

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Comunicación del académico Dr. Alberto Antonio Spota, en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 28 de junio de 1995

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Por el académico DR. ALBERTO ANTONIO SPOTA

1. *Origen y desarrollo de los antecedentes de los Consejos de la Magistratura en la Europa continental en el siglo XIX y en este siglo XX.*

1.1. *Presupuestos de conocimiento para aprehender una institución jurídica en toda su dimensión real.*

1.1.1. El estudio y conocimiento, en profundidad, de toda institución jurídica debe siempre, necesariamente, ser desarrollado en función de un análisis que otorgue y dé prioridad al tema de los valores de base del sistema político-institucional donde esa figura jurídica tiene vigencia.

1.1.2. Esto quiere decir, además, que el punto de partida necesario y no eludible debe ser siempre la comprensión y la ubicación del sistema político jurídico en el cuadro y función de sus valoraciones esenciales. Esto es, de las finalidades que el sistema político pretende, en cada caso, y apetece para sí y, sobre todo, para su población.

1.1.3. Importa en consecuencia a este encuadre de conocimiento intentar, con convicción, marginar lo transitorio y circunstancial. No dejarse llevar por la coyuntura. Esto es, visualizar, en todo momento, lo fundamental, lo decisorio, en el plano donde esos valores y cursos de acción se den.

1.1.4. Entiendo que éste es, siempre, y necesariamente, el punto de partida más valioso, a mis ojos, para desarrollar un análisis en profundidad de la figura jurídica que se desea conocer.

1.2. *Ubicación témporo-espacial de los Consejos de la Magistratura. Sus antecedentes en la Europa del siglo XIX, y comienzos del siglo XX. Características que tipifican la institución. Forma de gobierno monárquico y sus consecuencias condicionantes.*

1.2.1. Colocado dentro de los andariveles que van señalados, es del caso destacar que el Consejo de la Magistratura integra e integró siempre, desde que se lo conoce en la Europa continental, un sistema político caracterizado por un conjunto de estructuras que le son coetáneas, y además que lo condicionan, y que a su vez reciben condicionamientos de la institución en análisis. Esto es, hay como en tantos otros supuestos, un permanente sistema de retroalimentación recíproco.

1.2.2. Y además, señalo que el Consejo de la Magistratura y sobre todo sus antecedentes que lo configuraron tienen una ubicación en el tiempo, dentro de un proceso político característico, del que inclusive puede afirmarse que posee también una ubicación territorial en el planeta. Se da en determinada época, en función de ciertas circunstancias, y en ciertos lugares de la tierra.

1.2.3. Es así que a la figura del Consejo de la Magistratura, en materia de sus antecedentes, y en lo que se refiere a su tiempo histórico de origen, debemos ubicarla, necesariamente, en el siglo pasado, y luego de los episodios napoleónicos. Y fundamentalmente, el desarrollo de esos antecedentes los encontraremos a partir del comienzo de la segunda mitad del siglo XIX, sobre todo en sistemas políticos de monarquías semi-absolutas que producen tránsito a cartistas y moderadas. Esto es de fines de la primera mitad del siglo XIX y de allí en adelante, hasta comienzos del siglo XX, en que la institución de los Consejos de la Magistratura, aparece a mérito de leyes, en el proceso de democratización de aquellas monarquías moderadas, en las que el Rey cada vez más deja de gobernar, para sintetizarse a reinar.

1.2.4. La ubicación geográfica es la Europa occidental. De ella concretamente la Europa continental. Esto es, la que se arima al Atlántico y al Mediterráneo.

1.2.5. El sistema político dentro del cual el Consejo de la Magistratura reconoce sus antecedentes, y luego nació y se desarrolló, es sin excepción y sin duda alguna, el sistema monár-

quico con cartas constitucionales, que van subrayando procesos de democratización del poder político en su ejercicio, como fue adelantado precedentemente.

1.2.6. Esto significa que la filosofía de base del sistema político donde encuentran sus antecedentes, nacen y se desarrollan los Consejos de la Magistratura, parte del presupuesto de que el titular de la soberanía, y en su consecuencia de todo el poder político, ha sido y es la Corona o el Monarca.

1.2.7. Las cartas son como todos sabemos, al menos doctrinariamente, una dación graciosa de privilegios, que quien tiene la titularidad del poder político otorga a sus súbditos.

1.2.8. No importa que muchas veces, o quizá siempre, esas cartas no representen un acto voluntario o gracioso, sino que se lo vista como realidad graciosa, lo que en verdad debió cederse por motivo de fuerza.

1.2.9. Pero el principio originario del poder político subsiste a través de sus consecuencias, y a pesar de sus mutaciones en su permanente devenir, en el sentido de que en el sistema cartístico no existen ciudadanos, sino súbditos, con las implicancias y consecuencias que ello importa.

1.2.10. Esos súbditos no son titulares de derechos, sino de privilegios. Hoy esa originaria situación se ha mutado a derechos constitucionales, inclusive en aquellas antiguas monarquías que todavía subsistan transformadas en sistemas constitucionales garantísticos, manteniendo monarquías formales.

1.2.11. Aquellos privilegios fueron capacidades decisorias que el poder político apareció otorgando a sus súbditos, aunque histórica y sociológicamente la razón puede haber sido y sin duda fue otra. Por lo general la fuerza de los pueblos o de sus estamentos, o grupos de presión sobre el gobierno de otros tiempos.

1.2.12. Más, jurídicamente, la valoración y consecuencias de esos privilegios otorgados por la monarquía, en su origen tuvieron interpretación jurídica restrictiva, en el sentido de que como toda renuncia, no se presume, y consecuentemente además el efecto de su extensión es siempre limitado a lo que expresamente se otorgó. Hoy, la mutación a derechos ha producido sus consecuencias también sobre la interpretación de esas capacidades.

1.2.13. Esto es, la mecánica operativa fue la antípoda de lo que sucede y acaece con los derechos constitucionales que se

reconocen en una declaración de derechos y garantías de un estado de derecho.

1.2.14. Y así acaeció también en lo que se refiere a la institución del Consejo de la Magistratura, en la Europa occidental monárquica, por lo general, y pactista, de fines del siglo XIX y comienzos del XX.

1.2.15. A lo expuesto hay que agregar que el sistema político que va en relato, y donde encuentra sus antecedentes y luego nació y se desarrolló el Consejo de la Magistratura, tuvo y todavía en cierto sentido tiene otro presupuesto de base, que es fundamental para la comprensión y análisis de esta institución.

1.2.16. Dentro de aquel sistema político, en su origen, el titular de la soberanía, el rey, o si se quiere la corona, tenía por su propia condición de soberano, entre sus capacidades decisorias, la de juzgar.

1.2.17. El rey o la corona juzga porque es rey, y porque es rey, juzga.

1.2.18. Esto es, el juzgamiento pertenece a la esencia y al centro de poder decisorio, que poseía además, originariamente, la capacidad legislativa y las potestades ejecutivas.

1.2.19. Pero lo central y básico en el tema que nos ocupa, es que la capacidad de juzgar era ínsita, en aquel sistema, a la condición de titular del poder político.

1.2.20. Dentro de todo este esquema, en su consecuencia, es el poder político soberano absoluto en su origen, el que va cediendo capacidades políticas y jurídicas a los súbditos, que van lentamente camino a ser ciudadanos de estado de derecho.

1.2.21. De allí que los orígenes monárquicos cartistas y censitarios, donde se va a producir, sobre todo a comienzos del siglo XX, la aparición y desarrollo de los Consejos de la Magistratura, tuvieron como personajes fundamentales de ese aflojamiento del poder central a los parlamentos, los que a su vez cumplieron el rol de grandes sujetos contradictores al poder político monárquico de aquellos tiempos.

1.2.22. Monarquía y parlamento, como sucedió en la Inglaterra clásica, de los siglos XVI a XVIII y XIX, fueron también en la Europa continental, pero en el siglo XIX, sobre todo en la segunda mitad y hasta la primera guerra de este siglo XX, los personajes de toda esta dialéctica de nueva distribución de poder político.

1.2.23. De la misma manera que los privilegios que se otorgaron a los súbditos en las cartas constitucionales que fueron apareciendo en el panorama político en Europa, a fines de la primera mitad del siglo XIX, y de allí en adelante, se van creando y aparecen en las estructuras de aquellos estados, a comienzos del siglo XX, los Consejos de la Magistratura. Esto es, la génesis de los Consejos de la Magistratura tiene la misma dinámica operativa que el tránsito de los privilegios pactistas y su evolución. Nacen como instituciones que importan, en los hechos, desgloses del poder único y central de la monarquía.

1.2.24. Antes de continuar con el desarrollo de los antecedentes y de la génesis y crecimiento de los Consejos de la Magistratura, es menester señalar un tercer y último elemento básico en este cuadro en análisis.

1.2.25. Ese tercer elemento básico consiste en subrayar que, en principio, y desde el punto de vista de la antigua monarquía absoluta, el rey juzga directamente, pues es él el único titular del poder para juzgar. Lo dije y lo reitero. El rey juzga porque es rey, y porque es rey, juzga. Todo ello a imagen y semejanza del Dios unipersonal y creador. Este es el origen de la capacidad decisoria de juzgamiento. Buen ejemplo de lo expuesto es el artículo 68 del Estatuto Albertino del Reino de Cerdeña del 4 de marzo de 1848, luego de Italia (1861), que dice: "La justicia emana del Rey, en cuyo nombre se administra por los jueces nombrados por él".

1.2.26. Históricamente la potestad de juzgar quedó siempre en la cabeza del rey, aun cuando éste delegara el ejercicio de esa potestad en jueces designados por el monarca, y responsables, en su origen, exclusivamente, ante el monarca.

1.2.27. Esos jueces nada tenían de poder por sí, siendo permanentemente delegados, cuyas potestades podían ser revocadas en cualquier momento, y cuyas resoluciones también podían ser anuladas por el titular del poder, es decir por el monarca. Luego esta inestabilidad mutó a estabilidad. Vaya como ejemplo el artículo 69 del mismo Estatuto Albertino de 1848 recién mentado, que dice: "Los jueces nombrados por el Rey, a excepción de los Comisionados especiales, son inamovibles cuando lleven tres años en el desempeño de su cargo".

1.2.28. No hay en su consecuencia en este sistema, en su origen, de ninguna manera, un desglose o delegación de poder para juzgar.

1.2.29. El poder político juzga porque es poder político.

1.2.30. Cuando en la Europa continental, a fines de la primera mitad del siglo XIX, se produjo el huracán político de las revoluciones que sacudieron a las monarquías, reinstaladas luego del Congreso de Viena de 1814 y 1815, con motivo y en ocasión de los desastres de Napoleón, esas revoluciones y movimientos políticos internos que acaecieron alrededor de 1848 en Prusia, en el Reino de Cerdeña, cuya capital era Torino, y dieron origen al Estatuto mencionado, en Francia acabaron con Luis Felipe de Orleans en ese mismo año de 1848, en febrero, y en tantas otras partes más como en Austria y en Hungría, sucedió que todos esos movimientos políticos fracasaron por lo general en lo inmediato, pero dejaron su impronta y sus efectos a plazo mediano.

1.2.31. Un buen ejemplo de todo este proceso de institucionalización de la nueva distribución de poder bajo la vieja forma cartística, es el varias veces mencionado Estatuto Albertino de fines de la primera mitad del siglo XIX del Reino de Cerdeña, cuya capital era Torino, y dado por el Rey Carlos Alberto, como va expuesto, el 4 de marzo de 1848.

1.2.32. Tomo este ejemplo porque es bastante importante y objetivo para la institución que nos ocupa, esto es el Consejo de la Magistratura, aun cuando para nada en ese Estatuto luce, ni lejanamente el mentado Consejo de la Magistratura, que recién aparecerá en Italia con la llamada Ley Orlando nro. 511 en 1907. Sucede que es dentro de la estructura pactista que importa ese Estatuto, donde se va a desarrollar a nivel legislativo, como va dicho, en 1907, la institución del Consejo de la Magistratura. Esa institución que tuvo antecedentes en el siglo XIX, en su segunda mitad, en Italia, y que había comenzado su normativa en la órbita del poder monárquico ejecutivo y por caminos de decretos a los que luego me referiré. Es así que se produjo el nacimiento y desarrollo, y posterior mutación de la mentada institución en análisis. Además el Estatuto Albertino es demostración bien objetiva de la ubicación de la capacidad de juzgar, como ínsita a los poderes del Trono, recuerdo el ya mencionado artículo 68 del Estatuto Albertino (ver 1.2.25.), como ya lo he desarrollado. Es así que ahora recuerdo e insisto en que las mutaciones de la insti-

tución se van a producir en forma larvada, comenzando por un decreto que creará una comisión consultiva de la justicia, que será el lejano y no siempre reconocido origen de la institución que nos ocupa. Me refiero concretamente al Decreto Real italiano de diciembre de 1865, por el que el monarca concedió al gobierno el derecho a trasladar a los jueces, desprendiéndose así de esa capacidad, que luego pasará al Consejo de la Magistratura.

1.3. Los Consejos de la Magistratura pertenecen a sistemas de administración de justicia. Esto es, no de poder judicial a la manera norteamericana.

1.3.1. Siendo el rey en su origen en todo este sistema filosófico - político el titular único, y con origen divino, de todo el poder político, y consecuentemente, por ello, del poder de juzgar, resulta que a ese sistema político pertenece la capacidad de juzgamiento a lo que hoy, no muy acertadamente, llamaríamos el poder ejecutivo en los sistemas políticos europeos que tienen Consejo de la Magistratura vigente. Recordemos además que dentro del sistema político que va expuesto, también por propia naturaleza del poder político en descripción, era en su origen el capacitado para dictar las leyes, las que formalmente todavía en nuestro tiempo, en muchos casos, se dictan en aquellas tierras, oficialmente, en nombre del monarca. Ello aun cuando hoy la situación política e institucional es, en los hechos y de derecho, absolutamente diferente. Es así entonces que el Consejo de la Magistratura tuvo sus antecedentes y nació y se desarrolló como una estructura dentro de un sistema político que no responde para nada a la de división de poderes a la manera norteamericana, que es la nuestra.

