

*Un hito más en el devenir republicano y democrático de Argentina**

Por Luis A. Porcelli

1. Introducción

El 16 de diciembre de 2021 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en los autos “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/EN -ley 26.080- dto. 816/99 y otros s/proceso de conocimiento” (en adelante “Colegio de...”), objeto de este trabajo.

Los sentenciantes fueron los ministros Horacio Daniel Rosatti, Juan Carlos Maqueda, Carlos Fernando Rosenkrantz y Ricardo Luis Lorenzetti quienes, en forma unánime, declararon la inconstitucionalidad de los arts. 1° y 5° de la ley 26.080, con el fundamento en que dichas normas no respetan el “equilibrio” en la representación exigida por los arts. 114 y 115 de la Const. nacional para la integración del Consejo de la Magistratura de la Nación y del Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados.

La mayoría, compuesta por los tres primeros antes nombrados, se expidieron además sobre otras consideraciones derivadas como necesarias de la aludida declaración de inconstitucionalidad¹; el doctor Lorenzetti dejó constancia de su disidencia parcial a las demás consideraciones² y propuso así otra solución, que la mayoría no aceptó.

El decisorio recogió explícita e implícitamente, la doctrina de sentencias anteriores de la misma Corte, con lo que quedó acreditado una continuidad de los criterios generales adoptados para la cuestión.

* Bibliografía recomendada.

¹ La parte resolutive en lo que acá interesa, es del siguiente tenor: “I. Declarar la inconstitucionalidad de los arts. 1° y 5° de la ley 26.080 y la inaplicabilidad del art. 7°, inc. 3°, de la ley 24.937 (texto según ley 26.855), de los arts. 6° y 8° de la ley 26.080, así como de todas las modificaciones efectuadas al sistema de mayorías previsto en la ley 24.937 (texto según ley 24.939). II. Exhortar al Congreso de la Nación para que en un plazo razonable dicte una ley que organice el Consejo de la Magistratura de la Nación. III. Ordenar al Consejo de la Magistratura que, dentro del plazo máximo de ciento veinte (120) días corridos contados desde la notificación de la presente sentencia, disponga lo necesario para la integración del órgano, en los términos de los arts. 2° y 10 de la ley 24.937 (texto según ley 24.939). Transcurrido dicho plazo sin que se haya completado la integración mencionada, los actos dictados por el Consejo de la Magistratura serán nulos. Desde la notificación de la sentencia y hasta tanto el Consejo cumpla con este mandato o hasta el vencimiento del plazo de ciento veinte (120) días corridos referido, lo que ocurra primero, regirá el sistema de la ley 26.080... V. Declarar que conservarán su validez los actos cumplidos por el Consejo de la Magistratura, de conformidad con lo expuesto en el considerando 17, punto 5”.

² El decisorio del doctor Lorenzetti, en lo sustancial de su disidencia, es del siguiente tenor: “I. Declarar la inconstitucionalidad de los arts. 1° y 5° de la ley 26.080; II. Exhortar al Congreso de la Nación para que en un plazo razonable dicte una ley que organice el Consejo de la Magistratura de la Nación en los términos de los considerandos 15, 17 y 19; III. Declarar la validez de los actos cumplidos por el Consejo de la Magistratura durante la vigencia de la ley 26.080”.

A ello se agrega que todos los jueces hicieron referencia especial a dos precedentes propios dictados con otra composición de los miembros de la Corte, en los que se trajeron al debate cuestiones con similitudes mas no iguales, a las tratadas en la sentencia en examen.

El primero fue del 18 de junio de 2013, autos “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo el Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar”³; y el otro, se decidió el 6 de marzo de 2014 en los autos: “Monner Sans, Ricardo c/EN -Secretaría General Presidencia y otros s/amparo ley 16.986”, en adelante “Rizzo” y “Monner Sans” respectivamente; en este último se desestimó la cosa demandada (declaración de inconstitucionalidad de la ley 26.080) por incumplimiento de argumentación suficiente de la vía recursiva incoada⁴.

2. Posiciones contradictorias

Este plexo de pronunciamientos antes descriptos derivaron en posiciones contradictorias (de adhesiones y de críticas⁵); implica tanto su estimación técnico-jurídica

³ El tenor de lo pertinente de la parte dispositiva de dicho decisorio es el que sigue: “I. Declarar la inconstitucionalidad de los arts. 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855, y del decreto 577/13. II. Declarar la inaplicabilidad de las modificaciones introducidas por la ley 26.855 con relación al quórum previsto en el art. 7º, al régimen de mayorías y a la composición de las comisiones del Consejo de la Magistratura, de conformidad con lo previsto en el art. 29 de dicha ley. III. Disponer que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables, mantendrá su vigencia el régimen anterior previsto en las leyes 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080. IV. Dejar sin efecto la convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros de la magistratura representantes de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico establecida en los arts. 18 y 30 de la ley 26.855 y en los arts. 1º, 2º, 3º y concordantes del decreto 577/13”. Los jueces que lo dictaron fueron los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos S. Fayt, Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Enrique S. Petracchi (por su voto) y Carmen M. Argibay (por su voto). La única disidencia fue la articulada por el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni quién sostuvo: “de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora General en cuanto al fondo de la cuestión planteada, se hace lugar al recurso extraordinario por salto de instancia presentado por el Estado nacional y se resuelve revocar la sentencia apelada” y, por lo tanto, estimó constitucional las normas impugnadas.

⁴ Los jueces Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos S. Fayt, Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Enrique S. Petracchi, Carmen M. Argibay (por su voto) y Eugenio Raúl Zaffaroni (por su voto) resolvieron: “habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara improcedente el recurso extraordinario”. Se esgrimió como una de las razones decisivas de la improcedencia, la defectuosa fundamentación y crítica de lo recurrido.

⁵ Al respecto cabe mencionar, incluso a título de mero ejemplo y sin perjuicio de otras manifestaciones, los artículos publicados en “La Ley” el 30 de diciembre de 2021 titulados: a) “La constitución y el Consejo de la Magistratura” del doctor Juan Vicente Sola, quién sostiene: “Considero a este fallo como un gran paso hacia la independencia de la Justicia y la consolidación del Estado de derecho”, y b) “Groucho Marx, la musa de los ministros. O como los fallos de la Corte tienen la forma del agua” del doctor Cristian H. Caminos el que en sus conclusiones asevera: “creemos haber demostrado que tanto en 2014 como en 2021 la Corte resolvió un planteo esencialmente idéntico; más las respuestas que dio fueron diametralmente opuesta... un tribunal que se habitúa a ser muy débil con los fuertes (basta con repasar su doctrina de los gobiernos de facto..., en un arco que inicia en 1865 –‘Martinez Otero’– y pareciera culminar en 1979 –‘Timerman’– y muy fuerte con los débiles (su uso y abuso del certiorari exime de mayor comentario); no es un dato que pueda ser soslayado”. Es destacable que esta crítica se sustenta en la premisa errada de la existencia de resoluciones antagónicas ante planteos idénticos traídos a la decisión; en efecto y cómo surge del tenor de los fallos, las cuestiones en debate no han sido idénticas como tampoco iguales. Además, la crítica se extiende sin dar fundamentos, a la

del tema –sobre el que se volverá– como la importancia del Poder Judicial dentro del sistema republicano en su rol específico regulado por la Constitución Nacional; más ello no agota el examen de sus consecuencias y derivaciones en otros aspectos, esencialmente en el histórico, en el político y en el social, por lo que su estudio sería insuficiente si se los omitieren⁶.

