

# LA INAMOVILIDAD DE LOS JUECES Y LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL \*

por el Académico DR. ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA

## EXORDIO

La República Argentina se encuentra en un momento de grave transición. Se anuncia la restauración del régimen constitucional sancionado en 1853/1860. En forma simultánea, se formulan comentarios y se exteriorizan propósitos que no se compadecen con la anhelada regeneración de nuestras instituciones fundamentales.

La independencia, continuidad y estabilidad del Poder Judicial constituyen requisitos insustituibles para la vigencia efectiva de la democracia constitucional. Montesquieu, en su obra cumbre, *El espíritu de las leyes*, editada por vez primera en 1748, advierte de modo terminante que *no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo*.<sup>1</sup> Con palabras que constituyen un anticipo del artículo 29 de nuestra Constitución Nacional, Montesquieu señala que *"todo se habría perdido"* si una persona o individuos pertenecientes a la misma bandería política asumen los tres poderes. En tal hipótesis, la libertad se eclipsa para ser reemplazada por el más crudo despotismo, al margen de las formas o apariencias que se utilicen para encubrirlo.

*Ningún pueblo de la tierra* —expresa Joaquín V. González— *ha gozado de libertad mientras no ha tenido asegurada su justicia*.<sup>2</sup> Por ello, si se quiere formular una

\* La Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en su sesión privada del 8 de junio de 1983, hizo suyas las conclusiones expuestas en este ensayo por el académico doctor Alberto Rodríguez Varela, que representan el pensamiento de esta Corporación.

<sup>1</sup> CARLOS DE SECONDANT, barón de la Brède y de Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (versión castellana de Nicolás Estévez), Buenos Aires, 1944, Aires, 1897, pág. 619.

<sup>2</sup> JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos pág. 150.

interpretación de los textos constitucionales que no desnaturalice los propósitos claramente enunciados por nuestros padres constituyentes, debe optarse por una exégesis teleológica que tienda a *afianzar la justicia* para asegurar, de manera efectiva, *los beneficios de la libertad*. El régimen constitucional importa mucho más una cuestión de fondo que de forma. No se nutre de apariencias sino de esencias. En nuestra turbulenta historia política existieron gobiernos *de facto*, como el de Bartolomé Mitre después de Pavón, que se empeñaron con énfasis en retornar al cauce trazado por los constituyentes, y gobiernos *de jure* que actuaron vulnerando el espíritu de la ley fundamental a través del empleo vicioso de los mecanismos constitucionales.

Linares Quintana enseña que "la finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad del hombre. Por consecuencia, la interpretación de la Ley Fundamental debe orientarse siempre hacia aquella meta suprema".<sup>3</sup> Se encuentra, pues, en las antípodas del sistema auspiciado por nuestros próceres, la adopción de criterios que conduzcan, de hecho, a una concentración de atribuciones, por parte de los integrantes de cualquier sector político, equivalente a la suma del poder público. A tan funestos resultados podemos arribar si prevalece el criterio según el cual, el Poder Judicial de la Nación quedará como botín electoral del partido que resulte victorioso en las urnas, pudiendo disponer, a su arbitrio, de la totalidad de los cargos judiciales. Esta posibilidad, que constituye una malsana tentación que todos los núcleos políticos debieran rechazar, puede transformarse en una amarga realidad si prevalecen algunas voces que desde distintos sectores se escuchan en nuestros días. No se advierte que al desconocer la estabilidad del Poder Judicial se afectarán desde el comienzo, en forma irreversible, los cimientos de la democracia constitucional que se pretende restaurar.

En la base de tales extravíos se encuentra, tal vez, el desconocimiento del rol específico del Poder Judicial. No se comprende que la Constitución ha previsto, de modo expreso, que en la sucesión histórica de gobiernos *de jure*

<sup>3</sup> SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1953, tomo II, pág. 469.

los tribunales debían mantener en forma vitalicia su integración, como garantía de independencia y de efectivo control de los poderes políticos. Todo el delicado sistema previsto por los constituyentes se desmorona si se pretende acordar al próximo gobierno *de jure* la atribución de cubrir los cargos que hoy desempeñan los 606 magistrados que integran la Justicia Federal. Nada, pues, más reñido con las previsiones de los constituyentes que la posibilidad de que cualquier fuerza política, al amparo de una ocasional mayoría electoral, integre a su arbitrio el Poder Judicial de la Nación.