1.3.2. Lo claro, lo concreto y lo definitorio en el tema que nos importa, es entonces que los antecedentes, el nacimiento y la evolución del Consejo de la Magistratura hay que ubicarlo en aquel esquema y así encontrar que cuando se estructuraron los primeros comités que se encargaban, por cuenta de la monarquía, de cuidar de los Estrados juzgatorios por delegación de esa monarquía, aquellos institutos que serían los que luego aparecerán legislativamente como Consejos de la Magistratura, se presentan como otorgando, o mejor dicho, concediendo, unas ciertas garantías de estabilidad y de prudencia en el ejercicio del

poder de la monarquía, para con aquellos que tenían el trabajo de juzgar y decidir por cuenta y orden de la monarquía, en un esquema de típica administración de justicia. No de poder judicial.

1.3.3. Esto es, los Consejos de la Magistratura, dentro de la evolución institucional de aquellos países europeos, se presentan y significan siempre una bocanada de oxígeno garantístico a los Estrados administrativos juzgadores.

1.3.4. Y repito, juzgar en esos sistemas políticos forma parte de la administración del estado. Y como tal el juzgar integra el quehacer de impartir justicia, como una de las formas de administrar la sociedad, para el mejor gobierno de la misma.

1.3.5. El gobierno, en este sistema político, juzga administrando y administra juzgando.

1.3.6. Los jueces, en estas estructuras, son funcionarios administrativos calificados por su quehacer. Pero en definitiva son administrativos. Jamás poder.

1.3.7. El sentido de los Consejos de la Magistratura en los países en los cuales hicieron su recorrido está marcado por aquellos orígenes que van descriptos. Esto es, desgloses y entregas parciales de capacidades y estabilidad, hacia los hombres encargados de distribuir justicia por cuenta de la monarquía, como una forma de administrar mejor a la sociedad.

1.3.8. Además, los antecedentes de los Consejos de la Magistratura en estas estructuras políticas de gobierno hay que encajarlos, ya avanzada la segunda mitad del siglo XIX, dentro de los sistemas políticos de la Europa continental que, teniendo por paradigma el esquema francés posterior a la guerra franco-prusiana de 1870, se convierten en modelo, y se institucionalizaron en la Francia republicana de 1875, con la Constitución dispersa y flexible de entonces. Así nacerá el sistema de gobierno continental europeo que luego se irá conociendo como de ejecutivo de origen parlamentario a la francesa de su tercera república.

1.3.9. Este sistema se aplicó también a las monarquías llamadas moderadas, que se desarrollaron, también, en la Europa continental y en Escandinavia en la segunda mitad avanzada del siglo XIX.

1.3.10. Esa estructura de ejecutivo de origen parlamentario, republicano en Francia, monárquico en Italia y en España,

y en otras zonas de Europa, como inclusive en el propio Primer Reich alemán, aun cuando mucho más limitado, es la atmósfera política general, en la que aparecerán y se desarrollarán estos Consejos de la Magistratura, en los primeros años de este siglo XX. Luego, muchos años después y con dos guerras mundiales terribles de por medio, vendrá el constitucionalismo posterior a 1945, en el que estos Consejos encontrarán ubicación constitucional en la Europa occidental, que comenzará a ser comunitaria.

1.3.11. Pero préstese atención a que estos Consejos de la Magistratura no son la consecuencia de aquellos ejecutivos de origen parlamentario, donde el parlamento como representante de la voluntad general es el gran personaje político que produce el desarrollo hacia la democratización, sino que esos Consejos de la Magistratura han nacido del poder monárquico absoluto, que ha ido declinando, en los hechos, en el ejercicio de su capacidad decisoria, y esta impronta originaria continuará en la esencia de la institución, aunque ahora sea de asiento constitucional.

1.3.12. De la misma forma y de la misma manera en que los parlamentos fueron ganando posiciones frente a las monarquías, las cuales eran artistas, con la estructura de poder originario, a la manera de la Carta constitucional francesa de 1814 bajo Luis XVIII en su primera versión, y de allí en adelante, hasta el ya mencionado Estatuto Albertino, y la forma política republicana nacida en Francia, luego de 1875, sucede que el panorama general de los estados-naciones de fin del siglo XIX y comienzos del siglo XX, y hasta la segunda post-guerra de 1945 muestra en Europa continental Consejos de la Magistratura vigentes por decisiones legislativas. Son los tiempos en los que el poder de la monarquía era entonces ya muy limitado, y se comenzó a reconocer que el rey reina y no gobierna. Es en esas circunstancias temporales y fácticas que aparecen los Consejos de la Magistratura, que van recibiendo de la corona cupos de seguridad jurídica para los miembros de los estrados judiciales, que como va dicho, actúan como parte de la administración estatal que realmente en tal condición integran.

1.3.13. En todo este sistema, desde su origen en adelante, en ningún momento la capacidad de juzgar, delegada en su origen por el monarca, llegó a desarrollar la idea de capacidad del órgano juzgador con potestad suficiente como para enfrentar el

quehacer del poder legislativo y menos al propio ejecutivo de origen parlamentario.

1.3.14. Esto es, jamás dentro del sistema que va en descripción pudo pensarse en la existencia de un control de constitucionalidad en manos de jueces.

1.3.15. Basta recordar al respecto el enorme impacto que produjo en la mentalidad de ese genial politicólogo francés "avant la lettre", que fue Alexis de Tocqueville, la experiencia que vivió, cuando, en la primera parte de la década del treinta del siglo XIX, visitó los Estados Unidos de la América del Norte de aquellos tiempos, no para estudiar su sistema político, sino para conocer su sistema carcelario y otros aspectos ajenos al tema de la política y de las estructuras institucionales de gobierno de aquellas tierras, el sistema de supremacía constitucional y el control de constitucionalidad en manos de los jueces, en aquella estructura de marcada división de poderes constituidos, además de la tajante división entre poder constituyente y los constituidos ya mentados.

1.3.16. Ese genial pensador, no solamente no se sustrajo al medio que visitaba, sino que ingresó intensamente en él para entenderlo, y así quedó extraordinariamente admirado de la capacidad y potestad de los jueces.

1.3.17. La Europa de su tiempo y hasta mediados del siglo XX hubo de tardar, en los hechos y realmente, en comprender el sistema judicial norteamericano. Esta es y fue la realidad.

1.3.18. Tanto es así que a fines del siglo XIX y todavía en el primer decenio del siglo XX, la Europa de aquellos tiempos, y concretamente Francia, criticaba duramente la estructura política norteamericana, y creía ver en lo que nosotros conocemos como control de constitucionalidad, una forma de "tiranía de los jueces".

1.3.19. En la Europa continental de aquellos tiempos, hija sin lugar a duda de la Revolución Francesa, y sobre todo de la filosofía política de Rousseau, resultaba incomprensible la posibilidad de existencia de un poder decisorio en manos de pocos hombres jueces, que podían anular o interferir en la vigencia de decisiones del parlamento que representaba la voluntad general, base de todo poder político legítimo y legal.

1.3.20. Era inaceptable e inconcebible dentro de la mentalidad de la Europa de comienzos de este siglo XX entender,

comprender y valorar positivamente que los jueces pudieran marginar decisiones del parlamento, en función del principio de supremacía constitucional.

1.3.21. Esto contradecía la quintaesencia del sistema político vigente en las monarquías o repúblicas de aquel tiempo en la Europa desarrollada y culta, en la que la voluntad general expresada en el parlamento era el supremo poder decisorio legítimo y legal.

1.3.22. Las fuerzas políticas de entonces, y sobre todo las de izquierda, entendían en forma unánime que reconocer a un juez o a varios la capacidad de controlar y marginar las decisiones del parlamento, importaba lo mismo que entregar la conducción de la Nación a las fuerzas más conservadoras y retrógradas de la sociedad, al tiempo que transgredir y violar duramente la esencia del sistema asentado en la voluntad general.

1.3.23. Los partidos de izquierda y el socialismo a la cabeza fueron los grandes enemigos de todo control de constitucionalidad en manos de la judicatura. La historia de la Francia de la tercera república así lo enseña.

1.3.24. De allí que en Europa no hubo, como que no hay todavía hoy realmente, poder judicial. El principio de supremacía constitucional es operado por los Tribunales constitucionales, que no integran a la judicatura.

1.3.25. Hay simplemente administración de justicia. Esta es la situación de nuestro tiempo.

1.3.26. Poder judicial existe en aquellas estructuras políticas en las que los jueces tienen la capacidad para declarar la inconstitucionalidad de normas o actos del poder ejecutivo, y como consecuencia de ello, marginar la aplicación de unas y de otros.

1.3.27. Por ello está bien dicho “poder judicial” para la estructura que tenemos nosotros, y que viene de la línea norteamericana.

1.3.28. En Europa hay administración de justicia. No hay poder judicial.

1.3.29. En los Estados Unidos, y entre nosotros, el poder judicial además administra justicia. O si se quiere, administra justicia y tiene capacidad de control de constitucionalidad, y por ello es poder judicial.

1.3.30. Consecuentemente, el Consejo de la Magistratura se ha desarrollado en un sistema en el cual la judicatura, los jueces, son única y exclusivamente administración de justicia. Y nunca fue y no es hoy tampoco, en ninguna parte donde estos Consejos existen, poder judicial, con capacidad para decretar inconstitucionalidades.

1.3.31. Esto es, el Consejo de la Magistratura pertenece a una filosofía política de un sistema de gobierno en el cual el acto de juzgar no importa jerarquizar como poder al que juzga.

1.3.32. Solamente donde existe una división de poderes a la manera de la distribución norteamericana, capacitando al juzgador para cumplimentar los controles de constitucionalidad en función del principio de supremacía constitucional, el que juzga tiene poder político porque puede declarar la inconstitucionalidad de una norma o acto del poder administrador.

1.3.33. El Consejo de la Magistratura es una institución absolutamente ajena, no sólo al sistema político de distribución de poderes a la manera norteamericana, que es el que nosotros tenemos, sino además a la esencia de ese sistema político, pues el Consejo de la Magistratura corresponde a estructuras en las cuales el juez administra justicia, y nada más.

1.3.34. Esto es, carece de condición de poder político.

1.3.35. Tan fuerte ha sido la filosofía política de los sistemas europeos continentales que va descripta, que cuando después de la primera gran guerra (1914-1918) grandes pensadores filosófico-políticos y jurídicos como Kelsen, desearon de alguna manera remedar en las constituciones en las que podían influir de alguna suerte como en la de Austria de 1920, la presencia de cierto control de constitucionalidad, todo ello quedó simplemente en el nivel, en los hechos, de aventura intelectual, no aceptada, no comprendida y menos aplicada.

1.3.36. La Europa de la primera postguerra no aceptó dar el control de constitucionalidad a unos cuantos "viejos jueces conservadores", como las fuerzas de izquierda los categorizaban.

1.3.37. Así fracasó también el control de constitucionalidad en la Constitución española de la segunda República, en 1931.

1.3.38. Y fracasó en todas partes en Europa el control de constitucionalidad en manos de jueces, por lo que el Consejo de la Magistratura se desarrolló siempre en sistemas políticos donde el juzgar era una parte del administrar del Estado.

1.3.39. Resulta absolutamente evidente que el Consejo de la Magistratura desde su origen, y en todo su desarrollo hasta bien avanzado este siglo, integra una estructura de gobierno en la que los jueces son administración pública. Así como hay una administración que acompaña aspectos de gobierno de todos los días, en su quehacer ejecutivo, hay otra administración que acompaña los aspectos del juzgamiento, y que integra la misma administración del Estado y depende del poder ejecutivo, por general de origen parlamentario, monárquico o republicano

1.3.40. Administración de la cosa pública y administración de justicia, es siempre administración dentro del ámbito de lo que nosotros llamamos poder ejecutivo.

1.3.41. Jamás el Consejo de la Magistratura integró e integra un sistema político y jurídico que ni tuvo ni tiene nada que ver con una distribución de poderes que semeje la norteamericana o la nuestra, al menos en su teórica aplicación.

1.3.42. Fue y es simplemente una descentralización administrativa más, dentro de la administración general del Estado.

1.3.43. Cuando se produce el fin de la segunda guerra mundial, acaeció la mostración de la visión extraordinaria de Tocqueville. Como es bien conocido el pensador genial que fue Tocqueville anunció a mediados del siglo XIX, en su primera mitad, en *La democracia en América*, con extraordinaria capacidad anticipativa, que los grandes personajes de la historia del mundo en el siglo XX se iban a ir de Europa, y que ellos serían, además, por un lado Estados Unidos, y por el otro Rusia. Junto con esa pérdida de trascendencia en el mundo, Europa comprendió que era menester adjudicar al sistema político norteamericano, verdadero triunfador en aquella terrible y universal guerra, parte fundamental de aquel éxito. Y de allí se dedujo la necesidad de imitar, lo más posible, dentro de lo que las tradiciones y costumbres políticas europeas lo permitían, aquellas instituciones norteamericanas que estaban detrás y en la base de aquel gran triunfo.

1.3.44. Todo esto acaeció en 1945, y en los inmediatos años posteriores.

1.3.45. La predicción de Tocqueville además se vio confirmada y ratificada en los hechos con el convenio de Yalta, como la mejor prueba de la visión política de quien 120 años antes había visualizado el futuro de Europa y del mundo.