Desde el ángulo metodológico para la mejor comprensión de los hechos, debe resaltarse que la “causa” ocupa el primer lugar en una determinada serie de acontecimientos; el comienzo viene después.

Por “causa” se entiende las condiciones que influyen con antelación en nuestros objetivos y razones y el “comienzo” sólo a las acciones inmediatas que pueden provocar una situación indeseable o crítica. Desde el punto del factor humano, la “motivación última” (explícita o implícita) es la que provoca las conductas reprochables por sus consecuencias dañosas; por ello, las normas para evitar que se consumen, las reprueban, incluso en su mera intencionalidad, ya que su detección temprana es una condición sine qua non para prevenirlas.

Lo sentenciado el 16 de diciembre de 2021 tiene causas profundas en el devenir temporal de la Nación, las que fueron intuitas con claridad por los jueces y que los llevaron al afianzamiento institucional que, obviamente, no puede limitarse a meros dogmas formales sino a su enraizamiento con la realidad.

En ese orden de ideas y a mero título de ejemplo, sin dudas existe la posibilidad que muchos funcionarios políticos, elegidos por el sufragio en una república democrática como la Argentina, puedan tener la pretensión y hacer los intentos –sea por vías directas o indirectas– de liberarse de los controles y límites constitucionales en el ejercicio del poder que le fue delegado. En tal sentido, con abuso de las facultades de su

institucionalidad misma de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, negando que los eventuales yerros de sus decisiones en distintos momentos históricos corresponden imputarlos a los miembros que las declararon y no al rol de Tribunal Cívero asignado por la Carta Magna. Un Estado de derecho es inimaginable sin un Tribunal Superior que actúe como decisor último de cuestiones fundamentales y admitiendo también que lo resuelto es criticable lo que en la práctica sucede en todos los países, no sólo en Argentina, cuyo ejemplo más diáfano es la modificación de la jurisprudencia por el cambio de la composición de sus miembros (de esta manera, los últimos no coinciden ni aceptan lo decidido por los anteriores) o cuando en un fallo la minoría disiente, lo que implica una crítica a la posición de la mayoría.

⁶ La independencia del Poder Judicial se afecta y conculca por medio de distintas formas de presión a los magistrados, ejercidas tanto de los Poderes Legislativo y Ejecutivo como de diferentes grupo de interés, que suelen denominarse lobby con sus operadores; se cita en tal sentido el artículo de Federico C. M. Wayar, *El lobby y los tribunales de justicia como 'laboratorios' de conocimiento jurídico*, “La Ley”, 31/3/21, quien, en sus párrafos más significativos, dice: “Un particular punto de vista, en un fenómeno social y político que impacta en la teoría de la decisión judicial: el de la influencia de los factores de poder y los grupos de interés. Ya que en la vida democrática e institucional gravita un fenómeno que vulgarmente se designa con la palabra 'lobby', cuya repercusión es sobre las decisiones judiciales...El lobby es, así, presión, y, por decirlo de algún modo, presión que siempre va en busca de comprimir los núcleos del poder estatal... La ciencia política actual, no puede ser estudiada sin comprender a los grupos de presión y de interés... Baste verificarlo por las acciones públicas de los grupos de interés; y, también, por los actos, no menos públicos, de otros factores de poder, como, por ejemplo, cuando presionan los Poderes Ejecutivos o Legislativos al Poder Judicial... La cuestión fue vinculada, en algunos proyectos de ley, al acceso a la información pública y la transparencia en la toma de decisiones de interés general”; en ese trabajo se hace referencia a otras obras, entre ellas, Germán Bidart Campos, *Grupos de presión y factores de poder*, Bs. As., Peña Lillo Editor, 1961, y Linares Quintana, S.V., *La doctrina de la Corte Suprema sobre amparo de la libertad y de presión*, LL, 92-626.

cargo ya su beneficio por considerarse impunes, intenten desvirtuar tanto las elecciones periódicas como la prohibición de la reelección indefinida⁷; y además, escapar al control del Poder Judicial sobre la actuación legiferante y administrativa.

Esta propensión contraria a las pautas esenciales del republicanismo con democracia, ha encontrado como justificación arbitraria, la predica que una coyuntura de un triunfo electoral (notoriamente circunstancial ante el eventual resultado de los comicios futuros) confiere la facultad de desconocer y violar el orden jurídico-político constituido.

El principal obstáculo que impide tales improcedentes propósitos, resulta la “independencia de los jueces”, especialmente por sus facultades exclusivas y excluyentes de intérpretes últimos de las mandas constitucionales; el pronunciamiento objeto del presente, se inscribe en dicha hipótesis⁸.

3. Independencia del Poder Judicial

De los considerandos de la sentencia en examen surge que todos los Ministros del Tribunal reivindican de manera esencial al Poder Judicial al que pertenecen: a) con la “garantía de su independencia”, y el rol de contrapeso de los otros poderes; b)

⁷ El intento de reelección indefinida, en pugna con las regulaciones constitucionales de cada país, ha llevado a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expidiera por medio de la opinión consultiva n° 28 del 7 de junio de 2021 con relación al pedido que le efectuara la República de Colombia. Sobre el particular cabe la remisión a los trabajos publicados en “La Ley”, el 10/12/21 de Juan Carlos Hitters, *La prohibición de la reelección indefinida. Opinión consultiva 28/21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, dic./21, “Supl. Constitucional” n° 6; de Armando R. Aquino Britos, *Los derechos políticos y la reelección indefinida*, y el 11/2/22, de Susana J. Albanese, *Acerca de los derechos políticos y la reelección indefinida en las funciones públicas*. Se transcribe la parte pertinente de la referida opinión que resulta la doctrina mayoritaria tanto nacional como internacional, tal como se publicara en el primer trabajo nombrado: “en interpretación de los arts. 1°, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Carta Democrática Interamericana, así como otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”, decide por cinco votos a favor y dos en contra que: “2. La reelección indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos ni por el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos; 3. La prohibición de la reelección indefinida es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Carta Democrática Interamericana; 4. La habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. “Los jueces L. Patricio Pazmiño Freire y Eugenio Raúl Zaffaroni (con anterioridad, éste fue juez de la Corte Suprema de Justicia de Argentina y como tal, el único disidente en precedente ‘Rizzo’) votaron en disidencia”. Esta opinión está vinculada indudablemente a lo sucedido con el intento de reelección del expresidente Evo Morales de Bolivia y lo decidido por el Tribunal local de ese país al respecto. Se agrega que las decisiones de la Corte Interamericana “resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino” (CSJN, 23/12/04, “Espósito, M. s/inc. de prescripción”).