Creemos, en consecuencia, que la estabilidad y continuidad de la magistratura constituye en nuestro tiempo una necesidad vital para que resulte genuino el retorno pleno al régimen *de jure*.

La inamovilidad —ha dicho con acierto Emilio J. Cárdenas— es barrera contra el despotismo, protección contra la opresión y condición de imparcialidad. Es, además, seguridad indispensable para ofrecer y proveer de justicia tanto a mayorías como a minorías y, a través de ello, vigorizar el respeto y la tolerancia como virtudes cívicas.<sup>4</sup> No se trata de que deban continuar en sus cargos en forma perpetua los actuales magistrados, prescindiendo de su buen o mal desempeño. No. Lo que se propone es que no incurramos en la incongruencia de que hoy un gobierno *de facto*, para destituir a un juez, haya establecido un sistema con amplias garantías jurisdiccionales, y de que mañana los poderes políticos *de jure* puedan prescindir de los mecanismos previstos en la propia Constitución para la destitución de magistrados, y en forma masiva procedan a un verdadero vaciamiento del Poder Judicial. El problema es grave y debiera ser encarado con clara conciencia de sus profundas proyecciones institucionales. Sin un órgano judicial que actúe ante los desbordes de los otros Poderes como efectivo guardián de la Constitución, el principio republicano —señala Sánchez Viamonte— *se convierte en una simple fórmula vacía*.<sup>5</sup> Por todo ello pensamos, con Linares Quintana, “que si la separación de los poderes

<sup>4</sup> EMILIO J. CÁRDENAS, *La inamovilidad del Poder Judicial: ¿presupuesto ético de la “reconstitucionalización”?*, en “La Nación”, 27-9-1982.

<sup>5</sup> CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de Derecho Constitucional*, pág. 241.

constituye el rasgo distintivo por excelencia de la forma republicana de gobierno, y como para que dicha división no sea una mera ficción se requiere la independencia de los mismos, síguese, como lógica consecuencia, que la inamovilidad de los jueces mientras dure su buena conducta —garantía elemental de su independencia— es condición esencialísima de la forma republicana de gobierno”.<sup>6</sup>

## LA DESIGNACIÓN DE LOS JUECES

El artículo 86 de la Constitución Nacional dispone que el Presidente de la Nación nombra los magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales federales inferiores. Establece, asimismo, que designa a los oficiales superiores de las Fuerzas Armadas (coronel, general de brigada, general de división, teniente general y sus equivalentes de la Armada y Fuerza Aérea). Tanto los jueces como los oficiales superiores deben ser nombrados con acuerdo del Senado (incisos 5° y 16°). Igual requisito se exige en el inciso 10 para la designación y remoción de los ministros plenipotenciarios y encargados de negocios.

El ejercicio de estas atribuciones no ha ofrecido al intérprete de la Ley Fundamental mayores dificultades en los períodos *de jure*. Pero ante la ruptura del cerco constitucional, producida varias veces a lo largo de este siglo, jueces y juristas han cumplido una esforzada labor tendiente a precisar los límites de los órganos *de facto* instituidos como consecuencia de los sucesivos movimientos de fuerza. El problema en nuestro tiempo se agudiza si se advierte que en rigor, desde hace 17 años el país no vive en un régimen *de jure*. Así lo ha puesto de relieve Gregorio Badeni, en un completo estudio publicado recientemente, en el cual ha señalado que durante el período 1973/1976 tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo fueron constituidos e integrados en forma diferente a la prescripta por la Constitución.<sup>7</sup> En su mérito, se trató de un régimen mixto, de *semifacto*, por su sujeción a un *Estatuto Fundamental* dictado en violación de lo dispuesto en el art. 30 de la Constitución Nacional.

<sup>6</sup> Op. cit., tomo IX, pág. 419.

<sup>7</sup> GREGORIO BADENI, *El Poder Judicial y la estabilidad de los jueces*, en "El Derecho", tomo 103 (5-4-83).