1.3.46. La gran derrotada en la segunda guerra mundial, además del nacional socialismo, fue sin duda toda Europa, que se dispuso entonces a transitar, en muchos aspectos, las sendas de los nuevos triunfadores.

1.3.47. Europa, que perdió el poder político que venía ejerciendo en la cultura de occidente desde su origen, intentó en especial imitar a sus triunfadores americanos del norte.

1.3.48. El meridiano político se había ido a Washington y a Moscú, y allí fue Europa a buscar ejemplos, con suerte variada. Los que intentaron imitar a Moscú, por muchas razones, no tuvieron éxito. Sí los que siguieron a Washington.

1.3.49. Cuando Europa tuvo que reconstruirse, no solamente fue el plan Marshall que vino de Washington el que ayudó a reestructurarla y a frenar las fuerzas que venían de Moscú, sino que además, desde el punto de vista institucional, Europa entendió que era necesario de alguna manera institucionalizar controles de constitucionalidad, fuera del ámbito del legislativo y del poder ejecutivo, a la manera local como garantía de la libertad y como senda a la eficacia.

1.3.50. Larga fue la lucha entonces y se produjo una transacción en lo que al tema de control de constitucionalidad se refiere, entre las ideas de la Europa decimonónica vencida, y la necesidad de adoptar modelos controladores del triunfador americano, en materia de supremacía constitucional. Así nacieron los Tribunales Constitucionales. Mas este es otro tema.

1.4. *El control de constitucionalidad en los sistemas europeos posteriores a la segunda guerra mundial y los Consejos de la Magistratura. Esenciales diferencias con el sistema de control de constitucionalidad a la manera norteamericana, que es la nuestra.*

1.4.1. Esa transacción se realizó sobre la base de no dar a los jueces capacidad de control de constitucionalidad.

1.4.2. Esto es, no dar a los jueces la capacidad de declarar la inconstitucionalidad de la leyes.

1.4.3. Los jueces en Europa eran y siguen siendo, y en definitiva son, administradores de justicia y nada más.

1.4.4. Y en consecuencia los jueces europeos forman parte, como siempre, de la administración del Estado. No son poder. Son administradores de justicia.

1.4.5. Así fue que en Europa, para institucionalizar la supremacía constitucional como garantía de la libertad y del estado de derecho, se creó un organismo especial. Las Cortes o Tribunales Constitucionales.

1.4.6. Las Cortes o Tribunales Constitucionales a la europea no integran el mundo de la judicatura. No son tampoco jueces administradores de justicia. Son, lo repito, controles de supremacía constitucional, en condición de garantía del sistema a través de la vigencia efectiva del principio de supremacía.

1.4.7. Las Cortes Constitucionales europeas poseen, sin lugar a duda, autonomía propia y una enorme capacidad que se demuestra en la potestad para controlar la constitucionalidad de las leyes y de los actos del poder administrador.

1.4.8. Pero esas Cortes Constitucionales a la manera italiana de la Constitución de 1947, o de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, o de la Constitución española de 1978, o de la Constitución francesa de 1958, son organismos ajenos a la capacidad de juzgamiento y tienen un control de constitucionalidad individualizado, puntual y exclusivo. Sus decisiones, cuando son positivas, tienen valor legislativo universal.

1.4.9. Los jueces u otros órganos del Estado, en algunos países, cuando encuentran una posible agresión a la norma de base, esto es a la Constitución, deben abstenerse de continuar los trámites, y deben remitir la causa a la Corte Constitucional. Existen también capacidades preventivas de control, a la manera francesa, y también otras variables de intervención de estos Tribunales, que muestran que su accionar responde a presupuestos bien diferentes del modelo norteamericano.

1.4.10. De allí que el control de constitucionalidad en el sistema europeo tiene características y consecuencias fundamentales bien diferentes al control de constitucionalidad a la americana.

1.4.11. Por ello, el control de constitucionalidad difuso y que no deroga la norma declarada inconstitucional, mecánica operativa típica de la estructura norteamericana y argentina, fue marginado en los sistemas europeos posteriores a la segunda guerra. Control de constitucionalidad sí, pero no en manos de los jueces que administran comúnmente justicia.

1.4.12. El control de constitucionalidad en manos de las Cortes o Tribunales Constitucionales europeos que son los

únicos órganos en todo el sistema con potestad de control por supremacía constitucional, deroga la norma declarada inconstitucional y esa derogación es en sus efectos "erga omnes". Esto es, las Cortes o Tribunales Constitucionales tienen capacidad legislativa derogatoria con efecto general.

1.4.13. El control de constitucionalidad europeo es como va dicho, y lo subrayo, capacidad legislativa con signo negativo.

1.4.14. Deroga normas con valor, esa derogación, para todos. En el proceso y fuera de él para la comunidad toda.

1.4.15. El control de constitucionalidad americano no es legislativo.

1.4.16. No deroga normas. No sale del ámbito judicial y no incide sino sobre las partes en el proceso.

1.4.17. Otras muchas más son las diferencias, pero lo esencial es entender que el control constitucional en el sistema europeo no está en manos de los jueces, y tienen las Cortes o Tribunales constitucionales capacidad legislativa derogatoria con extensión universal en sus efectos. La norma tachada ya no integra el plexo jurídico vigente.

1.4.18. El control de constitucionalidad en el sistema de división de poderes a la norteamericana, sólo lo ejercen los jueces, de cualquier estamento judicial que sea, y no deroga la norma cuestionada.

1.4.19. Son sistemas totalmente diferentes. Y son distintos, no solamente en sus esquemas contemporáneos, sino también en toda su evolución histórica institucional, en cada país y zona.

1.4.20. Es lógico que, en el sistema europeo, el Consejo de la Magistratura sea visto como una institución garantística para los jueces destinada sobre todo a frenar los excesos del ejecutivo y del legislativo. Es así que en definitiva ese Consejo de la Magistratura y los jueces que integran el quehacer de repartir justicia entre los litigantes, son parte de la administración general del Estado y no poder judicial.

1.4.21. Las Cortes o Tribunales Constitucionales europeos actuales, a su vez, deben ser vistos fundamentalmente como órganos garantísticos de la supremacía constitucional y a sus efectos, en lo que a su accionar y quehaceres propios se refiere.

1.4.22. Y desde el punto de vista de poder político general en el estado y su distribución, deben a su vez ser visualizados como órganos "extra-poder", limitativos de las capacidades deci-

sorias del legislativo y del ejecutivo de acuerdo con y en función de las respectivas competencias emanadas de la Constitución. En síntesis, garanten derechos constitucionales y distribución de competencias entre poderes constituidos. Sus mecánicas operativas son diferentes al modelo americano. Sus quehaceres tienen capacidad legislativa negativa *erga omnes*, y no integran el órgano de judicatura habitual, que les debe obediencia a sus decisiones, pero les es ajeno, pues pertenece al ejecutivo como parte de la administración del estado.

1.5. *Ubicación constitucional y legal del Consejo de la Magistratura en el sistema argentino vigente. Primer juicio de valor referido a su existencia y coherencia dentro del sistema de distribución de competencias de la Constitución Nacional, y sobre todo ante la garantía de independencia al Poder Judicial.*

1.5.1. Dentro y en función del sistema norteamericano y del nuestro, el Consejo de la Magistratura debe ser visualizado como una institución ajena totalmente al sistema político y a los valores de base de ese sistema de distribución de poderes constituidos.

1.5.2. El Consejo de la Magistratura aparece como un instituto ajeno al sistema. Y lo que es más, resulta que por otra parte luce como institución que claramente milita en franca contradicción con la estructura general política vigente y sus formas y finalidades garantísticas y de distribución de poder político y jurídico en el sistema de gobierno que nos rige. Su existencia se presenta en forma que agrede y agravia la jerarquía y sobre todo la independencia real del poder judicial, en su mecánica operativa.

1.5.3. El control de constitucionalidad en manos de los jueces que integran la potestad del estado en condición de poder judicial, representa sin duda una de las garantías básicas de la libertad en el sistema americano y en el argentino. Ello se da sobre la base de efectivamente institucionalizar como poder constituido, al acto de juzgar y a toda su mecánica operativa para llegar a la decisión por sentencia, y a quien juzga. Ello sin posibles interferencias al ejercicio del controlar y del juzgar, por parte de los demás poderes constituidos y de los poderes de hecho.

1.5.4. Todo esto evidencia que encajar en un sistema de distribución de potestades de gobierno con control de constitucionalidad en manos de la judicatura jerarquizada a la calidad y condición de poder judicial, a un instituto como el Consejo de la Magistratura con las potestades que el artículo 114 de la C.N. le reconoce, es más o menos semejante a tratar de injertar en un duraznero un peral.

2. Los antecedentes inmediatos del Consejo de la Magistratura en el artículo 114 de la Constitución Nacional. El Consejo General del Poder Judicial en la Constitución de 1978 en España y su legislación de 1980 y 1985 vigente.

2.1. Resulta claramente evidente que el artículo 114 de la Constitución argentina con su texto de agosto de 1994 que regla el Consejo de la Magistratura, en principio, está filiado en lo que a antecedentes se refiere en la Constitución del Reino de España de 1978 y por esa senda en la Constitución de la República italiana de 1947.

2.2. Pero además resulta evidente también comprobar que esa normativa tiene características propias, que no han mejorado para nada a esos antecedentes. Ello además de su desubicación institucional (ver capítulo que precede, y su síntesis 1.5.4.).

2.3. Lo expuesto obliga necesariamente a efectuar una descripción somera de esos antecedentes, teniendo presente que la filosofía jurídica básica que está detrás de los antecedentes precedentemente mencionados, es, como va expuesto (2.2.), la desarrollada en el capítulo 1 que precede y al que me remito.

2.4. En la Constitución española de 1978, en su artículo 122, se regla la existencia del Consejo General del Poder Judicial. Se ubica ese artículo dentro del capítulo que se refiere al gobierno de lo allí llamado "poder judicial", y no lo es, desde que la judicatura normal española carece de capacidad de control de constitucionalidad. Esa potestad sólo la posee el Tribunal Constitucional que es el único que puede decretar inconstitucionalidades. Además, ese Tribunal Constitucional no integra, lo reitero, la magistratura ordinaria, que es administración de justicia solamente.

2.5. Está presidido ese Consejo por el Presidente del Tribunal Supremo. Con él son veintiuno sus miembros. Duran cinco años en su cargo, los veinte integrantes aludidos.

2.6. El Vicepresidente previsto por la norma es elegido por el plenario de miembros integrantes, debiendo obtener 3/5 de los votos del cuerpo.

2.7. El órgano funciona en Asamblea plenaria para dictar su reglamento interno. Tiene Comisiones que, en verdad, son verdaderos órganos de ejecución.

2.8. El Consejo posee además una Comisión permanente que organiza todo lo referido a las Asambleas del mismo, lo relacionado con los temas de calificación de los magistrados y lo que hace a los aspectos disciplinarios de aquéllos.

2.9. La Asamblea plenaria tiene capacidad para crear o modificar sus propias Comisiones. Esto es, goza de un determinado grado de autogobierno legislativo, en lo que le es propio por Constitución.

2.10. Esta es una característica de enorme importancia que no aparece en el artículo 114 y que no debe ser confundida con las reglamentaciones del inciso 6.

2.11. El constituyente español delegó la reglamentación del artículo 122 en el legislador ordinario. En el sentido indicado se sancionó la ley del 10 de diciembre de 1980, dentro de los esquemas de un cierto grado de autogobierno.

2.12. Esa ley fue luego modificada por la denominada Ley Orgánica del Poder Judicial, en el año 1985.

2.13. La primera norma señalada daba como integrantes del Consejo General del Poder Judicial la cantidad ya referida de veinte miembros además del Presidente. De ellos, cuatro a designar por la Cámara de Diputados, allí llamada Congreso, y otros cuatro por el Senado. En ambos casos entre destacados juristas del país. Así lo dice el artículo 122.3 de la Constitución y el artículo 7 de la referida ley de 1980. Y los doce restantes debían ser elegidos entre jueces y magistrados distribuidos entre todas las categorías judiciales, como rezaba el artículo 7 de la ley mentada. La elección se producía por el voto de todos los jueces por voluntad de la ley. Ello desde que la Constitución deja librada a la ley la manera de selección de esos doce integrantes del Consejo.

2.14. El artículo 8 de la ley establecía las proporciones de cada categoría de jueces que debían ser electos.

2.15. Ese esquema originario en cierta medida está detrás de la integración del Consejo de la Magistratura descrito por el artículo 114.

2.16. Pero debo destacar la gran diferencia con el texto vigente actual en la legislación española, que como va dicho, es de ley y no de Constitución, como sucede entre nosotros, en lo relacionado con miembros del Consejo en representación de los jueces.

2.17. Esta diferencia es muy importante.

2.18. Ello porque la ley española de 1980 (ley orgánica 1/1980) que establecía que doce de los veinte miembros del Consejo General del Poder Judicial serían elegidos por votación entre los jueces y magistrados pertenecientes a las diversas categorías del poder judicial, fue modificada por la ley de 1985, pudiendo así hacerse porque la forma de elección de los representantes de los magistrados y jueces no es de Constitución en España.

2.19. Las motivaciones de esa reforma, se asegura por los doctrinarios españoles, fue política. Su causa profunda radicó en diferencias esenciales entre las Cortes y la judicatura por las críticas recibidas por las primeras de la segunda.

2.20. Respecto de la Ley Orgánica 1/1980, los jueces y magistrados que elegían doce vocales, tres debían ser magistrados del Tribunal Supremo, seis de Magistrados y tres de Jueces.

Cada estamento de los mencionados elegía sus representantes.

2.21. La reforma de 1985, a mérito de la Ley Orgánica 6/1985, fue realmente profunda en lo referido a la manera de selección y elección de la representación de Magistrados y Jueces.