⁸ James Madison escribió en el n° 51 de “The Federalist” que los hombres están tan lejos de la redención que la única solución consiste en comparar unas ambiciones con otras y unos intereses con otros: “si los hombres fueran ángeles, no sería necesario ningún gobierno”. La separación de poderes estadounidense se basa en ese severo enfoque de la conducta humana. Los fundadores de la nación estadounidense eran pesimistas constructivos hasta el punto de preocuparse constantemente por lo que podía torcerse en las relaciones humanas.

la de juzgar a los miembros tanto del Poder Legislativo como Ejecutivo, aún durante el ejercicio de sus mandatos y pese que fueron elegidos electoralmente, y c) la de ser intérprete último de la Carta Magna y así decretar la inconstitucionalidad de leyes y actos administrativos. En tal sentido, el instituto del Consejo de la Magistratura fue estimado como sustancial y al sentenciar resolvieron de forma concreta y precisa los problemas y complejidades de su “regulación constitucional”, de su “funcionamiento” y de su “operatividad”. Lo contrario implicaría el “caos” institucional y como derivación del mismo, la anarquía tanto política como social y económica.

Ese actuar independiente incluye el tratamiento y la resolución de las hipótesis de “mal desempeño” de los jueces⁹ que, una vez determinada por la vía institucional, puede dar lugar a que sean sancionados civil y penalmente, incluso con su destitución y remoción con pérdida, de la estabilidad de su cargo.

4. Antecedentes

Lo dicho en el párrafo anterior es producto de un proceso que, en el caso, ha tenido sus inicios en el siglo XIX, más precisamente el 25 de mayo de 1810 y que aún no ha concluido.

Con anterioridad a esa fecha, la autoridad cimera de la población resultaba el rey de España, monarca de carácter absoluto, cuyas decisiones prácticamente no estaban limitadas ni por las leyes ni en los pronunciamientos judiciales; su caída debido a los conocidos sucesos acaecidos en la madre patria, dejó al país sin referencias institucionales últimas y de hecho acéfalo. El virrey, representante del monarca, quedó desplazado y se produjo un vacío del poder político aun cuando subsistieron otras jerarquías sociales (la de los militares, de los terratenientes, del clero, etcétera).

Luego de un oscilante periodo de varios años sin consolidar una autoridad central que sustituyera el gobierno del ex-virreinato, el 9 de julio de 1816 se declaró la independencia de España y de cualquier otra potencia, emergiendo así la nación actual y con ella, la necesidad de la “organización nacional”, en especial, respecto al régimen político a ser adoptado: república democrática (presidencial o parlamentaria, federal o unitaria) o monarquía (absoluta o constitucional)¹⁰; esta tarea quedó a cargo de quienes ejercieron la conducción política de la sociedad, fragmentada con núcleos autónomos en las principales ciudades provinciales. Se destaca que en 1810 se tuvo gobierno propio sin independencia y en 1816 independencia sin gobierno, lo que prueba que la gigantesca obra de la organización nacional estaba en trámite con un largo camino aún para recorrer.

Para el éxito de las propuestas tendientes a centralizar y unificar la organización política del Estado, debían satisfacerse dos consensos esenciales.

⁹ En el Código Civil hoy derogado (ley 340), su autor Vélez Sársfield previó sabiamente la posible arbitrariedad del magistrado en el art. 515, inc. 4º, al regular: “cuando el pleito se ha perdido por error o malicia del juez”; en el Código Civil y Comercial (ley 24.996) se omitió la estimación de dicho vicio indeseable, sin que se dieran razones para ello.

¹⁰ Es muy abundante la bibliografía al respecto; se destaca por el nivel de precisión, de síntesis y de antecedentes, la obra de Natalio R. Botana, *Repúblicas y Monarquías. La encrucijada de la independencia*, Bs. As., Edhasa, 2016.

El primero, dentro del mismo grupo dirigente; en caso de desacuerdo el conflicto se dirimía con enfrentamientos, aún violentos, de una fracción contra otra; y el segundo, una vez establecido el modelo político a ser adoptado, debía predicarse la conveniencia y lograr la aceptación y cumplimiento de sus reglas por los gobernantes y por los gobernados¹¹.

La elite dirigente constituida en el periodo colonial (estamentos sociales de comerciantes, terratenientes, militares, clero, funcionarios de la burocracia, etc.), continuó como tal luego de la independencia tanto por razones de la inercia de las estructuras jerárquicas vigentes que se respetaron como por detentar el “poder real o material”; en sus múltiples aspectos, especialmente el militar con el que monopolizaba la violencia; el problema de la creación y legitimación de la autoridad (relación entre sí de los que gobiernan y de éstos con los gobernados) estaba irresuelto.

Dicha legitimación tuvo como punto de partida sostener que el apartamiento del monarca absoluto, retrovertía su “poder” al pueblo, aun cuando éste no podía ser definido con precisión y tampoco se sabía cómo manifestaba su voluntad de manera concreta.

Fueron entonces múltiples las disputas dentro del periodo previo a la aludida organización nacional, en el que se consumaron y se resolvieron experiencias empíricas por acierto y error, como resultó en forma paradigmática el antagonismo de federales y unitarios confirmando el axioma que conflicto y comunidad, son factores inherentes a la condición humana.

Se sabía que sin límites tanto la monarquía lleva al despotismo como la república democrática a la anarquía; había consenso en adoptar dicho sistema republicano, pero no se lograba acuerdo sobre las facultades y controles de los distintos poderes del Estado, especialmente del Ejecutivo.

Con claras reminiscencias de Maquiavelo, Simón Bolívar sostuvo: “un presidente vitalicio con derecho a elegir al sucesor, es la inspiración más sublime del orden republicano... El presidente nombra al vicepresidente para que administre el Estado y le suceda en el mando... Por estas providencias se evitan las elecciones, que producen el gran azote de las repúblicas”¹²; a su vez, Alberdi enseñó que: “El problema del gobierno posible en la América Española no tiene más que una solución sensata que consiste en elevar a nuestros pueblos... en mejorar el gobierno por la mejora de los gobernados; en mejorar la sociedad para obtener la mejora del poder, que es su expresión y resultado directo... el camino es largo y hay mucho que esperar hasta

¹¹ Sobre los diferentes criterios analíticos en cuanto a la formación del estamento dirigencial cabe mencionar los autores clásicos en el tema: Tulio Halperín Donghi, *Revolución y guerra. Formación de una elite dirigente en la Argentina criolla* y José Carlos Chiaramonte, *Autonomía e independencia en el Río de la Plata, 1808-1810*. Ambos autores acuerdan que aquella que se asumiera como clase dirigente, ante el vacío de poder dejado por la crisis española, tuvo que resolver al mismo tiempo los problemas de su representación, legitimación y de sentar las bases de un Estado moderno y nacional. Halperín asevera que: “la revolución que tanto ha destruido el viejo orden, no ha sido capaz de rehacer según un nuevo plan coherente”, y a su vez Chiaramonte sostiene que los procesos revolucionarios de los primeros años de 1800, no va a ser el resultado de una “nacionalidad argentina”; preexistente que pugnaba por nacer, sino una cadena de eventos que irán determinando el nacimiento de un nuevo orden político inestable.

