomendado por ejemplo, la Relatora Especial de Naciones Unidas respecto de los fiscales. Ver Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados. A/HRC/20/19, 7 de junio de 2012, párr. 65.

posibilidad de confirmar en el cargo o no al operador de justicia puede ser discrecional. En este sentido, como lo ha señalado el Relator Especial de la ONU, se podría favorecer la reelección automática de magistradas y magistrados, en los Estados en donde se prevé la reelección, a menos que exista una falta grave debidamente establecida por un proceso disciplinario que respete todas las garantías de un juicio justo (ONU, 2009). La Comisión IDH considera que además de lo problemático que podría resultar la discrecionalidad en un sistema de reelección o ratificación, un operador de justicia que pretenda ser reelegido o ratificado en sus funciones, corre el riesgo de comportarse de tal modo que obtenga el apoyo de la autoridad encargada de tal decisión, o de que su comportamiento se perciba de este modo por los justiciables (Comisión de Venecia, 2011). La Comisión IDH considera que adicionalmente a lo indicado, a efecto de fortalecer la independencia en tales procesos resultaría conveniente que el período para el cual es designado un operador de justicia no sea interferido por los cambios de gobierno y que no coincida con los períodos de las legislaturas.

Por su parte, en la nota número 158 de dicho informe se resalta

Sobre lo problemático que pueden resultar a la independencia aquellos sistemas que contemplan la reelección por parte de los parlamentos, la CIDH recibió información de Costa Rica sobre el artículo 158 de la Constitución conforme al cual corresponde al Poder Legislativo elegir a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y reelegirlos para períodos iguales. Según la información recibida por la CIDH el 15 de noviembre de 2012, la Asamblea Legislativa de Costa Rica decidió no reelegir en el cargo al magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Fernando Cruz Castro. Según lo informado era la primera vez que, en Costa Rica, un magistrado de la Corte Suprema no era renovado en el cargo y las razones públicas que se expresaron por los miembros de la Asamblea hacían referencia a las decisiones tomadas por la Sala Constitucional y a la intención del legislativo de “reivindicar a la Asamblea Legislativa como primer poder de la República” y de hacer “un llamado de atención” a la Corte por sus decisiones.

Pero también dicho informe se expresa sobre la provisionalidad de las y los operadores de justicia que resulta de aplicación en la especie:

La Comisión considera que la provisionalidad indefinida y en ausencia de garantías de estabilidad para un operador de justicia conlleva el riesgo de que tome sus decisiones sólo con el objeto de complacer a la autoridad de la cual depende la renovación de su nombramiento o permanencia en el cargo, generando por lo tanto, una duda objetiva sobre la posibilidad efectiva de que puedan participar de manera independiente en los procesos, sin temor a represalias (Comisión de Venecia, 2011:37).

Por otro lado, el Artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a)...

ii) *Condiciones de existencia dignas para ellos* y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;... c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro

de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad (PIDESC, 1966)

Es que cabe analizar hasta qué punto el procedimiento de renovación periódico en tan breve plazo resulta ajustado a la alta dignidad que corresponde a los magistrados, quienes deben poseer intactas sus garantías para poder ejercer adecuadamente sus funciones.

Asimismo cabe analizar un prisma adicional vinculado con la progresividad de la reforma en cuestión.

El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que

Los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (CA, 1969)

A su vez, el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) prescribe que

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (PIDESC, 1966).

Por su parte, el Artículo 1° del Protocolo de San Salvador establece que

Los Estados parte en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

De este modo en materia de DESC, los Estados deben adoptar medidas tanto de orden interno como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, en especial económica y técnicamente, hasta el máximo de los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos reconocidos (PIDESC, artículo 2; Protocolo de San Salvador, artículo 1).

Corresponde definir, siguiendo a la doctrina, los aspectos genéricos o generales de dicho principio. Así se sostiene que

La progresividad a lo que apunta es al desarrollo y vigorización de los recursos de que dispone la persona para hacer efectivo el respeto a ese deber jurídico a cargo de los Estados. Precisamente, por tratarse de un deber cuyo cumplimiento es inmediatamente

exigible, se han conjugado diversos factores para arbitrar medios cada vez más eficaces para reclamar su cumplimiento.¹⁵

Por ello la progresividad indica al mismo tiempo un mandato de gradualidad y de no reversibilidad en la actuación del Estado y está lejos de ser un permiso para dilatar la efectividad de los derechos consagrados (Abramovich, 2002:92).