2.22. El plazo de todos los vocales era el mismo. Cinco años de mandato para los electos.

2.23. Esta ley de 1985, en vigencia de acuerdo con Francisco Fernández Segado, en *El sistema Constitucional Español* (Editorial DyKinson, Madrid, 1992), en página 796, expresa que:

"Cada Cámara elegirá, por mayoría de tres quintos de sus miembros, cuatro vocales entre abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de quince años en el ejercicio de su profesión. Además cada una de las Cámaras propondrá, igualmente por mayoría de tres quintos de sus miembros, otros seis vocales elegidos de entre Jueces y Magistrados de todas las

categorías judiciales que se hallen en servicio activo. Los vocales así elegidos serán nombrados por el Rey mediante Real Decreto refrendado por el Ministro de Justicia".

"El cambio en el sistema de elección de los miembros del Consejo General, radical respecto del primer desarrollo constitucional del artículo 122, resulta aún más sorprendente si se advierte que el nuevo sistema de elección no figuraba inicialmente en el texto del proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, siendo incorporado al mismo en el curso de su "iter" legislativo, al hacer suya el Grupo Parlamentario Socialista una enmienda presentada en un primer momento por el diputado del Grupo Mixto, señor Bandrés. En el fondo de este cambio latía una actitud de verdadera represalia política socialista contra un órgano, el Consejo General, que hasta ese momento se había caracterizado por una actitud notablemente crítica frente al Gobierno".

"Por supuesto, la nueva regulación legal respeta formalmente la literalidad del texto constitucional. Ahora bien, ¿es esto suficiente para considerarla conforme a la Constitución? Evidentemente que no."

"La modificación, como en un momento precedente dijimos, se trató de justificar desde el punto de vista de las exigencias del principio de legitimidad democrática. Ahora bien, la Constitución ya había tenido presente tal perspectiva, al reservar al Parlamento la elección de ocho vocales de los veinte integrantes del Consejo. Aunque los doce restantes no se reservaban expresamente a la elección de los miembros integrantes del Poder Judicial, y ese silencio constitucional fuera un tanto inexplicable, es lo cierto que el supuesto carácter de órgano de autogobierno del Poder Judicial, y por ello mismo, de órgano dotado de un cierto carácter representativo de los Jueces y Magistrados, los precedentes del Derecho comparado (Italia especialmente) y el mismo hecho de que esos doce vocales hubiesen de elegirse de entre los Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, conducía razonablemente a suponer que su elección debía corresponder a los Jueces y Magistrados integrantes de esas mismas categorías. Más aún, el artículo 122.3 reserva al Parlamento sólo la propuesta de ocho vocales. Si en el ánimo del constituyente hubiese estado la total elección de aquéllos por las Cámaras, lo hubiese hecho constar explícitamente".

"La opción del legislador reflejada en la Ley Orgánica 6/1985 es posible que pusiera término, como dice Terol, a la supuesta consideración que había despertado el Consejo General en algunos miembros de la judicatura proclives a ver en él un órgano de representación corporativa de jueces y magistrados, algo que evidentemente el Consejo no estaba llamado a ser, pero a la par, y ello es lo que nos resulta especialmente grave, puso fin a toda posibilidad de considerar al Consejo como el órgano de autogobierno del Poder Judicial, pues aunque es cierto que doce de sus vocales proceden de todas las categorías judiciales, su carácter ya no es representativo del sentir de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, pues no son ellos los electores, sino las dos Cámaras del Parlamento. Con ello, además, se introducía el grave peligro de sujetar este órgano, en su entera composición, a la dinámica del Estado de partidos, algo que, como el mismo Juez de la Constitución ha reconocido, no resulta oportuno. La última renovación del Consejo nos revela que ese peligro no es sólo teórico, sino muy real".

"En definitiva, a nuestro juicio, hoy el Consejo General es el órgano de gobierno del Poder judicial, pero no el órgano de autogobierno del mismo. Que ello sea o no conforme a la Constitución, a su verdadero espíritu en este punto, es cuestión diferente y discutible. Desde luego, como ya dijimos, la "Lex Superior" no prevé expresamente la elección de un conjunto de vocales del Consejo por los Jueces y Magistrados. De ahí que el Tribunal Constitucional (STC 108/1986) significara que la facultad de autogobierno no se reconoce en la Constitución ni se deriva lógicamente de la existencia, composición y funciones del Consejo, afirmación, a nuestro modo de ver, más que discutible, aunque desde un punto de vista estrictamente formal pueda ser correcta".

2.24. La fundamentación que se alegó para la reforma básica de la representación de los integrantes del poder judicial fue la necesidad de despolitizar todo lo posible a la magistratura y a los jueces. El auto transcripto muestra que esa finalidad estaría lejos, a sus ojos, de haberse cumplido.

2.25. Fundamentalmente, se argüía, era menester impedir toda forma de corporativismo. Así se dice en la exposición de motivos de aquella ley de 1985, por la mayoría socialista gobernante.

2.26. Es del caso señalar que la reforma que marginó el sistema electoral de 1980 no fue aceptada en silencio. Se planteó su inconstitucionalidad. El planteo fue rechazado en 1986 por el Superior Tribunal sobre la base de que la magistratura, constitucionalmente no goza en el sistema español de pretensión de autogobierno para garantizar la independencia de los jueces, señalándose además que en el sistema norteamericano y en general en los anglosajones, los jueces gozan de total independencia sin que ella se asiente en ningún esquema de autogobierno de la magistratura. Respecto del tema, Fernández Segado, en obra citada (página 797), afirma que:

"La radical alteración del sistema de elección de los miembros del Consejo General sería uno de los principales motivos -si no el fundamental- de un recurso de inconstitucionalidad promovido por 55 diputados de Alianza Popular. El recurso daría lugar a la importantísima Sentencia 108/1986, de 29 de julio, en la que nuestro supremo intérprete de la Constitución, aferrándose de modo un tanto forzado al principio de interpretación conforme a la Constitución y subsiguiente preservación de la norma, desestimaría en su totalidad los argumentos de los recurrentes. Pocas veces, sin embargo, ha mostrado el Tribunal de modo tan patente su rechazo frente a una determinada opción del legislador, aun sin llegar a declararla ilegítima desde el punto de vista constitucional".

"El Tribunal parte en su argumentación de la previa concreción del fin perseguido por el constituyente, del espíritu y finalidad de la norma contenida en el artículo 122.3.: El fin perseguido es, de una parte, el de asegurar la presencia en el Consejo de las principales actitudes y corrientes de opinión existentes en el conjunto de Jueces y Magistrados en cuanto tales, es decir, con independencia de cuales sean sus preferencias políticas como ciudadanos y, de la otra, equilibrar esta presencia con la de otros juristas que, a juicio de ambas Cámaras, puedan expresar la proyección en el mundo del Derecho de otras corrientes de pensamiento existentes en la sociedad. La finalidad de la norma sería así, cabría afirmar de manera resumida, la de asegurar que la composición del Consejo refleje el pluralismo existente en el seno de la sociedad y, muy especialmente, en el seno del Poder Judicial".

"A partir de aquí, es claro que la legitimidad constitucional de la opción de la Ley Orgánica 6/1985, tan sólo podrá sostenerse si se respeta tal finalidad. Por supuesto, el Tribunal entiende que esa finalidad se alcanza más fácilmente con el sistema vigente con anterioridad; ello es cosa que ofrece poca duda. Pero esto es indiferente a la hora de decidir la conformidad o disconformidad constitucional del artículo 112 LOPJ. De lo que se trata es de ver si este precepto se adecua al espíritu y finalidad de la norma constitucional. A tal efecto, nuestro supremo intérprete de la Constitución, tras considerar que no puede afirmarse que tal finalidad se vea absolutamente negada al adoptarse el procedimiento de atribuir a las Cortes la facultad de propuesta de los miembros del Consejo procedentes del Cuerpo de Jueces y Magistrados, máxime cuando la Ley adopta ciertas cautelas, como es la de la exigencia de una mayoría cualificada de tres quintos en cada Cámara, manifiesta:

"Ciertamente, se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la Norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atienden sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial".

"Las precedentes argumentaciones, enfocadas a la luz del principio de interpretación conforme a la Constitución, conducen a la siguiente conclusión del Tribunal:

"La existencia y aun la posibilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la Norma constitucional, parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez, ya que es doctrina constante de este Tribunal que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución".

"El razonamiento jurisprudencial, aún manteniéndose técnicamente dentro de unos parámetros razonables, ofrece evidentes flancos débiles, en especial por lo que a la conclusión final

a la que se llega se refiere. Así, no parece propio de un órgano como el Tribunal Constitucional efectuar recomendaciones al legislador, en el sentido de que proceda a la sustitución de una norma. Si ésta es acorde con la Constitución, el Tribunal debe preservarla, obviamente, y si es contraria declarar su invalidez. Optar por posicionamientos intermedios no conduce más que a convertir un órgano jurisdiccional en un órgano con veleidades políticas, todo ello además de lo incomprensible que resulta que en dos normas igualmente legítimas desde la perspectiva de su constitucionalidad, el Tribunal pretenda establecer graduaciones en su acomodo a la 'Lex Superior', al considerar una más adecuada que otra".

2.27. En la Constitución argentina, el artículo 114 establece que el Consejo de la Magistratura será integrado en lo que al tema de la representación de jueces se refiere, por integrantes de todas las instancias, sin determinar ninguna otra pauta, que no sea la general de "equilibrio", entre todas las representaciones que concurren a integrar el Consejo. Es evidente la filiación en el modelo español.

2.28. De allí la multitud de variables que será posible presentar en función de intereses claramente contradictorios.

2.29. Lo expuesto, más el recuerdo de las alternativas vividas en España, en derredor de la temática en desarrollo, dan pautas bien claras que poco tienen de tranquilizadoras. Si se quería imponer esta bien objetable institución en nuestro sistema jurídico institucional, es evidente que el conocimiento de aquellos antecedentes, que hay derecho a suponer que se debían conocer, debiera haber prudentemente aconsejado al constituyente mayor precisión en los lineamientos generales del instituto que se importó. Un mínimo de sabiduría republicana así lo aconsejaba.

2.30. Es del caso señalar que la Ley Orgánica del poder judicial de 1985 en España, otorga instrumentos garantísticos a los integrantes del Consejo a fin de darles independencia en sus decisiones.

2.31. En ese sentido, los miembros del relacionado Consejo General del Poder Judicial están liberados expresamente de todo tipo de mandato imperativo. Tampoco pueden ser removidos de sus cargos. Finiquitan en aquellos por vencimiento del plazo, por renuncia, por incapacidad, por incompatibilidades, y compul-

sivamente cuando media incumplimiento de los deberes, de acuerdo con el artículo 119, inciso 2do. de la ley en la materia.

2.32. Es juzgador de quien transgrede el propio órgano, esto es el Consejo General del Poder Judicial.

2.33. Se excluye otro juzgamiento. Este tema es por demás difícil de resolver con satisfacción para todos.

2.34. Entre nosotros la temática precedentemente comentada tampoco tiene solución constitucional prevista. Esta omisión que tiene mucho de imprevisión, y muestra ligereza en el planteo y desarrollo de la institución, es nueva prueba del poco acierto con que se legisló.

2.35. Respecto del plazo de cinco años que tienen los mandatos de los vocales del Consejo español, es bueno visualizar que el mismo aparece como pensado así para correr independiente de los plazos de los integrantes del poder legislativo.

2.36. Es claro que esa disparidad puede verse alterada por los avatares políticos que lleven a disoluciones anticipadas del mentado legislativo.

2.37. La designación de los miembros integrantes del Consejo en los términos de la ley de 1985 requiere mayorías bien calificadas.

2.38. Con ello se pretende superar las mayorías absolutas normales para el quehacer habitual del poder legislativo.

2.39. Paso ahora a las potestades del Consejo. La normativa que en la Constitución española establece las capacidades decisorias del Consejo General del Poder Judicial, está distribuida en diversos artículos, a diferencia de lo que acaece entre nosotros con el artículo 114 vigente.

2.40. Es así que el artículo 122.2. de la Constitución española de 1978 es el que regla lo que se denomina el gobierno del poder judicial.

2.41. Entre esas capacidades del denominado gobierno del no muy acertadamente llamado poder judicial, desde que -lo repito- no lo es por carecer la magistratura ordinaria en España de capacidad para declarar la inconstitucionalidad de las normas, de acuerdo con lo desarrollado largamente en el capítulo 1ro. de este trabajo, se encuentra la capacidad de ese Consejo General del Poder Judicial para proceder a los nombramientos, promociones, controles y régimen disciplinario de los jueces que integran la magistratura.

2.42. Sucede que es del caso señalar que el organismo otorga a los jueces amparo, cuando alguno de ellos así lo requiera luego de encontrar fundada la petición, por motivo de mejor servicio de la magistratura.

2.43. Fue lo que acaeció recientemente con un Magistrado (Baltazar Garzón) de muy notable actuación pública y que se consideró agredido por el impacto publicitario de un procesado en su Estrado.

2.44. En nuestro artículo 114 no surge esa capacidad protectora, que quizá la ley reglamentaria regle e institucionalice en función del inciso 6to. de ese artículo.

2.45. Es de destacar una diferencia notable en la estructura jurídica del Consejo español frente al artículo 114 de la Constitución argentina vigente, en materia de administración económica y financiera. La doctrina española encuentra ello bien coherente, pues como lo dice Fernández Segado (obra citada, página 800), siguiendo a Luis María Díez Picazo (en *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Editorial Civitas, Madrid, 1991), "la imposibilidad de encomendar al Consejo esta administración económica deriva, no tanto de que no incida directamente en el gobierno del Poder Judicial, cuanto de que una gestión presupuestaria de esa envergadura conlleva auténticas decisiones políticas, las cuales, en una forma de gobierno parlamentaria, no pueden ser adoptadas por órganos políticamente responsables".