La Corte Suprema, con motivo de las emergencias producidas en 1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976, ha sistematizado una doctrina judicial sobre las atribuciones de los gobiernos *de facto* que reconoce un remoto antecedente en un fallo dictado en 1865<sup>8</sup>, al pronunciarse el Tribunal sobre el ejercicio por el gobernador de Buenos Aires General Mitre, después de la batalla de Pavón, de atribuciones derivadas "del derecho de la revolución triunfante, el asentimiento de los pueblos y los graves deberes que impone la victoria". Desde la Acordada dictada el 10 de septiembre de 1930, la Corte precisó que si "en el desenvolvimiento de la acción del gobierno *de facto*, los funcionarios que lo integran desconocieran las garantías individuales o las de la propiedad u otras de las aseguradas por la Constitución, la administración de justicia encargada de hacer cumplir éstas las restablecería en las mismas condiciones y con el mismo alcance que lo habría hecho con el Poder Ejecutivo de derecho". Quedó así incorporado definitivamente a la doctrina nacional que los jueces, durante el período *de facto*, deben desempeñar su magistratura con total independencia, evitando así que el régimen se encamine hacia el ejercicio de facultades vedadas por los artículos 29 y 95 de la Constitución Nacional.

## LA DISOLUCIÓN DEL CONGRESO

La disolución del Congreso ha planteado en los períodos *de facto* el problema del ejercicio de sus competencias por el Poder Ejecutivo. En 1930 y 1943 la suplencia fue cauta y restringida. Los Ejecutivos emergentes de los golpes de estado producidos en esos años asumieron sólo algunas de las atribuciones del órgano disuelto. La Revolución Libertadora de 1955, en cambio, mediante el decreto N° 42, acordó al Ejecutivo el ejercicio de las competencias del órgano legislativo. El Presidente José María Guido, en 1962, también asumió atribuciones del Poder Legislativo como consecuencia de lo dispuesto en el decreto N° 9747.

La Corte Suprema, a partir del caso "Arlandi Enrique", resuelto en 1947, adoptó el criterio según el cual los ejecu-

<sup>8</sup> Ver: "Fallos": 2: 142.

tivos *de facto* tienen amplia capacidad para ejercer las facultades del Poder Legislativo, sin que la determinación de la necesidad de usarlas —en cuanto a la extensión de las competencias o en cuanto a su oportunidad—, por tratarse de materia propia de la prudencia política, pueda ser judicialmente revisada.

Con relación a la competencia “máxima” del Congreso, es decir, la potestad específicamente legislativa, la Corte, desde 1947, declaró que los decretos-leyes, después de la reinstalación del gobierno *de jure*, continúan vigentes, sin necesidad de ratificación por el Congreso, en tanto éste no los derogue. El Procurador General, en el caso “Ferrocarril Oeste”, fallado el 7 de noviembre de 1947, sintetizó el criterio del Tribunal expresando en su dictamen: *los decretos-leyes proyectan su vigencia como leyes en sentido material mientras no sean revocados o derogados. Adoptar la posición opuesta —agregaba— implicaría afirmar que siempre carecieron de valor, no siendo obligatorios ni siquiera durante el período del gobierno que los dictó.*<sup>9</sup>

Esta doctrina judicial ha sido mantenida hasta hoy por el Alto Tribunal no obstante las diferentes integraciones resultantes de la década del primer gobierno peronista, de la Revolución Libertadora, y de las designaciones efectuadas en la Corte por los presidentes Frondizi, Guido e Illia. El mismo criterio mantuvo el Tribunal durante la Revolución de 1966 y en el curso del proceso iniciado el 24 de marzo de 1976. En la etapa 1973/1976 el Tribunal exigió, para reconocer la validez, que la norma haya adquirido efectiva vigencia.<sup>10</sup>

## LAS ATRIBUCIONES DEL SENADO

Hemos recordado el tema de la validez del ejercicio de atribuciones específicamente legislativas en los períodos *de facto*, para mejor comprensión de la situación planteada actualmente con relación a los jueces designados durante los últimos 17 años. Consideramos que si la jurisprudencia y la doctrina, con criterio virtualmente unánime desde hace 35 años, ha aceptado el ejercicio amplio de las “máximas” facultades del órgano disuelto, incluso en materia

<sup>9</sup> Ver: “Fallos”: 209: 25.