¹² “Discurso del Libertador al Congreso Constituyente de Bolivia -1825-”, en Simón Bolívar, *Escritos Políticos*, p. 30 y 133.

llegar a su fin... Se atribuye a Bolívar este dicho profundo y espiritual: Los nuevos Estados de la América antes española necesitan reyes con el nombre de presidentes”¹³.

Es así indudable que muchos de los gobernantes electos intentan forzar los límites y controles constitucionales para aumentar su cuota de poder en lo relativo a sus facultades y a los plazos de sus mandatos.

Ese forzamiento se hizo y se hace tanto por medio de la ya aludida y reprochable reelección indefinida (para dilatar o tornar vitalicio el cargo) como por otras vías, aún lícitas (por ejemplo, a través de la reforma de la Constitución en el punto como ocurriera con las modificaciones de 1949 y 1994).

Con referencia a las facultades, se intentan ampliar las mismas más allá de lo regulado, neutralizando el control judicial o al menos, requiriendo su tolerancia con los eventuales excesos; es decir, afectando su independencia y subordinándola a inducciones externas.

De ahí la importancia del manejo político de la regulación del Consejo de la Magistratura.

Desde la época de la independencia en adelante, ocurrieron cambios socio-políticos notables inimaginables en el periodo colonial; se describen los principales¹⁴.

En primer lugar, a diferencia de la monarquía hereditaria se recurrió al “sufragio” como herramienta de legitimación de las autoridades el que, fue y aún es, objeto de manipulaciones y distorsiones con el fin que puedan acceder al poder determinados grupos dirigenciales. Este método introdujo dos variantes fundamentales al régimen monárquico. Una de ellas es la “competencia” entre los grupos que pretenden ejercer el poder político, con ganadores y perdedores en cada elección y de lo que se derivaron los clubes políticos y actualmente el sistema de partidos. La segunda consiste en la “periodicidad” del plazo de los cargos, con lo que descartó el ejercicio por tiempo ilimitado, típico de los reyes; ante este último evolucionan las hipótesis de reelecciones y sus consecuencias en el sistema, ya que es sabido que quién detenta el ejercicio tiene a su favor los recursos del Estado, en especial la propaganda, para ser reelegido¹⁵.

En segundo término, se desarrollaron las “milicias”¹⁶, como una materialización de la ciudadanía armada, lo que dio lugar a una asociación entre el ciudadano en

¹³ Juan B. Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, en el capítulo 12 (Falsa posición de las Repúblicas hispano americanas. La monarquía no es el medio de salir de ella, sino la república posible antes de la república verdadera).

¹⁴ Estos elementos, definitorios para el análisis, han sido expuestos y desarrollados con claridad meridiana y pedagógica, en la reciente obra de Hilda Sabato, *Repúblicas del nuevo mundo. El experimento político latinoamericano del siglo XIX*, Bs. As., Taurus, 2021.

¹⁵ Como una síntesis de la evolución nacional sobre el sufragio puede consultarse, entre muchos otros, el trabajo de Hilda Sabato - Marcela Ternavasio - Luciano De Privitellio - Ana Virginia Persello, *Historia de las elecciones en la Argentina*, Bs. As., El Ateneo, 2015. Analiza el tema desde 1810 hasta el siglo XXI inclusive, bajo los ítems de ciudadanía, participación y democracia.

¹⁶ En Argentina las milicias resultaron necesarias y funcionales ante la ausencia de un gobierno central que controlara el territorio y monopolizara la violencia; sobrevivieron a las guerras de la independencia. Subsistieron, incluso de hecho, hasta principios del siglo XX cuando se consolidó definitivamente las fuerzas armadas nacionales y las provincias perdieron la facultad de organizarlas de

armas y a la vez votante (fenómeno que también se dio en Estados Unidos y Europa, especialmente Inglaterra y Francia); fue sustituido por las fuerzas armadas profesionales.

Cabe destacar como un último cambio significativo a la “opinión pública”, como elemento clave de la vida política¹⁷; de allí la multiplicación de medios de comunicación no sólo en el plano político sino también en otras materias como la religión; su evolución también ha sido constante, aun cuando la libertad de prensa es proclamada no impide que en ocasiones se la ignore o incluso se la viole¹⁸.

Estos tres cambios se incorporaron a la Constitución Nacional y de ellos se derivaron parte de sus principios y declaración de derechos como asimismo la división de los poderes. La aplicación plena y material tiene como revisor último al Poder Judicial el que, sólo si es independiente, puede mantener la estabilidad institucional; en ese sentido lo decidido por la Corte Suprema el 16 de diciembre de 2021 resulta un “hito”, no sólo porque ha corregido desvíos y distorsiones derivados de la actuación del Poder Legislativo con apoyo del Ejecutivo, sino también porque vincula la historia institucional argentina con el cumplimiento efectivo de su ordenamiento jurídico y la operatividad (eficacia) del mismo en la actualidad.

La Carta Magna resultó el instrumento buscado por décadas ya que constituye la regulación de un “orden formal”, como un requisito previo y necesario para la democracia y la república; el “orden material o real” es el paso siguiente que se consuma, no sólo con su acatamiento masivo en la práctica sino también con la convicción general que la constitucionalidad resulta la mejor forma para organizar la vida nacional.

La distinción política más importante en las naciones que proclaman la república y la democracia concierne no a su forma de gobierno sino a su “grado” de gobierno; en muchos países que adoptaron dichas formas, el Poder Judicial no es totalmente independiente y se ve afectado por presiones tanto de otros poderes como por el lobby de grupos de interés.

manera autónoma. En Estados Unidos aún subsisten con diversas formas, entre otras razones, a mérito del derecho explícito a la autodefensa que gozan sus ciudadanos.

¹⁷ Sobre la opinión pública cabe referir a la obra citada en la nota 14, p. 169, cuyo párrafo se transcribe: “El primer año después de su caída (de Rosas), sólo en la Ciudad (de Bs. As.) se crearon 32 periódicos... para 1883 Ernesto Quesada contabilizó 102 órganos de prensa, algunos de ellos resultaron empresas perdurables. Para 1887, dos de ellos –La Nación y La Prensa–, creados en las décadas anteriores, alcanzaron una circulación de 18.000 ejemplares cada uno, muy por encima del resto, mientras la circulación total del conjunto de periódicos en la ciudad superaba los 100.000 ejemplares, o sea, una copia cada cuatro habitantes. La cifra resulta impactante y comparable a las que se conocen para otras grandes ciudades contemporáneas”.