2.46. Las capacidades que entre nosotros se le adjudican al Consejo de la Magistratura, en el inciso 3ro., en el sentido de administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia, es normativa que no existe en la estructura española. Al comentario que precede me remito.

2.47. Además el Consejo español carece de potestad reglamentaria en materia de la mecánica operativa de los magistrados en el cumplimiento de sus actividades.

2.48. Esto es, en la estructura española tampoco existe la capacidad para dictar reglamentos relacionados con la organización judicial, como lo dice el inciso 6to. del artículo 114 de la Constitución argentina vigente.

2.49. Ya en 1986 el Supremo Tribunal Constitucional de España rechazó la pretensión de capacidad reglamentaria en el ámbito que va señalado.

2.50. Expresamente en ese sentido, el Tribunal Constitucional subrayó que el Consejo español carece de "poderes implícitos".

2.51. Ese Tribunal Supremo (STC 108/1986, Fernández Segado, p. 801) de acuerdo con la estructura española tiene capacidad de control sobre los reglamentos que dicta el Consejo General del Poder Judicial, e inclusive sobre las resoluciones singulares que ese organismo dicte con referencia a la administración de justicia y con relación también a magistrados y funcionarios.

2.52. La dependencia en materia de competencia del Tribunal Supremo que el quehacer del Consejo General del Poder Judicial español produzca, mantiene una razonable supremacía que lamentablemente no está prevista en el artículo 114 de la Constitución argentina vigente.

2.53. Otra diferencia importante entre el sistema español y el argentino radica en que el primero, el español, otorga al Consejo capacidad para responder consultas en materia referida no solamente a la administración de justicia, sino también a temas de derecho procesal.

2.54. Son facultades consultivas y no vinculantes u obligatorias.

2.55. Pueden consultar el gobierno y las Cámaras.

2.56. Resulta evidente visualizar que la estructura del Consejo General del Poder Judicial y su ordenamiento legislativo actual y en vigencia tiene coherencia orgánica y responde a los antecedentes históricos y al pasado y presente socio-político de España.

2.57. No es un órgano que aparece fuera de contexto y a contrapelo con el sistema constitucional, como sucede con el Consejo de la Magistratura en el artículo 114 de la Constitución argentina.

2.58. Además de las diferencias fundamentales señaladas, es del caso subrayar que la mecánica operativa de la primera estructura que se le otorgó al Consejo español cuando se habilitó la integración de doce de sus plazas por elección de entre los miembros de la magistratura y jueces, no dio resultado favorable, pues más allá de las diferencias con el Parlamento apareció un real proceso creciente de politización muy perjudicial para la magistratura en cumplimiento de sus fines esenciales y su pres-

tigio en el medio español. Hoy tampoco, con su actual estructura, tiene signo positivo la institución en España. Estos son los hechos.

3. *El modelo italiano de la Constitución de 1947.*

3.1. El primer señalamiento que corresponde efectuar es que, en el tema del Consejo de la Magistratura, el modelo italiano es el antecedente de la estructura de análoga institución de la Constitución española de 1978 que va descripto.

3.2. Además, es evidente la influencia directa e indirecta de la estructura italiana en el artículo 114 de la Constitución argentina, aunque nuestra normativa señala diferencias no beneficiosas bien marcadas con este antecedente en análisis.

3.3. La Constitución italiana, al igual que la española, tienen control de constitucionalidad en manos de un Superior Tribunal denominado en España "Tribunal Constitucional", y en Italia "Corte Costituzionale".

3.4. Ninguno de los dos, como ya está dicho, integran la magistratura o judicatura.

3.5. No son órganos de juzgamiento.

3.6. Ejercen la cumplimentación de las consecuencias del principio de supremacía constitucional, siendo Tribunal de garantías en la distribución de competencia entre los poderes del estado, regiones, provincias, municipios y entes descentralizados y para con los derechos constitucionales de los individuos.

3.7. El control de constitucionalidad es institución absolutamente ajena a la magistratura y judicatura normal italiana, como lo es de la española.

3.8. En la Constitución italiana, el Consejo de la Magistratura está reglado en el título 4to., Sección Ira. y previsto en los artículos 104 y siguientes a 110.

3.9. En aquella Constitución de 1947, en el referido artículo 104 se establece que la magistratura constituye un orden autónomo e independiente de todo otro poder.

3.10. Y que al Consejo Superior de la Magistratura reglado en el 2do. párrafo del artículo 104, el Presidente de la República es quien lo preside.

3.11. Luego ese mismo artículo establece que forman parte del Consejo de la Magistratura de pleno derecho, el primer Presidente y el Procurador General de la Corte de Casación,

agregándose después en el 4to. párrafo que son componentes del Consejo Superior de la Magistratura en sus 2/3 magistrados ordinarios pertenecientes a diversas categorías y en el tercio restante por miembros designados por el Parlamento, esto es por las dos Cámaras en sesión conjunta. El Parlamento deberá designar ese tercio entre profesores titulares ordinarios de las universidades en materias jurídicas y abogados con 15 años de ejercicio.

3.12. El Consejo elige un Vicepresidente que deberá ser necesariamente uno de los miembros designados por el Parlamento. Esto es, no entre los electos por los magistrados.

3.13. Los miembros del Consejo duran cuatro años, y no son reelegibles.

3.14. Los miembros del Consejo tienen incompatibilidades con las actuaciones profesionales respectivas, y además no pueden integrar el Parlamento, ni Consejos regionales.

3.15. De acuerdo con el artículo 105, corresponde al Consejo Superior de la Magistratura directamente los nombramientos, destinos y traslados, promociones y medidas disciplinarias referentes a los magistrados.

3.16. El artículo 106 establece que los nombramientos de los magistrados se efectuarán por concurso.

3.17. Pertenece al Consejo de la Magistratura la capacidad de declarar la cesantía o suspender en el servicio a los magistrados, de acuerdo con el artículo 107. Todo ello con las garantías del debido proceso. Es el Ministerio de Justicia el que tiene la facultad de promover las acciones disciplinarias, de acuerdo con el referido artículo 107.

3.18. El artículo 110 establece que, sin perjuicio de la competencia del Consejo de la Magistratura, corresponde al Ministerio de Justicia la organización y el funcionamiento de los servicios referentes a la justicia. Esto es todos los aspectos económicos y financieros que quedan fuera de la capacidad decisoria del referido Consejo de la Magistratura.

3.19. El Parlamento regló legislativamente al referido Consejo de la Magistratura por ley del 24 de marzo de 1958 y luego del 2 de diciembre de 1975. Originariamente la ley de 1958 estableció que el Consejo se constituía con 24 miembros entre los que se encontraban los tres ya mencionados, esto es el Presidente de la República, el primer Presidente de la Cámara de

Casación y el Procurador General ante la Cámara de Casación, más 14 magistrados electos por el cuerpo judicial, y 7 personalidades notables ajenas a la administración de justicia, pero todos ellos abogados con quince años como mínimo de ejercicio.

3.20. Ese sistema se modificó en 1975, alterando fundamentalmente la composición del cuerpo y la forma de designación de sus miembros.

3.21. El número de miembros pasó a 30. De ellos, 20 elegidos por la magistratura y 10 por el Parlamento. La integración es análoga a la precedente.

3.22. La duración del mandato es de cuatro años, tanto en la ley originaria como en la vigente.

3.23. A lo largo y ancho del territorio italiano, de acuerdo con la ley, existen en cada jurisdicción organismos descentralizados que pertenecen al Consejo, encargados en su jurisdicción fundamentalmente de las cuestiones de disciplina.

3.24. El tema central que está detrás de la constitución del Consejo de la Magistratura en Italia fue el intento de despolitizar el proceso de designación y remoción de magistrados. El tema, aunque por aparentes diferentes andariveles, es el mismo. Es que el Consejo de la Magistratura, o entidad cualquiera sea su nombre, pero que realice funciones similares, siempre y sin excepción, está en el centro del torbellino de los intereses de las facciones o partidos políticos. Como siempre, guste o no guste, sólo muy excepcionalmente puede mitigarse el principio lamentable, pero básico e ineludible, de que es lo político lo que condiciona a lo jurídico y sólo muy parcamente puede invertirse esa relación.

3.25. Como ya se ha señalado varias veces, ese objetivo se ha logrado muy parcialmente, pues a pesar del estilo político de convivencia que caracterizó a la Italia de la segunda posguerra hasta los últimos grandes remezones recientes, las tendencias, intereses y condicionamientos partidistas y políticos subsisten, y se dan también dentro del propio Consejo. Con todo, la magistratura italiana ha sido y es un ejemplo en Occidente y en el mundo. Hasta tiene sus mártires y no son pocos.

3.26. Los datos más fundamentales a señalar radican en que, como está dicho, el Consejo es presidido por el Presidente de la República y designa los magistrados y jueces, y establece los destinos y traslados, las promociones y las medidas disciplinarias.

3.27. Es fundamentalmente diferente del Consejo de la Magistratura argentino, el que no tiene la capacidad que se le reconoce al italiano para designar magistrados. Y además en el argentino, si bien tiene potestades disciplinarias bien debatibles, las facultades de remoción de acuerdo con el artículo 115 de la Constitución pertenecen a un órgano distinto al Consejo. En el caso al Tribunal de enjuiciamiento muy ligeramente reglado en el relacionado artículo 115 y referido como el Consejo a la ley reglamentaria.

3.28. El Consejo de la Magistratura italiano que tanto influyó sobre el español, muestra otro ejemplo que coincide con el sistema político. Son ambos dos órganos coherentes dentro del parlamentarismo europeo continental, y sin lugar a duda representan en aquel esquema estructuras de garantía de independencia relativa de la magistratura frente a los avatares políticos.

3.29. Es del caso recordar también que, en la Constituyente italiana de 1947, se discutió fuertemente la composición de ese Consejo a fin de intentar alejar del mismo la posibilidad de un corporativismo de magistrados, así como las ya referidas influencias políticas.

3.30. La solución fue ecléctica y se dio de la manera descripta. Se trató de equilibrar los distintos factores de poder. La solución marcha por ahora mejor en Italia que en España.

3.31. La situación actual muestra tanto en Italia cuanto en España un relativo y parco éxito en la materia de las garantías de independencia de la magistratura, que se evidencia, como se ha dicho, más en Italia, en la muy destacada actuación que en diversos aspectos de la lucha contra la corrupción y la mafia a diario exhibe la magistratura de aquel país, sobre todo en estos últimos diez años.

4. El Consejo de la Magistratura en la Constitución francesa de 1958. Su antecedente de 1946.

4.1. El Consejo de la Magistratura francesa de la Constitución de 1946 de la Cuarta República, tuvo también a su frente al Presidente de la República, y como Vicepresidente al Ministro de Justicia. Se componía de seis miembros elegidos por la Asamblea Nacional, de los cuales cuatro debían ser magistrados que dicha Asamblea elegiría y dos magistrados designados por el Presidente de la República.

4.2. Ese Consejo no designaba, sino que proponía magistrados e intervenía necesariamente y con monopolio en la disciplina y en la administración de los Tribunales.

4.3. Y fue casualmente el tema de la administración y el manejo de los fondos en la Cuarta República lo que creó un profundo desprestigio de esa Institución.

4.4. Los fondos fueron muy mal administrados.

4.5. La Institución cayó en un disvalor muy notable en la opinión pública general de Francia por la razón aludida y porque además las grandes diferencias y enfrentamientos políticos y crisis que acabaron quebrando y anulando a la Cuarta República, pesaron también con signo negativo en el Consejo General del Poder Judicial. Se hizo muy dificultoso al Parlamento integrarlo por aquellas diferencias entre los partidos políticos. Ello se derivó en una excesiva gravitación de las tendencias políticas en su seno. Todo eso trajo gran desprestigio. El tema debe ser visualizado y tenerlo bien presente entre nosotros.

4.6. La Constitución de la Quinta República del 4 de octubre de 1958, por las razones expuestas, modificó esencialmente la Institución del Consejo de la Magistratura.

4.7. Intentó despolitizar la elección de sus miembros y sobre todo desvincularla del manejo de los fondos.

4.8. Así fue que el Consejo de la Magistratura correspondiente a la Constitución de 1958, también tuvo a su frente al Presidente de la República, y como Vicepresidente al Ministro de Justicia. En esto repitió el esquema de la Cuarta República.

4.9. Pero ambos funcionarios con mayores capacidades decisorias, en la Constitución de 1958.

4.10. El Consejo se integra por nueve miembros designados por el poder ejecutivo, dos de ellos directamente y el resto a través del Presidente de la Cámara de Casación y de la Asamblea General del Consejo de Estado.

4.11. El Consejo mantuvo la capacidad para proponer nombramientos no vinculantes de jueces.

4.12. El espectro del corporativismo judicial posible gravitó permanentemente sobre la legislación francesa. Es tema al que hay que prestarle esencial importancia porque es real y temible.

4.13. La Ley Constitucional del 27 de julio de 1993 y la Ley Orgánica del 5 de febrero de 1994 reestructuraron el Consejo de la Magistratura, completando la constitución.

4.14. Ahora ese Consejo de la Magistratura se integra por elección entre los magistrados y además se crearon dos estructuras, una para atender a la magistratura en sí misma, y la otra para el Ministerio Público.

4.15. Se les otorgó a ambos organismos capacidad para proponer designaciones vinculantes para nombramientos de jueces y no vinculantes para el Ministerio Público.

4.16. Los miembros del Consejo de la Magistratura son diecisiete, en la actualidad.

4.17. Cuatro de ellos integran al propio tiempo la Comisión referida a la magistratura y la Comisión referida al Ministerio Público.

4.18. Existen también miembros ajenos a la magistratura, designados como "personalidad destacada", los que no pueden pertenecer ni al ámbito judicial, ni al Parlamento.