En consecuencia el principio de progresividad constituye el aspecto positivo de la obligación del Estado de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. A su vez, el Estado asume también una obligación de naturaleza “negativa” -principio de no regresividad- que consiste en una prohibición de adoptar normas jurídicas cuya aplicación afecte el nivel de protección ya adquirido.

Así, la obligación asumida por el Estado al respecto es de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar medidas, y, por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora “progresiva”.

Por todo ello, una vez reconocidos los derechos humanos como inherentes a la persona, surge una serie de consecuencias como son: reconocimiento de los derechos humanos por parte del Poder Público, en un Estado de Derecho o constitucional, la universalidad de esos derechos, la transnacionalidad o su internacionalización, la irreversibilidad, lo cual nos lleva a aseverar que no puede existir en esa materia relativismos ya que la inviolabilidad debe ser respetada y garantizada, así como la progresividad; por lo tanto está implícita la prohibición de la regresividad de los derechos y garantías constitucionales.

En la inteligencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la noción de derechos humanos comprende derechos civiles, económicos, políticos, sociales y culturales, tratándose de derechos y no de simples expectativas, por lo que el largo recorrido de los análisis sobre exigibilidad o justiciabilidad no hace sino corroborar lo que podía inferirse desde el principio, si son derechos, son exigibles (Pinto, 2012:57)

Cabe aclarar que sin que corresponda una plena positivización de un principio general como es la progresividad de los derechos humanos, la Comisión IDH también ha reconocido dicho principio se aplica a todos los derechos consagrados por los instrumentos internacionales. En este sentido expresó que “...Aunque el principio de progresividad se aplica fundamentalmente a los derechos económicos, sociales y culturales, es importante destacar que no se limita a ellos, ya que el desarrollo progresivo es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos...” (CIDH, 1994).

Ahora bien, cuando analizamos el debate de la Convención Constituyente¹⁶ no encontramos fundamento alguno para el establecimiento del sistema de renovación del acuerdo del Senado ni sobre su funcionamiento.

¹⁵ Nikken, Pedro, La protección Internacional de los Derechos Humanos-su desarrollo progresivo-, IIDH, Civitas, Madrid, 1967, pág. 311.

¹⁶ Disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>

De este modo, de la comparación entre el carácter vitalicio y la ecuación trinómica diseñada por la Convención Constituyente surge que ésta última estaría implicando una reducción del estándar de seguridad y afianzamiento de la garantía de inamovilidad de los jueces, es decir, la ecuación trinómica -más allá de los inconvenientes que analizamos en el acápite precedente- no implica necesariamente una mejor realización de los derechos y garantías involucrados. A la postre, también se registra ausencia de fundamentación alguna. Ambos motivos hacen que la modificación incorporada como sustituto del carácter vitalicio del cargo de magistrado sea regresiva y por lo tanto que no supere el test de convencionalidad.

Algunas conclusiones preliminares

El objeto del presente trabajo se relaciona con realizar preliminares análisis sobre la validez de la reforma operada en 1994 al sistema vitalicio de los cargos de magistrados federales.

Para tal análisis empleamos los vigentes y actuales estándares de deferencia sobre la labor de la Convención Constituyente, y en particular los aplicamos a la elección de la fórmula que seleccionó dicha convención para reemplazar el carácter vitalicio de dicha función. Por ello la selección de los factores que se realizó no fue objeto de crítica.

Ahora bien, la legalidad y razonabilidad de cada uno de esos tres factores corren por cuerda separada, operatoria conforme también con dichos estándares de referencia. Es decir, así como la Corte Suprema ingresó en el análisis de la validez del establecimiento de un límite etario, en este trabajo ingresamos en el mismo análisis respecto del procedimiento para la obtención de un nuevo acuerdo del Senado de aquellos magistrados que cumpliesen 75 años.

Para tal análisis ponderamos el período y el ciclo permanente establecido de manera conjunta con los eslabones que se establecen para su obtención a la luz de criterios de razonabilidad, y legalidad constitucional y convencional.

De este modo, la ecuación trinómica, con factores inescindibles, evaluada por la Convención Constituyente de 1994 como sustituto válido para reemplazar el carácter vitalicio de los cargos de los magistrados sin afectar las garantías constitucionales, parece contener un componente inválido que termina por nulificar la totalidad de la modificación dispuesta.