¹⁸ En la antigüedad la “opinión pública” fue denostada y rechazada por los gobernantes que la consideraron una forma de presión ilegítima y perjudicial a su quehacer; Sun Tzut afirmó que un verdadero comandante no se podía dejar de influir por la opinión pública, por cuanto la virtud puede ser lo contrario a la fama o la popularidad (Confucio, *The Analects*, lo. 12, cap. 20, p. 47). Plutarco consideraba el mismo defecto a la “popularidad” y la “tiranía” e insinuó que una conducía a la otra (*Comparison de Romulus with Teseu*, en “The lives of the noble Grecians and Romans”). Estos criterios se basaban en la falta de educación y capacidad de la mayoría de la población, lo que tornaba sus juicios errados y sin comprender las consecuencias últimas de los hechos; de ahí se sigue el criterio aceptado por muchos que la democracia y la república para ser exitosas requieren un pueblo instruido y básicamente elites dirigentes con talento y apego a ser controladas en el ejercicio de sus actividades, especialmente políticas. Las mayorías siempre dependen de los gobernantes para su educación (ej., la alfabetización masiva).

Una vez alcanzado el “orden formal”, quedaron establecidas las reglas del juego a las que debe someterse la dirigencia para ser elegida, para los límites de su actuación en el ejercicio de los cargos y en especial, para asumir que el “poder” no queda concentrado en una persona o grupo (a diferencia del absolutismo monárquico) sino que el mismo está dividido en tres, cada uno con su propia independencia y con la obligación de coexistir armónicamente con los otros dos, conforme a lo pautado en el texto constitucional¹⁹.

Esta etapa fundamental del ya mencionado proceso de organización nacional, culminó con la redacción y entrada en vigencia de la Constitución Nacional de 1853 y su modificatoria de 1860, cuando la provincia de Buenos Aires se integró con las demás provincias²⁰; a su vez el final de dicha etapa fue comienzo de la siguiente y actual, en que se procura alcanzar el “orden material o real” que, a la fecha está aún inconclusa, ya que la conflictividad no quedó extinguida ni la aceptación del Pacto Fundamental es completa, como prueban las controversias que se evidencian en el fallo en estudio; obviamente, sino hubiere cuestión controversial no habría intervenido la judicatura.

Las dificultades de la mutación de un sistema socio-político de absolutismo – que, bajo la figura de un rey vitalicio, resumía en su persona a los tres poderes del Estado– a otro de carácter constitucional en el que los gobernantes resultan temporarios y con un poder acotado y distribuido (no unificado), es algo más que su mención en un texto, aun cuando se lo considere “pacto fundamental”; la aceptación tanto de los que gobiernan como de aquellos gobernados es un prolongado proceso empírico de experiencias positivas y negativas, con el obvio costo, especialmente social, de estas últimas. Se lo podría denominar de aprendizaje.

Se ha estimado que existe un esquema de causalidad para legitimar formas de gobierno, cuyos componentes clásicos son las costumbres, las leyes y la geografía. Alexis de Tocqueville nos legó su tesis sobre el Estado y su organización en su conocida obra “De la democracia en América” donde elaboró con estos criterios una teoría de la democracia, ordenándolos de mayor a menor “las causas físicas (geografía) contribuyen menos que las leyes, y las leyes menos que las costumbres”.

En otras palabras, las costumbres que se aquilatan, se sedimentan con el tiempo y se arraigan en una estructura social, no se modifican fácilmente y tienen así una permanencia inercial pese al tenor de las leyes; esta tendencia cambia muy lentamente no sólo para los gobernados sino también de la ya aludida elite dirigente que, pese a sus declamaciones de adhesión al nuevo orden, reclama casi siempre un poder absoluto e ilimitado.

¹⁹ Se utilizan las enseñanzas de Maquiavelo para el análisis, lo que hace determinante para este trabajo entender lo sucedido en el periodo que va desde 1810 hasta 1860, anterior a la constitucionalidad nacional, ya que en él se debatió tanto el porqué de la misma como el modo y forma de lograrla; en efecto, todo aquel que desea saber qué ocurrirá, debe examinar lo ocurrido (Maquiavelo, *Discourses on Livy*, p. 351) y como lo sostenía el citado maestro, aceptar que el resultado de una política se define no por su excelencia sino por su desenlace; para ser virtuosa debe ser eficaz y en el caso, alcanzó la eficacia con la Constitución.

²⁰ Con referencia a la falta de aceptación incondicional de la Carta Magna, basta examinar lo ocurrido en el siglo XIX antes y después de la adopción de la misma, ya que en dicho periodo era impensable que el Poder Judicial limitara en lo sustancial a los otros poderes, especialmente al Ejecutivo o que juzgara penalmente a sus miembros.

Es evidente que, en la experiencia argentina, se alcanzó la constitucionalidad de una república democrática pero la denominada “verdad del sufragio” sólo aconteció luego de las reformas de las leyes electorales del periodo 1902 a 1912 y limitada a los hombres; años más tarde se incluyó a las mujeres.

Joaquín V. González, ministro de Roca, visualizó nítidamente el diagnóstico del proceso que vivía el país en ese sentido, entre lo formal y lo arraigado, con estos dichos de 1902: “Hemos llegado a convencernos igualmente que exige una profunda antinomia, una profunda contradicción, de que habla un filósofo político, entre la constitución social y la constitución política. Las fuerzas sociales que dan existencia real a nuestra cultura presente no tienen una representación formal en la ley, en cuya virtud deba hacerse práctica, o deba traducirse en forma práctica por medio del mandato del legislador”.

Por lo tanto, nada extraña entonces que esté aún pendiente y sea materia propia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación imponer pacíficamente (a diferencia de lo que sucedió en otros periodos anteriores) y de acuerdo a sus facultades, la necesidad de una justicia independiente que, organizada por el referido Consejo de la Magistratura, no pueda ser manipulada por los miembros políticos que ocupan cargos en los otros poderes estatales²¹.

5. Proceso electoral

En nuestro país los jueces no son elegidos directamente por el voto popular como los estamentos políticos sino son designados (y eventualmente removidos) por éstos de acuerdo a los procedimientos del instituto Consejo de la Magistratura establecido por el art. 114 de la Carta Magna; por lo tanto, acceden a sus cargos a través de una vía “indirecta” del proceso electoral de la ciudadanía y se les requiere tanto una especialización en derecho (título de abogado) como idoneidad; constituyen así una burocracia estatal profesionalizada y especializada en los términos weberianos del denominado “Estado racional”²².

Ese Estado argentino racional ha sido expresamente descrito en su composición y funcionalidad por el máximo tribunal en “Rizzo” que sostuvo: “6°) Que en primer término es necesario recordar que de acuerdo a la forma republicana y representativa

²¹ En lo relativo a la división de poderes cabe indicar que tiene orígenes en el XVII en Inglaterra, como límites a ser impuestos al poder absoluto del rey y de allí, dicho principio fue recogido en la Constitución de Estados Unidos, de gran influencia en la nuestra. Esos orígenes británicos se han expuestos por Gonzalo Colombres Garmendia, en su trabajo *Sir Francis Bacon, Sir Edward Coke y los fundamentos del constitucionalismo moderno*, “La Ley”, 3 y 4 de enero de 2022; su autor destaca que Bacon tuvo gran influencia en Thomas Hobbes quién, a su vez, ha pautado los criterios en que se basaron los constituyentes norteamericanos.