4.19. Los mandatos de los miembros del Consejo de la Magistratura duran por cuatro años.

4.20. Las competencias del Consejo de la Magistratura están regladas en el artículo 65 de la Constitución, en lo que a asiento constitucional se refiere.

4.21. Esencialmente, son las propuestas de designación mencionadas, y los aspectos de disciplina de los componentes de la administración de justicia.

4.22. La administración de la justicia y el manejo de fondos son temas totalmente ajenos al Consejo de la Magistratura.

4.23. Es así que todo lo referido a la administración de la magistratura ha quedado en manos del Ministerio de Justicia. Esto es del poder ejecutivo.

4.24. La iniciativa para las actuaciones disciplinarias contra magistrados y contra fiscales, pertenece al Ministerio de Justicia.

4.25. El Presidente de la Corte de Casación preside a su vez la Comisión disciplinaria, esto es lo que para nosotros sería el Tribunal de enjuiciamiento (art. 115 de la C.N.).

4.26. Es del caso señalar, y sobre todo destacar, que el sistema francés también se adecua a los presupuestos de la evolución política e institucional de Francia, dentro del sistema político y esquema general de la Europa continental, con las ti-

picidades propias de la Quinta República, y la reaparición de un presidencialismo relativamente dominante y fuerte, para lo que es el gusto político de la Europa continental.

4.27. En Francia, el Consejo Superior de la Magistratura (tal su nombre) es hoy un órgano autónomo, como ya lo fue en la Constitución de 1948. Su origen lejano es legislativo. Fue en 1883, por ley del 13 de agosto y para ocuparse de temas disciplinarios de la judicatura, que ve su primera aparición.

4.28. En principio el organismo funciona en estos tiempos con pocas quejas. No es mala la opinión pública actual francesa sobre su Consejo de la Magistratura.

4.29. La desvinculación de los aspectos económicos y financieros del Consejo de la Magistratura representó un éxito claro y manifiesto. Así fue y es visualizado por la opinión especializada y la pública en Francia de nuestros días. Lo mejor que puede decirse del Consejo de la Magistratura francés es que de él casi no se habla, ni aparece en los diarios. Esto es, marcha razonablemente bien.

4.30. En el tema del manejo de fondos la diferencia con nuestro artículo 114, inciso 3º, es bien manifiesta.

4.31. El sistema español, el italiano y el francés no pueden ser mencionados como antecedentes del inciso 3º del artículo 114, desde que en ninguno de esos tres Estados el Consejo de la Magistratura tiene que ver con los manejos económicos y financieros del quehacer de la judicatura.

5. El modelo que debió haberse adoptado de querer intentar mejorar la administración de justicia. La estructura reglada por el poder federal en los Estados Unidos de la América del Norte en materia de mejoramiento del servicio de justicia.

5.1. Resulta claro y absolutamente evidente que el sistema adoptado por la Constitución de los Estados Unidos de la América del Norte en 1787 al dividir los poderes, primero entre constituyente y constituido y luego dentro del poder constituido en tres estructuras que pretenden e intentan una función específica en cada una de ellas, más el control del quehacer de las otras dos, jugando las tres potestades, legislativa, ejecutiva y judicial, cada una dentro de su quehacer básico, pero como parte armónica de un todo, importa y significa no solamente una novedad para su tiempo, sino que creó un sistema que lleva en

E.E.U.U. ya más de 200 años, y que sin lugar a dudas evidenció y evidencia eficacia notable, al menos por sus resultados sobre todo en este siglo XX.

5.2. Todo ello sin olvidar la fundamental tercera división de competencias y poderes entre las potestades y poderes de los estados autónomos, y el poder central federal. Esto es, la distribución entre lo local y lo federal nacional.

5.3. Tres divisiones de poderes reconoce también la Constitución argentina, siguiendo la línea norteamericana. Este sistema viene de 1852/3 y se mantiene aún hoy, a pesar de los avatares pasados. Inclusive el de 1994.

5.4. Y de esas tres divisiones de poderes, la que se refiere al poder judicial está ubicada, como todos sabemos, dentro del juego de los poderes constituidos. Es así que al acto de juzgamiento se lo jerarquiza a la condición de poder del estado en función de la vigencia del principio de supremacía, quedará a esa capacidad de juzgar la potestad también para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, o actos del poder administrador, cuando media contradicción con el texto constitucional nacional en sí mismo o en su dinámica operativa.

5.5. Consecuentemente con lo expuesto, el sistema de división de poderes que va enunciado jerarquiza al poder judicial en condición de tal. Esto significa que necesariamente es imprescindible que no se retaceen de manera alguna las potestades constitucionales del relacionado poder judicial, y que se respete su independencia para que pueda cumplir, sin interferencias, los trascendentales deberes a su cargo.

5.6. Además, es fundamental también darse cuenta de que de la tríada de poderes constituidos por la propia dinámica operativa del sistema, el judicial es, en los hechos, el poder más débil.

5.7. No debiera ser así, pero la realidad se da de esa suerte.

5.8. Por esa razón es menester no agravar la debilidad natural del poder judicial con instituciones ajenas al sistema de división de poderes, que reduzcan la independencia del poder judicial, como sucede con el Consejo de la Magistratura del art. 114, en especial como consecuencia de los incisos 3, 4 y 5.

5.9. Hasta alrededor de 1920 la situación del poder judicial en los Estados Unidos de la América del Norte era prácticamente la misma que entre nosotros.

5.10. Y los problemas también semejantes.

5.11. Las duras circunstancias que llevaron a la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos a incumplir con sus deberes a raíz de que se encontraba sobrepasada en su capacidad decisoria, hicieron que para aquellos tiempos se pensara en superar de alguna manera esa situación de agobio, con medidas eficaces y novedosas. Máxime recordando que el retraso de justicia llegaba en la Suprema Corte a un promedio de cuatro años de demora en el conocimiento de las causas.

5.12. Es conocido el encargo que oficialmente se le hizo al entonces Presidente de la Corte de los Estados Unidos, William H. Taft, para que proyectara normativas jurídicas que sirvieran para superar los problemas que van enunciados.

5.13. Así apareció en el Congreso de los Estados Unidos en 1922, lo que se conoce bajo el nombre de Judicial Conference of Senior Circuit Judges.

5.14. Ese organismo encabezado por el Presidente de la Corte en condición de tal, estuvo encargado de reordenar las políticas del poder judicial federal. Tuvo un aceptable éxito en su accionar.

5.15. Es imprescindible, para comprender la actuación de esta comisión y de otras, tener bien presente la distribución de competencias entre el estado federal y los Estados miembros de la Unión que describe la Constitución de los Estados Unidos de la América del Norte.

5.16. Es del caso señalar que esa distribución de competencias es esencialmente diferente a la nuestra, en lo relacionado con la delegación de legislación en el poder federal, desde que nuestra Constitución de 1853/60 influida por Alberdi produjo una asignación legislativa en beneficio del estado federal, que en los Estados Unidos no existe. Alberdi siguió las enseñanzas de Pellegrino Rossi y el esquema suizo en la materia.

5.17. Concretamente me refiero a las consecuencias y efectos básicos y fundamentales que en esa distribución de competencias produjo el anterior inciso 11 del artículo 67 de la Constitución histórica, hoy inciso 12 del artículo 75.

5.18. Evidentemente, en cierta medida, la diferente distribución en beneficio del estado federal que nuestra Constitución histórica evidencia, produjo un mayor y mejor ordenamiento entre nosotros que el que acaeció en los Estados Unidos, que dejó

toda o gran parte de la llamada legislación de fondo en manos de los Estados miembros. Las disimilitudes llegaron a influir inclusive y negativamente en el accionar del poder judicial federal.

5.19. De allí que cierta parte de las funciones que el organismo predeterminado y otros a los que luego me referiré tuvieron que tomar a su cargo para organizar políticas judiciales, tuvieron parcialmente su origen en esta diferente distribución de competencias. Hubo, sin duda, otras motivaciones, pero lo expuesto en cierta medida es atendible y gravitó en el tema de la creación de las comisiones aludidas.

5.20. Es claro que es del caso señalar que la Judicial Conference presidida como está dicho, por el Presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, se integraba con los Presidentes de cada una de las Cámaras federales allí denominados Tribunales de circuito, además del Presidente del Tribunal de Comercio Internacional y de la representación de un juez de primera instancia por cada uno de aquellos distritos federales. Los miembros de esa Judicial Conference, con excepción de su Presidente y el del Tribunal del Comercio, se renovaban por tercio cada año.

5.21. Ese organismo subsiste hoy bajo la denominación Judicial Conference of the United States.

5.22. Su función fue y es fundamentalmente administrativa y centraliza los aspectos relacionados. Y además es el órgano de relación con el poder legislativo federal, esto es con el Congreso. Por acá circulan los aspectos más trascendentes del quehacer de esta comisión.

5.23. Esta última función tiene mucha trascendencia, pues esta Judicial Conference presenta al Congreso propuestas y recomendaciones para el mejoramiento de los procedimientos judiciales, ingresando también en la homogenización de las normativas, muchas de ellas en sus orígenes locales, con motivo de la distribución de competencias legislativas ya aludida.

5.24. Por otra parte, este organismo goza de facultades disciplinarias que ejerce a través de una subcomisión propia denominada Comité permanente. Y además el cuerpo actúa en plenario, en los casos que expresamente así estén previstos en la normativa que lo creó.

5.25. Esta Judicial Conference en definitiva se ocupa de establecer las normativas referidas a los ordenamientos administrativos de los Tribunales y sus modificaciones.

5.26. Esa capacidad de ordenamiento es amplia, pero siempre bajo la supremacía de la Suprema Corte de Justicia. Este señalamiento es fundamental para ubicar claramente nuestro tema.

5.27. Esta Judicial Conference, en definitiva y en síntesis, estructura políticas, administra y cuida de la disciplina.

5.28. Pero constátese que, por su Presidente y por su propia integración, es un órgano que pertenece al poder judicial y en el cual todos sus integrantes son jueces y, por ser tales, únicos partícipes de esa estructura. No existe integración de otros orígenes.

5.29. La clave operativa de ese organismo es su Presidente, que es al mismo tiempo el Presidente de la Corte. Este es otro dato esencial, que procede tener bien presente.

5.30. Las decisiones del cuerpo en análisis, son decisiones asumidas por hombres que integran el poder judicial y supeditados a la Suprema Corte. La Asamblea de acuerdo con la legislación que la rige se reúne dos veces al año, pero su actividad se desarrolla a lo largo de todo el año a través y en función de las Comisiones del Cuerpo. Y repito, sobre ella está la Corte.

5.31. En 1939 y como consecuencia de fuertes tensiones políticas, el Congreso de los Estados Unidos creó además de la comisión que va comentada, la Administrative Office of the United States.

5.32. Es este un órgano independiente encargado de los aspectos administrativos, y que integra el poder judicial, y también supeditado a la Corte.

5.33. En 1967 se creó un tercer organismo para la administración de la justicia federal.

5.34. Es el Federal Judicial Center.

5.35. Este es un organismo dinámico y operativo, cuya esencial función es preparar programas y entrenar personas para desempeñarse como miembros del poder judicial e investigadores en materia judicial.

5.36. Es de recordar que, dentro de la estructura norteamericana, el Congreso otorgó y capacitó a la Suprema Corte para dictar normas de procedimientos y pautas obligatorias para el

quehacer judicial, y sobre todo para la redacción de sentencias. Se buscó uniformidad para seguridad jurídica.

5.37. Para ello, en 1984 y con relación al ámbito penal, el Congreso de los Estados Unidos habilitó la existencia de la United States Sentencing Commission.

5.38. Ese organismo creó las normativas de base para la redacción de sentencias en el ámbito penal federal. Tiene capacidad para modificarlas. Es organismo que subsiste a la fecha, como los anteriores. Y también como aquellos supeditado a Corte.

5.39. Señalo que los tres organismos mencionados integran todos ellos el poder judicial y sus miembros forman parte de la judicatura. Y la Corte está ubicada jurisdiccionalmente con competencia sobre esos cuerpos. Así se mantiene la independencia del poder judicial en los hechos.

5.40. Los distritos judiciales federales tienen a su vez capacidad por superintendencia, para normar en su ámbito.

5.41. El organismo de cada distrito judicial se denomina Circuit Council.

5.42. Es un organismo que en cada circuito tiene capacidad disciplinaria sobre los miembros del respectivo poder judicial. Pero siempre con dependencia a lo judicial.

5.43. En síntesis, el sistema de apoyo para el mejoramiento de las estructuras procesales, administrativas y disciplinarias dentro del sistema judicial norteamericano, respeta esencialmente la división de poderes, y de ninguna manera se ha admitido ingresar organismos ajenos al poder judicial, que signifique recorte directo o indirecto de potestades. Y sobre todo ello la competencia de la Corte es indubitable y permanente.

5.44. Esto es, el sistema norteamericano tiene bien presente la estructura de división de poderes constituidos y en función de esa división de poderes, ha reordenado a partir de 1920 el sistema judicial federal. Siempre se afirmó y aumentó el poder de los órganos judiciales. Esencialmente, en definitiva, de la Suprema Corte.

5.45. De ninguna manera en el sistema norteamericano existen ordenamientos que puedan semejar a las estructuras europeas bajo la forma de Consejo de la Magistratura.