Si bien este aspecto no fue tratado por nuestro Máximo Tribunal en las causas “Fayt” y “Schiffrin” citadas, cabe indicar que actualmente se encuentra en trámite una causa que posee cierta similitud. Se trata de la causa F.880.XLIII, autos “Federación Argentina de la Magistratura y otra c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, en donde la actora plantea la inconstitucionalidad del artículo 156, primer párrafo, de la Constitución local (según texto reformado y sancionado en 1998, B.O. del 22/4/98) y cuestiona ese precepto en cuanto establece que “*Los Jueces de la Corte de Justicia son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado prestado en sesión pública. Duran seis años en sus funciones pudiendo ser nombrados nuevamente*”, para ello destaca que con anterioridad a la reforma del año 1998, la Constitución provincial limitaba ese sistema pues disponía que frente a una segunda designación en el cargo los jueces de la

Corte adquirirían la inamovilidad (artículo 152 del texto constitucional aprobado en 1986) y sostiene que el régimen actual de designación periódica de los integrantes del máximo tribunal provincial afecta la garantía de independencia del Poder Judicial al resultar incompatible con el principio de inamovilidad de los jueces y, por ende, viola en forma directa, según afirma, los artículos 1°, 5°, 18, 31, 75, inciso 22 y 110 de la Constitución Nacional, como así también el Preámbulo, cuando éste se refiere al objetivo de “afianzar la justicia”, y el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De este modo, la Corte Suprema cuenta en la actualidad con un expediente que, dependiendo como se resuelva, podría llegar a finiquitar cualquier cuestionamiento sobre el particular. Nuevamente nuestro Máximo Tribunal, mediante el uso de su jurisdicción constitucional más eminente, tendrá la posibilidad de arrojar luz sobre el asunto que comentamos que, como vimos, genera más incertidumbres que certezas.

Bibliografía

Banco Interamericano de desarrollo. (20069. *La política de las Políticas Públicas*. Progreso económico y social en América Latina, informe 2006, Ed. Planeta. Disponible en https://books.google.com.ar/booksid=JTFTbtMa75MC&pg=PA92&lpg=PA92&dq=el+cargo+vitalicio+de+los+jueces&source=bl&ots=Jg_9yPIkuv&sig=2ETsIb-64PIZ8w_2vFPvFi8EWfK&hl=es

Blackstone, William. (1753). *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, vol. 1. Disponible en http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v6.0.pdf
Calabresi, Steven (S/A). *Term limits for the Supreme Court: Life tenure reconsidered*. Disponible en http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol29_No3_Calabresi_Lindgren.pdf

Conf. Carrington, et al. (2005). *The Supreme Court Renewal Act: A Return To Basic Principles*. Disponible en <http://zfacts.com/metaPage/lib/2005-SUPREME-COURT.pdf>. También ver Calabresi, Steven G. y Lindgren, James, *Term limits for the Supreme Court: Life tenure reconsidered*.

Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (2011). Informe sobre las normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial: Parte II – el Ministerio Público. Adoptado por la Comisión de Venecia en su 85a reunión plenaria.

Kurtland, Philip B. (1969). *The constitution and de tenure of federal judges: Some notes from history*, 36 University of Chicago Law Review 665, Journal articles, 1969. Disponible en <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3618&context=uclev>

Cramton, Roger. (2007). C., *Reforming the Supreme Court*, Cornell Law Faculty Publications, Paper 1211. Disponible en <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2216&context=facpub>

CSJN, Iribarren, *Casiano Rafael c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de certeza*. Causa I.90.XXIV.

CSJN, *Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*. Causa CSJ 159/2012 (48-S) ICSL, autos.

Dalla Vía, Alberto. (S/A). “¿Cambió la jurisprudencia o la cuestión sigue abierta?”, diario *La Ley*.

Elliot, Jonathan (1827). *The Debates in the Several State Conventions of the Adoption of the Federal Constitution*, vol. 2. Disponible en <http://oll.libertyfund.org/titles/elliott-the-debates-in-the-several-state-conventions-vol-2>.

Pinto, Mónica (2012). *Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano*. Avances y desafíos actuales, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 56, julio-diciembre 2012, San José, Costa Rica.

Teitelbaum, Joshua. (2006). C., *Age and tenure of the justices and productivity of the U.S. Supreme Court: are term limits necessary?*, 34 Fla. St. U.L. Rev. 161-181, 2006. Disponible en <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1601&context=facpub>