²² Max Weber (quién participó en la redacción de la Constitución de la República de Weimar, sancionada el 14/8/19) sostuvo: “El derecho racional del moderno Estado occidental, según el cual decide el funcionario de formación profesional, proviene en su aspecto ‘formal’, no en cuanto al contenido, del derecho romano... bajo Justiniano, la burocracia bizantina, por el interés natural del funcionario en cuanto a poseer un derecho sistematizado, definitivamente fijado y, por consiguiente, fácil de enseñar y aprender... La justicia de toda teocracia y de todo absolutismo se orientó en sentido ‘material’, en tanto que la de la burocracia, por el contrario, se ha orientado siempre en sentido jurídico-formal” (*Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2ª ed. en español, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 1047 y siguientes).

de gobierno que establece nuestra Constitución Nacional (arts. 1° y 22), el poder se divide en tres departamentos con diferentes funciones y formas de elección, pero cuya legitimidad democrática es idéntica. La actuación de los tres poderes del Estado nacional encuentra como límite el respeto al proyecto de república democrática que establece la Constitución Federal (arts. 1°, 31 y 36).

Los mandatos de su texto han sido establecidos por el poder constituyente del pueblo, y por esta razón condicionan la actividad de los poderes constituidos. El obrar del Estado debe entonces estar dirigido al más amplio acatamiento de los principios, declaraciones, derechos y garantías reconocidos en el pacto fundacional. 7°) Que asimismo cabe señalar que es principio de nuestro ordenamiento constitucional que ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferidas expresamente (*Fallos*, 137:47, entre otros). La regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe, ha sido consagrada en beneficio de los particulares (art. 19, Const. nacional), no de los poderes públicos. Estos para actuar legítimamente, requieren de una norma de habilitación (*Fallos*, 32:120, entre otros). ... 10) ... La soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como titular del poder político ... el Estado de derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras (*Fallos*, 328:175), y no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraría más a los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional. La doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar la presunta voluntad de la mayoría del pueblo es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución... 27) ... El Poder Judicial tiene la legitimidad democrática que le da la Constitución Nacional, que no se deriva de la elección directa. En la asamblea constituyente de 1853/60 expresamente se decidió que los jueces fueran elegidos por el pueblo, pero de forma indirecta, al ser nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Este esquema fue ratificado por la reforma de 1994. ... 28) ... Se concluye también que con la conformación del Consejo de la Magistratura la Constitución persigue como principal objetivo fortalecer la independencia judicial”.

Sobre estos argumentos y antecedentes se apoya todo el andamiaje institucional de la Nación.

La división de los poderes del Estado es así inescindible de la funcionalidad asignada a cada uno de ellos. La actuación del conjunto debe ser coherente, con esferas propias perfectamente delimitadas y sobre la base en controles recíprocos; de ahí la necesidad de la regulación traída por el tenor constitucional y de las que se derivan las leyes reglamentarias.

Esta separación también establecida en la constitución estadounidense, en la que los constituyentes (padres fundadores) fueron influidos por la filosofía de Thomas Hobbes según la que, la lucha del hombre contra los demás, es la condición natural de la humanidad y la razón se torna impotente contra la pasión²³.

²³ Ver notas 8 y 21. Hobbes se basa en la interpretación de los hechos históricos y de la observación de los individuos; su cuestión básica la expone en su obra clásica “Leviatán” con el criterio que los seres humanos tienden al conflicto, por lo que la única solución para dirimirlo y evitar sus consecuencias nocivas, es una fuerza superior y predominante; y agregaba que antes de que los conceptos

De esta manera, la libertad sólo es posible una vez establecido un orden para reemplazar la anarquía, proteger a los hombres unos de otros y que además funcione con eficacia²⁴; sobre este último aspecto le cabe al máximo Tribunal de la Nación ser el decisor último e incumpliría su función específica si sus resoluciones fueren ineficaces.

6. Aspectos técnico-jurídicos

De lo antes relatado cabe continuar con los aspectos técnico-jurídicos de “Colegio de...”.

a) En lo referido a la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal, la Corte ya había sostenido reiteradamente que constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, por configurar un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiera (CSJN, *Fallos*, 249:51; 264:364:288:325; 328:1416, entre otros).

Por lo que era perfectamente conocido lo significativo de la controversia y las consecuencias que eventualmente se derivarían al dirimirla; la “gravedad institucional” del caso no sólo es responsabilidad del Tribunal sino también de las partes que la debaten.

b) El Estado nacional fue parte demandada en las actuaciones y como tal, participe necesario de la controversia; sin dudas, pudo haber evitado el pronunciamiento

de justo e injusto puedan darse debe existir un poder coercitivo ya que si éste no existe ninguna acción puede ser injusta (*Leviatán*, cap. 15). La “anarquía” es entonces el principal problema a prevenir y evitar. Ante la ausencia de un monarca absoluto que ejerza esa fuerza predominante y alcanzar un orden que no sea tiránico, se llega a la separación de los poderes con límites precisamente establecidos y con controles entre sí; o sea, la búsqueda de un balance que sea eficaz para el gobierno ya que para que éste fuese bueno sólo podía surgir de una comprensión astuta de las pasiones de los hombres. James Madison sostenía que en primer lugar había que capacitar al gobierno para que controle a los gobernados y luego obligarlo a controlarse a sí mismo. La dependencia del pueblo era el control principal más la experiencia enseñaba la necesidad de precauciones adicionales (*The Federalist papers*, n° 51).

²⁴ Ver nota 19 sobre la necesidad de la “eficacia” de un gobierno.

sobre la misma y nada hizo al respecto²⁵; es notorio entonces que prefirió someter el resultado de la contienda, a la decisión de la Corte Suprema²⁶.

c) La inconstitucionalidad fue declarada a pedido de parte interesada y no de oficio.

d) Del tenor mismo del fallo (consid. 5°) (al igual de lo ya sostenido en “Rizzo”) se reiteró una conocida y pacífica jurisprudencia de la Corte como sigue: “en el pleito se han puesto en cuestión distintas normas federales y la decisión del a quo ha sido contraria a su validez ...

Cabe recordar que, en la tarea de esclarecer el alcance de las normas federales, este Tribunal no se encuentra limitado por los argumentos de las partes, ni por los de la sentencia apelada, sino que corresponde efectuar una declaratoria sobre los puntos federales en discusión, según el alcance que rectamente le otorgue (doctrina de *Fallos*, 307:1457; 312:417; 325:662; 330:2361:4713; 338:88, entre muchos otros”).

e) Fueron así nítidas las bases en que se iba a sustentar el pronunciamiento de la Corte la que estaba obligada a sentenciar como parte del adecuado servicio de justicia que la Constitución Nacional pone a su cargo.