5.46. De haberse querido en nuestro medio coadyuvar de alguna forma en el mejoramiento de la administración de justicia,

debió haberse tomado por modelo el norteamericano. Ello por natural coherencia y ajustando las adecuaciones que la experiencia y las diferencias de nuestras sociedades podían aconsejar. Pero siempre respetando la estructura de la ya mentada división de poderes, para así asegurar y garantizar realmente y en los hechos al poder judicial, y sobre todo a la Corte Suprema, que no se le recortarían en forma alguna sus capacidades y potestades, como en los hechos sucede con el texto legal actual vigente del Consejo de la Magistratura en los términos del artículo 114. Máxime si se recuerda el cercenamiento del antiguo artículo 99 de la Constitución Nacional en el texto de la Constitución histórica, hoy artículo 113, y la capacidad disciplinaria sobre los jueces, de acuerdo con el mentado art. 114.

6. El Consejo de la Magistratura de acuerdo con el artículo 114 de la Constitución vigente. Sus atribuciones.

6.1. El primer señalamiento que es menester efectuar, consiste en visualizar que el Consejo de la Magistratura en los términos del artículo 114 de la Constitución vigente en aspectos de enorme importancia, está referido a la ley que lo regule, con referencia a temas que no son reglamentarios, sino que hacen a la esencia de la institución y a su dinámica operativa básica y esencial.

6.2. Esa técnica legislativa merece objeción. Se ha delegado en exceso no aceptable y con perjuicio evidente para la seguridad jurídica y para la estabilidad y eficacia de la institución en manos de los poderes políticos constituidos, potestades reglamentarias que debieron, necesariamente, haber integrado el texto normativo constitucional.

6.3. De ninguna manera debió haberse dejado librado a aquellos poderes constituidos la fijación del número de miembros del Consejo de la Magistratura, ni tampoco su forma de selección. Estos señalamientos son de primera envergadura y muestran, como mínimo, un exceso en los hechos muy peligroso de delegación constitucional que nunca debió haberse realizado. Son ejemplos de muy mala técnica constitucional. Lo reitero y subrayo.

6.4. La ley especial con mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara prevista en la primera parte del artículo 114 no es garantía suficiente de seguridad jurídica, como

no lo fue la modificación que sufrió la Constitución Nacional en 1860, cuando el anterior artículo 91 en su texto de 1853, se convirtió en artículo 94 de la Constitución histórica de 1860.

6.5. Recuérdese que en su origen, en 1853, ese artículo establecía que la Corte Suprema se compondría de nueve jueces y dos fiscales.

6.6. Esa era una muy buena redacción y muy inteligente. Daba además seguridad jurídica y mejoraba enormemente el modelo norteamericano. Así se ofrecían las garantías debidas para que el poder judicial no sufriera los avatares de las mayorías circunstanciales, como sucedió entre nosotros en 1990 (aumento de 5 a 9 de miembros de la Corte). En 1936, en Estados Unidos, se anunció la amenaza por el Ejecutivo, con la posible aquiescencia del Congreso, de aumento de los miembros de la Corte, usando de defecto constitucional similar. Así se logró que la Corte cediera y no cuestionara las leyes que implementaron parte del "new deal".

6.7. El actual artículo 114 reiteró el grave error técnico del artículo 94 de la Constitución histórica de 1860 en materia de integración de miembros.

6.8. Otro grave error reside en que los aspectos esenciales que hacen a la dinámica operativa de un órgano básico de gobierno, cual es hoy entre nosotros el Consejo de la Magistratura, así que se dispuso su implantación, se debieron señalar con mucha precisión que no admitiera doble lectura o diversas interpretaciones, no solamente la naturaleza de los integrantes de ese importantísimo cuerpo, sino además las proporciones y número de esos miembros integrantes necesarios del Consejo y sus plazos de mandatos, señalando al propio tiempo la reelegibilidad o no en esos cargos.

6.9. Todo esto enseña que la primera parte del artículo 114, en los hechos, crea una institución de gran debilidad en lo que se refiere a su dependencia posible de las tensiones y avatares políticos de cada momento histórico. Falta un mínimo razonable de seguridad jurídica en los aspectos ineludibles y fundamentales de la institución en análisis.

6.10. Además, es del caso recordar y señalar que la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, en muchos casos, depende más que de la distribución de fuerzas políticas, de la legislación electoral que se aplique.

6.11. Esa legislación electoral puede dar resultados muy diversos y hasta contradictorios con la misma cantidad electoral de apoyos, de acuerdo con el sistema que se adopte.

6.12. Con lo que, en definitiva, al frente de los señalamientos de las pautas preenunciadas, debemos ubicar en muchos casos a los sistemas electorales que se apliquen, los que tendrán o podrán tener una incidencia directa e impensada en la integración de cuerpos tan importantes como el Consejo de la Magistratura. De allí la necesidad de las mayores precisiones que debieron de haberse previsto en el artículo 114 de la C.N.

6.13. Por otra parte, como se señala en el parágrafo 2do. del mencionado artículo 114, la integración allí descripta debe procurar un equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, los jueces de todas las instancias y los abogados de matrícula federal, resulta que todo ello para nada satisface, como se ha señalado, los presupuestos básicos de la necesaria seguridad jurídica que tan importante institución requiere a los ojos menos exigentes.

6.14. Lo mismo sucede con la última parte del 2do. parágrafo del artículo 114, que es realmente de evaluación poco fácil y de motivación nada clara, aunque existan analogías en la Europa de nuestro tiempo. Es menester comprender que ellas responden a circunstancias sociales y sobre todo históricas, que no son transferibles.

6.15. Disponer que el Consejo de la Magistratura se integra por otras personas del ambiente académico y científico en el número y en la forma que indique la ley, es no solamente una enunciación muy imprecisa, con todas las consecuencias que ello acarrea, sino además una selección que no encuentra explicación razonable dentro de nuestro contexto social e histórico, aun cuando, como va dicho, pueda alegarse algún precedente más o menos análogo, en tierras distantes.

6.16. Las anteriores representaciones enunciadas en el segundo párrafo del artículo 114 pueden, desde cierto ángulo, ser entendidas como razonables, si es que se olvida el tema de la necesidad de garantizar la independencia del poder judicial, que aparece gravemente agraviado con la mencionada integración del Consejo de la Magistratura con el aporte de miembros de los otros poderes, legislativo y ejecutivo, pues son órganos políticos resultantes de la elección popular, y también sucede lo mismo

con integrantes ajenos al poder judicial en sí mismo, como son los abogados, que son parte necesaria del debido proceso, pero no integran la judicatura.

6.17. Esto es, el sistema de integración del Consejo de la Magistratura que ha sido adoptado por la Constitución en el artículo 114, está evidentemente filiado en sus orígenes en los ejemplos europeos comenzando por el italiano y siguiendo por el español, pero resulta totalmente ajeno a los esquemas que debieron de haberse respetado, siguiendo el principio de división de poderes a la manera norteamericana, que es la nuestra.

6.18. El Consejo de la Magistratura, en su consecuencia, está reglado en forma peligrosamente impropia y débil en sus características de acuerdo con lo que surge de los dos primeros párrafos del artículo 114.

6.19. Además su integración agrede duramente la independencia del poder judicial con la presencia de representantes de poderes ajenos a éste, todo lo que evidentemente no cumple los esquemas básicos de la distribución de competencias a la manera norteamericana, que es la nuestra.

6.20. Y por fin, resta un tema esencial para acabar de poner en crisis la figura del Consejo de la Magistratura.

6.21. Si bien el artículo 114 de la Constitución Nacional está ubicado en la sección 3^a. de la misma, esto es la referida al poder judicial, que a su vez integra la segunda parte de la Constitución, referida a las "Autoridades de la Nación", en su título 1^o., del "Gobierno federal", la realidad es que esa ubicación no define por sí sola, de manera alguna, si el Consejo de la Magistratura integra o no el poder judicial.

6.22. Es evidente que no lo integra, pues aparece como un órgano ajeno al poder judicial por su propia constitución, por el origen de quienes forman parte de él, por la periodicidad de los mandatos, y por el hecho de no estar garantidos esos miembros por ninguno de los atributos de quienes ocupan los poderes constituidos, legislativo, ejecutivo y judicial, en la Constitución.

6.23. Los legisladores están protegidos y garantizados por el artículo 64, ex 56, que establece que cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros; por el artículo 66 que regla que cada Cámara podrá con dos tercios de votos corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta, y removerlo y excluirlo de su seno; por el artículo 68

que norma que los miembros del Congreso no pueden ser acusados ni interrogados judicialmente, ni molestados por las opiniones o discursos que emitan desempeñando su mandato de legisladores; por el artículo 69 que asegura que ningún legislador puede ser arrestado, salvo ser sorprendido in fraganti; por el artículo 70 que regla un debido proceso para los legisladores, así como también acaece con las garantías que se otorgan al Presidente de la República como titular del poder ejecutivo, quien está cubierto y respaldado por el texto del artículo 53 en materia de juicio político y además con el plazo en el mandato que surge del artículo 90, y los atributos que se deducen expresamente como garantía en el ejercicio de su cargo de otras normas constitucionales. De la misma forma que el poder judicial está respaldado a su vez expresamente por el artículo 110 en materia de permanencia en el cargo mientras dure la buena conducta y con el mantenimiento de la compensación que esa norma enuncia. De todo lo expuesto resulta que los integrantes del Consejo de la Magistratura como tales, no tienen en el esquema vigente garantía alguna que semeje las enunciadas. Por lo que evidentemente el Consejo de la Magistratura no puede ser visto como integrante del poder judicial, o como poder en sí mismo. En él podrán o no militar funcionarios que por su origen tengan prerrogativas y garantías, las que en ningún momento nacerán o tendrán su origen en el mismo Consejo.

6.24. En relación con las potestades y atribuciones del Consejo de la Magistratura, la primera de ellas referida a la selección mediante concursos públicos de postulantes a las magistraturas inferiores, no merece objeción, aun cuando evidentemente no justifica de por sí la existencia de este organismo.

6.25. En cambio, la atribución segunda que produce la impresión de garantía de independencia y calidad en las designaciones por el carácter vinculante que se adjudica a las ternas para el nombramiento de magistrados, sucede que apenas se recuerda la subsistencia del artículo 99, ex 86, que reconoce en el Presidente de la República la capacidad política no debatible ni condicionada para nombrar los jueces de los tribunales federales. Sucede que aun cuando allí se mente la vigencia de la propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, visto el tema en profundidad, se constata que el poder ejecutivo no está obligado a asumir como propias las ternas que se le eleven.

6.26. El Presidente de la República tiene por sí la capacidad para oír o no oír, esto es de aceptar o no aceptar las ternas que se le eleven.

6.27. Lo que no puede es modificar los términos de las ternas. El orden de la terna es vinculante, mas no se deduce de ese orden no cuestionable, la obligatoriedad por el ejecutivo de aceptar la terna.

6.28. El poder ejecutivo puede por sí y ante sí rechazar la totalidad de la terna. Esto es no elevarla al Senado. Y contra esa decisión del ejecutivo no hay recurso valedero alguno. La decisión es capacidad política indudable y no cuestionable del Presidente, por imperio del inciso 4to. del artículo 99 de la C.N.

6.29. Muy distinto habría sido si se hubiera suprimido la capacidad política decisoria del ejecutivo para la designación de magistrados. Esto es si la terna fuera del Consejo al Senado. Mas no es así.

6.30. En consecuencia, la vinculación establecida en el inciso 2do. del artículo 114 y recordada en el 2do. párrafo del inciso 4to. del artículo 99, para nada disminuye o condiciona la capacidad del Presidente de la República para aceptar o no la totalidad de las ternas que no puede modificar.

6.31. El inciso 3ro. referido a la administración de los recursos y ejecución del presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia, ha cercernado la capacidad que tenía antes la Corte Suprema en los términos del anterior artículo 99 de la Constitución histórica, hoy 113.

6.32. Nada gana y mucho pierde la independencia del poder judicial con el inciso 3ro. del artículo 114, que es propio de estructuras a la manera europea, pero no condice con formas de distribución de poder constituido como la nuestra, donde el judicial es poder, a más de administración de justicia y lo primero tiene primacía, condiciona y tipifica lo segundo.

6.33. El inciso 4to. que otorga al Consejo la atribución para ejercer capacidad decisoria en materia disciplinaria sobre los magistrados, es realmente inaceptable. Rompe la esencia de la independencia de la magistratura.

6.34. Contradice lo básico y no eludible del principio de división de los poderes que hace que cada uno de los poderes constituidos, sea el juez natural de sus propios miembros en ma-

teria disciplinaria. Sobre todo en los cuerpos colegiados y jerárquicos.

6.35. Ya he recordado en ese sentido, no solamente el artículo 64, sino el 66 y concordantes de la Constitución vigente.

6.36. Cada Cámara es el juez de sus propios miembros y del accionar de cada uno de ellos.

6.37. Es inaceptable que un organismo ajeno al poder judicial tenga capacidad disciplinaria sobre los miembros del poder judicial.

6.38. Además, otorgar a un organismo con integración típicamente política como se señala en los parágrafos 1ro. y 2do. del artículo 114, el poder disciplinario sobre los jueces, muestra y evidencia a las claras el quebrantamiento de una garantía visceral para con los miembros del poder judicial, cual es su independencia. Los miembros del poder judicial disciplinariamente, para que sean realmente independientes y garantidos, deben ser evaluados por el mismo poder judicial. Distinto será el juzgamiento para su separación del cargo. El tema discurre por otros andariveles.

6.39. Queda además la pregunta no resuelta de si para esta capacidad sancionadora del Consejo de la Magistratura y para las demás potestades con que fue investido, existen recursos viables y ante quién.

6.40. Esto es si son o no recurribles las decisiones del Consejo de la Magistratura. Y quién es el órgano con capacidad para decidir.

6.41. Es del caso recordar respecto de este fundamental tema, que subsiste plenamente en la Constitución vigente el anterior artículo 94, actual artículo 108 que establece que el poder judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.

6.42. La condición de potestad juzgadora suprema de la Corte no está en discusión y, en su consecuencia, pareciera natural que la Corte debiera tener capacidad decisoria sobre lo que resuelva el Consejo de la Magistratura, en cualquiera de sus atribuciones.

6.43. Pero esa capacidad decisoria de la Corte Suprema sobre lo que disponga el Consejo de la Magistratura no surge del artículo 114, sino que es menester deducirla de la vigencia del artículo 108.

6.44. No sería menester ni importaría calificar la decisión del Consejo de la Magistratura como organismo judicial para habilitar recursos ante la Corte, desde que esa exigencia viene en lo que se refiere a control de constitucionalidad de la primera parte del artículo 14 de la ley 48 y no de la Constitución. Y en lo que se refiriera a valoraciones de apreciación el recurso nacerá de la ley que lo institucionalice. Por lo que la ley que regle el recurso de inconstitucionalidad y las apelaciones contra las decisiones del Consejo de la Magistratura, puede habilitar la instancia ante este Superior Tribunal sin contradicción constitucional alguna.

6.45. Por otra parte, la existencia del Consejo de la Magistratura en los términos del artículo 114 de la C.N. no contradice para nada la superior jerarquía de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia decisoria.

6.46. Es claro que todo esto tampoco mejora en forma alguna la capacidad bien cuestionable del inciso 4to. del artículo 114, en materia disciplinaria sobre magistrados. De la manera que va sugerida se institucionalizaría una garantía, al tiempo que reconozco que hubiera sido mejor que el Consejo no tuviera en forma alguna capacidad disciplinaria sobre los magistrados.

6.47. Queda un último señalamiento para mostrar bien acabadamente la ligereza con la que se legisló, si es que se recuerda que los Ministros de la Corte son magistrados.

6.48. Pero no parece concebible aceptar que una ley que reglamente el Consejo de la Magistratura incluya entre los sujetos a sanciones disciplinarias por el Consejo de la Magistratura, los propios Ministros de la Corte.

6.49. La quinta potestad en su primera parte del artículo 114, vista la reforma producida en el anterior artículo 45 en materia de derecho de acusar a los miembros del poder judicial, actual artículo 53, aparece como una potestad aceptable si es que el Consejo de la Magistratura superara las objeciones precedentes, sobre la base de una ley que lo reubique como dependiente de la Corte Suprema.

6.50. Pero lo que resulta evidentemente inaceptable es que se otorga al Consejo de la Magistratura la capacidad para suspender a los jueces acusados.

6.51. Esa capacidad puesta en manos de un organismo ajeno a los tres poderes y además de integración temporaria, y que luce evidente como totalmente fuera de sistema, además de

ser una potestad inaceptable, es terriblemente peligrosa para los justiciables, y marcadamente viola las garantías básicas del debido proceso en los términos del artículo 18 de la Constitución Nacional.

6.52. El inciso 6to. que otorga al Consejo de la Magistratura la capacidad para dictar reglamentos relacionados con la organización judicial, desde cierto ángulo se enfrenta y contradice con el artículo 113 que reconoce a la Corte la capacidad para dictar su reglamento interno. Así sucede que aun aceptando que los reglamentos a los que se refiere el inciso 6to. no agredan la potestad de la Corte para autoreglarse en sus propios manejos, es evidente que la capacidad legislativa que se le otorga al Consejo de la Magistratura no condice para nada con la distribución de poderes de nuestra Constitución Nacional.

6.53. Si esos reglamentos pertenecían antes a la capacidad decisoria de la Corte Suprema, allí deberían haber quedado.

6.54. Y si en cambio correspondían al Congreso, no hay ninguna explicación razonable para esta delegación en manos de un organismo tan anómalo como el que va descripto.

6.55. De allí que aparezca como una ironía la última parte del inciso 6to. del artículo 114. Allí se señala que los reglamentos para los que el Consejo de la Magistratura está habilitado, deben tener por destino asegurar la independencia de los jueces. Ello es así desde que más bien surge sin duda de lo que va expuesto, que esa reglamentación agravia gravemente aquella independencia. De allí la mentada ironía.

7. Conclusiones.

7.1. Como síntesis final, el Consejo de la Magistratura integra la Constitución Nacional y como tal, mientras subsista, necesita ser reglamentado cuidando en todo lo posible de no agraviar la independencia del poder judicial y el bienestar general, dando la mayor seguridad jurídica posible.

7.2. Es aconsejable entonces que mientras se mantenga esta institución tan anómala, se establezca legislativamente como garantía la capacidad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para entender y modificar las resoluciones del Consejo de la Magistratura, para, de esta forma, mantener y proteger la fundamental independencia del poder judicial y las esencias del debido proceso (art. 18 de la C.N.).

OBSERVACIONES Y COMENTARIOS **presentados por los señores académicos:**

Académico Dr. Jorge Reinaldo VANOSSI

En primer lugar felicito al Dr. Spota. Ha arrancado desde sus orígenes hasta la experiencia del derecho comparado y, por supuesto, la exégesis del mal redactado artículo 114 de la Constitución. Nos ha iluminado sobre un tema sumamente opinable, pero obviamente la Constitución ha sido reformada, la norma está incluida en ella, probablemente sea reglamentada y tendremos la criatura en algún momento dado, con existencia y surtiendo efectos sobre justiciables y sobre el propio Poder Judicial. Entonces los interrogantes que se plantean son respecto a cómo avizoramos, como intuimos, cómo puede llegar a ser esa criatura.

La primera pregunta que me formulé frente al art. 114 fue la de la intencionalidad de los constituyentes y cabían dos interpretaciones posibles, no sólo para este artículo sino para muchas de las otras normas incluidas en la reforma que habían tenido en mira ¿el reparto o la idoneidad? Son los términos de la alternativa. ¿Pensaron en el Consejo de la Magistratura como una herramienta para servir al valor de la idoneidad? En ese caso, se habrían inspirado en la Constitución histórica y de alguna manera habrían intentado darle un despliegue al artículo 16 de la Constitución que la exige para toda la función pública. No sólo para el Poder Judicial. Pero ésta podría ser la herramienta para vehicular el mejor aseguramiento de la idoneidad de esa rama del poder ¿Si no se inspiraron en la Constitución del 53 en qué se podrían haber inspirado? Y en el "Pacto de dos". Es el que da nacimiento a la reforma. Pero la filosofía del Pacto no es la idoneidad sino el reparto. Amplificar los espacios de poder en los que el imaginario del político piensa poder ubicar o situar mayores cantidades de gravitación a modo de reproducción de los porcentajes con que el poder viene dado por el voto popular.

Creo que el pensamiento del Pacto fue ése y que los constituyentes, fundamentalmente los que fueron operadores principales de la reforma, estaban mentalizados en esa idea.

A mí no me preocupa tanto que la institución sea un injerto europeo de sistemas monárquicos que se produce en un sistema que es americano y republicano fundamentalmente. De por sí no lo descalifico por ese hecho. Porque en la Constitución del 53 aparece el gabinete ministerial, que no está en el sistema norteamericano y que vino al sistema argentino por vía europea, Constitución de Cadiz, tomándolo de la fuente francesa de 1791, y no ha sido mala la experiencia. Creo que ha sido preferible que en nuestro sistema estuviera el ministerio y el gabinete institucionalizado en la Ley Suprema y no producto de una mera Convención Constitucional o costumbre constitucional. A mí las que me preocupan son otras cosas.

Lo primero que me preocupa es el tema de la composición de este Cuerpo. Porque aquí el constituyente, como lo ha hecho también en otros casos, ha creado un órgano sin determinar mayormente el perfil y ni siquiera ha fijado realmente criterios concretos, porque los criterios que ha fijado son muy difusos en cuanto a la integración de este órgano; es más o menos decir: se establece el Poder Legislativo que estará formado o instituido por un Congreso compuesto por dos Cámaras, una de Diputados y otra de Senadores, sin fijar nada. Acá es más o menos lo mismo, otro tanto ha ocurrido con el Ministerio Público, la Auditoría General, etc., etc., muy prolongado que son las 26 leyes que señalaba el Dr. Spota.

De modo que ahí está la primera gran preocupación. Se produce un constante vaciamiento del Poder Judicial y lo que queda va a sufrir una doble acción: la mediación obligatoria que es inconstitucional y que el proyecto que ha aprobado el Senado impone y que hoy van a tratar en Diputados, que es muy grave. Y si se aprueba el proyecto de instituir tribunales de instancia única colegiada con oralidad en el fuero civil y comercial se va a crear a los efectos de los fueros señalados una nueva organización judicial paralela a la pre existente. Es decir, va a ocurrir en lo civil y comercial lo que ya ocurrió en materia penal criminal.

Es decir, va a quedar un Poder Judicial remanente en vías de extinción y un Poder Judicial nuevo, remozado, con nuevas designaciones, producto de un poder político que no tiene límites para hacer este tipo de nominaciones, porque sabemos que ya tiene amplias mayorías y el 10 de diciembre tendrá más todavía.

Yo creo que si de lo que se trataba era de apuntar a la idoneidad y no al reparto, por supuesto un Consejo de la Magistratura podía ser útil, pero sin potestades administrativas, financieras y disciplinarias. Ahí está lo peor. Podía haber sido útil a los efectos de mejorar las nominaciones; es decir una instancia que permitiera realmente alcanzar la idoneidad y elevar la calidad de los magistrados, pero para esto no haría falta una reforma de la Constitución, no haría falta un artículo 114. Sí podía hacerlo el Congreso con una ley que estableciera las pautas fundamentales de tres cosas: Escuela Judicial, Carrera Judicial y un Consejo que diligenciara, sustanciara los concursos que son una forma en definitiva de asegurar mayor imparcialidad y una mayor despolitización de las nominaciones judiciales.

Pero eso no lo han hecho. Al no haber hecho esto y al haber despojado a la Corte de esas tres potestades fundamentales, me inclino entonces sin vehemencia y con alguna objetividad a pensar que la idea que guió la senda de los constituyentes no fue la de la idoneidad sino la del reparto. Pero para esto el terreno estaba abonado por la predisposición a entender el Poder Judicial como parte del sistema de despojo.

Hoy recordaba el Dr. Spota los antecedentes de la Justicia como poder, y yo me permito recordar que antes de la Revolución, antes de las constituciones, Montesquieu hablaba del poder ejecutivo de las cosas atinentes al derecho de gentes y del poder ejecutivo de las cosas atinentes al derecho civil: la justicia era este segundo, ¿por qué era ejecutivo? Porque aplicaba la ley. En realidad sólo había dos poderes, el que creaba la ley que era el Parlamento y el que aplicaba la ley que era el ejecutivo, que la aplicaba tanto cuando administraba, como cuando hacía justicia que era obviamente del Rey.

La gran incorporación de la Revolución y de la era constitucional en Europa y en América también, fue primero independizar, es decir quitarlo del Poder Ejecutivo, pero después lo más importante y esto sí es auténticamente americano, fue colocarlo a la altura del poder de un estado, de modo que el gran aporte no ha sido de los franceses sino que ha sido el de los americanos. Y se retrocede en ese aporte, y esto es lo que no les perdono al lenguaje de algunos colegas, de algunos amigos, no sólo en este país sino en todas partes del mundo, pero el habla española es a

la que me estoy refiriendo, cuando utilizan dos palabras fatales: administración o servicio.

Cuando utilizan la palabra administración, están retrotrayéndonos a Montesquieu y antes de la Revolución Francesa y antes de la Revolución americana. Y lleva a que el vulgo -en la interpretación de la vulgata- crea que la justicia es parte de la administración, porque la gente común no entiende a fondo el tema de la separación de los poderes y la doctrina del estado y escucha hablar reiteradamente a los propios abogados y profesores de “administración de justicia” y cree que es una rama de la administración. Para los procesalistas -con todo el respeto lo digo- la crítica es muy severa. No sé cómo han inventado esta expresión del “servicio de justicia” que han puesto en la Constitución y que ponen en las leyes, la ponen en el lenguaje. Entonces semántica y semióticamente nos llevan a la confusión de que ésta es una rama del Derecho Administrativo, es decir es un servicio público como el barrido y limpieza; el Poder Judicial es como el barrido y limpieza.

Es una función pública, ésta es la palabra clave. Entonces desterramos administración, desterramos servicio y hablemos de que es una función pública ejercida por un poder del Estado que es uno de los tres poderes del Estado y de esa manera podemos empezar a reencontrar la pirámide tan empinada que se ha vuelto más empinada con estos retrocesos que se han producido.

Termino diciendo que no soy nada optimista respecto de la reglamentación que pueda tener el Consejo de la Magistratura, porque creo en definitiva que, de la alternativa posible, va a predominar el camino del reparto y no el de la idoneidad.

*

* *

Académico Dr. Carlos María BIDEGAIN

Han sido sumamente valiosas y esclarecedoras la crítica e interpretación hechas por los señores académicos Spota y Vannossi de los nuevos textos constitucionales relativos al Consejo

de la Magistratura, esa institución híbrida en nuestro sistema tradicional de gobierno. Me queda una duda.

Gira alrededor de una palabra que aparece en los dos artículos en que se hace referencia a las propuestas que deberá presentar en terna al señor Presidente para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores. Me refiero al adjetivo “vinculante” que determina la significación de la presentación en “terna” de esas propuestas (arts. 99 inc. 4 y 114, ap. 2). Pienso que en el pliego en que el Presidente solicite al Senado su acuerdo para el nombramiento, irá agregado el antecedente de la propuesta en terna formulada por el Consejo y que ello servirá de prueba de que en ella figura el nombre de la persona para la que solicita el acuerdo. Ahora bien: se ha dicho o he entendido que el Presidente podrá devolver la terna al Consejo, para que se le formule otra propuesta. Admito que esta posibilidad cabe en una interpretación literal de los textos, pero me pregunto si sería fiel al espíritu con que se ha puesto cuidado en subrayar el carácter “vinculante” de la terna.