En la especie, no puede omitirse que la ley 26.080 en juego fue dictada por el Parlamento a propuesta del Poder Ejecutivo, en un asunto de tanta trascendencia institucional como resulta la organización del Poder Judicial a través del Consejo de la Magistratura²⁷; era manifiesto que la declaración, aún parcial de su inconstitucionalidad, iba a tener repercusiones políticas y sociales de magnitud.

²⁵ En el caso, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de primera instancia e hizo lugar parcialmente a la demanda con la declaración de inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 26.080, en cuanto dispone una composición del Consejo de la Magistratura que vulnera el “equilibrio” exigido por el art. 114 de la Const. nacional. Contra dicha sentencia recurrió el Estado nacional por vía extraordinaria a la Corte y ésta recién resolvió mucho tiempo después; es así notorio e irrefutable que el Estado nacional: a) sabía y conocía tanto el pedido de inconstitucionalidad, sus razones y lo decidido por la citada Sala II como el tenor de los precedentes “Rizzo” y “Monner Sans”, y b) en tal sentido, tanto el Poder Ejecutivo (por iniciativa) y el Legislativo (como sancionador de normas) pudieron proponer y dictar una nueva ley en el tema que derogare la ley 26.080 y organizare el Consejo de la Magistratura bajo el criterio de no vulnerar el mentado “equilibrio”; en esta hipótesis, con la ley 26.080 derogada no hubiere sido posible expedirse sobre su inconstitucionalidad por haberse tornado “abstracto” el debate. La cuestión había tomado notoriedad pública y por ello, múltiples organizaciones requirieron reformas legales e incluso propusieron proyectos a tal fin (por ej., ver, entre muchas publicaciones, diario “Clarín”, artículos de Claudio Savoia, *Entidades civiles presentaron ocho iniciativas para mejorar la justicia*, 17/6/21, p. 16, y *Un reclamo para que se recupere el equilibrio en la Magistratura*, 16/10/21, p. 14). La inacción (prolongada) para derogar y para dictar una norma en sustitución implicó, aun objetivamente, que la responsabilidad para dirimir la inconstitucionalidad fuera del máximo Tribunal de la Nación.

²⁶ La ley 26.080 no solo estaba tachada de inconstitucionalidad sino en su faz funcional no había sido eficiente ya que existían numerosos cargos de jueces vacantes sin que el Consejo de la Magistratura proveyera las designaciones de sus titulares, lo que afectaba y afecta el servicio de justicia.

²⁷ La trascendencia institucional de la organización del Poder Judicial surge de las propias palabras del voto mayoritario del decisorio examinado con cita de numerosos precedentes: “13) Que, como se enfatizara en los precedentes ‘Rosza’ (*Fallos*, 330:2361), ‘Aparicio’ (*Fallos*, 338:284) y ‘Uriarte’ (*Fallos*, 338:1216), los procedimientos constitucionales que regulan la integración de los tribunales han sido inspirados en móviles superiores de elevada política institucional, con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley. Las disposiciones que rigen esos procedimientos se sustentan, pues, en la aspiración de contar con una magistratura

f) El fallo significa y significó que el Poder Judicial invalida y corrige lo hecho por los otros poderes; este aspecto, en las especiales circunstancias en que se dictó (máxime con los antecedentes jurisprudenciales que anunciaban la falta del “equilibrio” previsto por el citado art. 114 de la Carta Magna), una parte importante de la opinión pública lo percibió como un “enfrentamiento” entre los poderes del Estado donde uno sometía a los demás; y dicho enfrentamiento también llevó a que haya partidarios de la solución adoptada y detractores de la misma con críticas políticas a la Corte. Es indiscutible que lo ideal, aun cuando sea ya contrafáctico, hubiera sido evitar que se expidiera el máximo tribunal del país.

El decisorio asienta su fundamentación en la necesidad de vigorizar la “independencia del Poder Judicial” con mecanismos de “despolitización” de los procedimientos de nombramiento y remoción de los magistrados “... 9) ... que garantizarán no sólo la idoneidad sino la independencia de los jueces frente a las posibles presiones políticas”²⁸; y agrega que ese objetivo sustancial no surge sólo de la recta interpretación de las cláusulas constitucionales sino también de la voluntad expresa de los constituyentes de la reforma de 1994 que, incluso, fueron transcritas.

Por ello no asombra que las críticas esbozadas contra el pronunciamiento no se sustentan en aspectos técnico-jurídicos sino en razones políticas improcedentes que pretenden una influencia decisiva de un estamento (de los Poderes Ejecutivo y Legislativo) contrarias a la Carta Magna, para designar y remover magistrados; y ello tiene como consecuencia reprochable la grave mengua del principio de independencia de los jueces.

independiente e imparcial. Lo mismo cabe decir de los procedimientos vinculados con la eventual remoción de magistrados.

No debe perderse de vista que en nuestro esquema constitucional todo lo relativo a la estabilidad y permanencia de los jueces, en tanto garantías de las que los magistrados gozan como forma de asegurar su independencia (conf. Uriarte; doctrina también mencionada en *Fallos*, 314:881; 315:2386; 324:1177; 325:3514, entre otros), ocupa un lugar tan importante como los aspectos vinculados a su nombramiento (arg. *Fallos*, 336:760 citado, consid. 41). Procedimientos de designación y garantías de estabilidad y permanencia no son sino dos caras de una misma moneda, orientadas a la realización de aquella aspiración constitucional central de gozar de un Poder Judicial integrado por jueces independientes e imparciales y, de ese modo, afianzar la justicia, de acuerdo con la manda preambular. En ese marco constitucional, la posibilidad con que cuenta el sector político de realizar acciones hegemónicas en aspectos estrechamente vinculados con la designación y eventual remoción de magistrados resulta contraria al equilibrio de representación exigido por el art. 114 de la Const. nacional y frustra los objetivos de despolitizar parcialmente ambos procesos y, de ese modo, aumentar la independencia judicial, que se fijaron los constituyentes de 1994 al sancionar esa norma”.

²⁸ Sobre las presiones a los jueces ver nota 6. En el consid. 14 del decisorio en estudio, se despejan todas las dudas cuando se asevera enfáticamente sobre la ley 26.080 que: “es claro que ella no respeta el mandato constitucional de procurar una integración equilibrada entre los representantes de los distintos sectores que el constituyente creyó necesario integrar al Consejo. Tampoco contribuye a despolitizar parcialmente el proceso de designación y remoción de jueces ni a aumentar el ‘umbral de garantía de independencia judicial’, objetivos que, como se dijo, fueron expresamente perseguidos por los constituyentes de 1994 mediante la creación del Consejo de la Magistratura y que se ven frustrados por las normas analizadas”. Es entonces evidente que el pronunciamiento estimó que la ley 26.080 fue propuesta y sancionada para que el estamento político fuera predominante y hegemónico en dicho Consejo.

Y con los antecedentes que expresamente citara, se dejó constancia que el sistema de control a cargo del Poder Judicial tiene como objetivo final y definitivo, la supremacía permanente del pacto fundamental²⁹.

Los problemas que abordó el fallo fueron dos, el segundo como dependiente y subordinado del primero.

La mayoría enfatizó que la cuestión en debate, no se resolvía sólo con la declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de las normas; por ello se declararon válidos los actos cumplidos por el Consejo con la vigencia de la ley 26.080 hasta ese momento y ante la invalidez decretada de esta última, era menester entender y dar solución a lo que se derivaba de sus consecuencias³⁰. La Corte estimó que tenía el “deber constitucional” de evitar tanto el “caos” como la “eventual paralización” del Consejo de la Magistratura; y sentenció que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables recobre vigencia el régimen legal anterior (*Fallos*, 336:760, consid. 42), obviamente de manera provisoria hasta el dictado de una nueva ley en el tema.

En sustento de este criterio esencial, trajo la necesidad de prevención de los dañosos efectos como ya se dijera y sus propios antecedentes en los que había procedido de igual manera en otras causas (*Fallos*, 360:2361; 336:760 y 338:1216), con lo que su tesis devino irrefutable.

La disidencia del doctor Lorenzetti se dio precisamente en el alcance de lo sentenciado para atender las consecuencias de lo declarado inconstitucional y en la solución que propuso para dicho aspecto³¹.

Formuló una fuerte crítica referida a que pueda recobrar vigencia y aplicabilidad el régimen legal anterior derogado por la mentada ley 26.080 (sostuvo en síntesis que: “Una ley derogada no puede ser restituida en su vigencia”); y culminó sus considerandos con estas pautas: “... 19) ...

6. Que es necesario que el Congreso legisle sobre el Consejo de la Magistratura... con la finalidad de asegurar la independencia del Poder Judicial; 7. Que si el Congreso no legisla en un plazo razonable..., esta Corte procederá a implementar la garantía de independencia del Poder Judicial, en los términos de sus propios precedentes. Interín, con carácter excepcional, el funcionamiento del Consejo de la Magistratura se regirá por las previsiones de la ley 26.080”.

²⁹ El considerando 11 de “Rizzo” es explícito al sostener: “se desprende que sólo un punto de vista estrecho podría pasar por alto que el control de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución, no la del Poder Judicial o de la Corte Suprema (*Fallos*, 316:2940). Así lo entendió el constituyente de 1994 que en el art. 43 del texto fundamental expresamente reconoció la facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes para hacer efectivo los derechos y garantías consagradas en la Constitución nacional”.

³⁰ En el considerando 17 se sostuvo: “Que decisiones con las repercusiones de la presente no pueden dictarse desatendiendo las consecuencias que, de modo inmediato, derivarán de ella. Ello exige que el Tribunal, en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar el caos institucional o la eventual paralización del funcionamiento del Consejo de la Magistratura, brinde una respuesta como cabeza del Poder Judicial de la Nación en la que se establezcan pautas claras y concretas acerca de la manera en que los efectos de su pronunciamiento operarán en el futuro (conf. doctrina de los precedentes ‘Rosza’, en especial consid. 22; ‘Rizzo’, en especial consid. 42, y ‘Uriarte’, en especial consid. 34)”.

³¹ Ver nota 2.

De esta forma, en primer lugar incurre en la contradicción lógica y jurídica de estimar inconstitucional una norma y declarar su aplicación en un plazo indeterminado e incierto; y en segundo término, para el supuesto que el Congreso no dicte una nueva ley en la materia (dentro del plazo de un año) difiere la implementación de la independencia del Poder Judicial a lo que la Corte resuelva en un futuro, sin indicar si lo hará de oficio o a petición de parte, lo que necesariamente provoca una incertidumbre y ausencia de seguridad jurídica en el tema. Asimismo, la declaración de inconstitucionalidad de una norma que a la vez se la mantiene en vigencia y aplicabilidad, en los hechos torna “abstracta” la impugnación y, en resumen, en el caso posibilita la continuación de la posición abusiva del estamento político y un deterioro irreversible de la imagen del máximo Tribunal de la Nación. Por todas estas consideraciones, deviene ininteligible, carente de funcionalidad y de eficacia la proposición del juez disidente.

Párrafo aparte merece la mentada regulación provisoria que hizo la mayoría de recobrar vigencia del régimen legal ya derogado; este criterio sólo puede ser analizado y admitido dentro de su “provisoriedad” y “urgencia” (para evitar el caos o la eventual parálisis del Consejo).

En efecto, no se le hubieren hechos críticas a la tesis mayoritaria si ésta hubiere propuesto una regulación para la etapa provisoria de igual tenor que aquella de la legislación derogada sin mencionar a esta última; lo realmente inadmisibles hubiere sido mantener la aplicabilidad de la ley declarada inconstitucional lo que repugnaría al sentido común, a su propia jurisprudencia citada para el caso y aquella que enseña que no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia en el sistema en que está engarzada la norma (*Fallos*, 234:482). E incluso, en casos no expresamente contemplados, ha de preferirse la inteligencia que favorece y no la que dificulte la armonía y los fines perseguidos por las reglas (acá constitucionales) (*Fallos*, 303:1007:1118 y 1403).

7. Conclusiones

Se concluye que la declaración de inconstitucionalidad apuntó a evitar la pérdida de independencia del Poder Judicial, ante una ley que procuraba una composición predominante, hegemónica y con poder de veto por parte del estamento político en desmedro de los otros restantes previstos por la Constitución, afectándose el “equilibrio” que esta última exige imperativamente.

Ante los intentos de avasallar el principio de división de poderes y con ello la ya aludida independencia y control judicial, el pronunciamiento es un antes y después en la vida republicana y democrática de la Nación.

Sólo el máximo Tribunal podía corregir ese intento de avasallamiento.

La regulación transitoria aplicable por el periodo que va desde la época del fallo hasta que el Congreso sancione la ley reglamentaria del Consejo de la Magistratura de acuerdo a lo previsto por el art. 114 de la Constitución, constituye entonces un aspecto secundario y meramente instrumental que en nada desluce la cuestión central que la origina (designación y remoción de jueces de manera independiente). El vacío



provocado por la inconstitucionalidad privó al Consejo de una reglamentación básica y lo dejó sin parámetros operativos; fue así necesario fijar las pautas de la transición.

Argentina realizó un formidable esfuerzo hasta alcanzar la sanción del Pacto fundamental (orden formal) y está haciendo otro no menos intenso para lograr un orden real en la aplicación y aprobación de dicho pacto tanto para gobernantes como gobernados; a la Corte Suprema le cabe un rol fundamental y excluyente para dicha finalidad que, en la especie, se materializa con el decisorio examinado el que, obviamente, tiene las críticas de quienes no admiten los mandatos de la Constitución Nacional.

© Editorial Astrea, 2022. Todos los derechos reservados.