<sup>10</sup> Ver: “Fallos”: 286: 62; 293: 417, etc.

de legislación penal, razones elementales de coherencia exigen que también se acepte el ejercicio de "mínimas" atribuciones como las referentes al acuerdo que el Senado debe expedir para la designación de magistrados judiciales y oficiales superiores. Con acierto Bidart Campos ha señalado, al comentar este punto, que "quien puede lo más (suplir al Congreso) puede también lo menos (suplir a cada Cámara)".<sup>11</sup>

Conviene, sin embargo, precisar que la situación planteada en 1966 y 1976 es diferente —en lo que se refiere a los jueces— a la existente después de la Revolución de 1955, y a la que se produjo luego de la asunción del Poder Ejecutivo por el Presidente Provisional del Senado, en marzo de 1962. En efecto, por decreto 487/55, la Revolución Libertadora se autolimitó, declarando que las designaciones judiciales serían efectuadas con la garantía de la inamovilidad sólo hasta la constitución de los poderes *de jure*. Empero, la atribución privativa del Senado, prevista en el art. 86, inc. 16, de la Constitución Nacional, fue implícitamente ejercida por el presidente del gobierno provisional porque los ascensos de los oficiales superiores de las Fuerzas Armadas no fueron "en comisión" ni quedaron sin efecto, por falta de acuerdo, al término del período de sesiones de 1958.

Compartimos las reservas de Valiente Noailles, Bargalló Beade y Badeni<sup>12</sup> con relación al criterio sustentado por la Corte en 1958<sup>13</sup>, en el sentido de no reconocer estabilidad a los jueces confirmados o designados por la Revolución Libertadora. Pero aun en la discutible perspectiva que entonces tuvo el Tribunal, no hay duda alguna de que dicho precedente jurisprudencial carece ahora de significación porque la situación de los jueces, después de septiembre de 1955, difiere sustancialmente de la planteada durante los períodos *de facto* iniciados en 1966 y 1976.

<sup>11</sup> GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *El acuerdo del Senado prestado por el Poder Ejecutivo de facto*, en "La Prensa", 1973; *El Derecho Constitucional del Poder*, Buenos Aires, 1967, tomo II, pág. 230; *Gravedad institucional en el Poder Judicial*, en "El Derecho", tomo 50, pág. 613.

<sup>12</sup> CARLOS VALIENTE NOAILLES, *La Justicia Nacional frente al próximo cambio de gobierno*, en "La Prensa", 6-12-1972; JUAN MIGUEL BARGALLÓ BEADE, *La situación del Poder Judicial*, en "El Derecho", tomo 47, pág. 865; GREGORIO BADENI, op. cit.

<sup>13</sup> Ver: "Fallos": 241: 50.

Similiar, en cambio, al de 1955, fue el *status* de los jueces nombrados por el presidente José María Guido porque todas las designaciones, de modo expreso, se hicieron "en comisión".

## LA REVOLUCIÓN DE 1966

Como lo hemos anticipado, en 1966 se observó un criterio diferente a los adoptados en 1930, 1943, 1955 y 1962. En esa oportunidad no se discriminó con relación a los jueces, limitando su inamovilidad a la etapa revolucionaria o designándolos en comisión. El artículo 5° del Estatuto sancionado el 28 de junio de 1966 estableció de modo claro y terminante que el Presidente de la Nación ejerce todas las facultades que la Constitución Nacional otorga al Congreso, incluidas las que son privativas de cada una de las Cámaras, con excepción de aquellas previstas en los artículos 45, 51 y 52 para los casos de juicio político a los jueces de los tribunales nacionales. Ello importó decir que los ejecutivos *de facto* emergentes de las distintas etapas de la Revolución de 1966 asumieron la *totalidad* de las competencias del Congreso y de cada una de sus Cámaras, salvo las expresamente excluidas por el artículo 5° del Estatuto. En consecuencia, los Jueces Nacionales y los Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas tuvieron sin excepción designaciones plenas, no sujetas a ningún tipo de condición suspensiva o resolutoria. Además, el artículo 7° del Estatuto declaró que los jueces de todas las instancias "gozarán de las garantías que establece el artículo 96 de la Constitución Nacional".

A juicio de Bidart Campos, para que los nombramientos efectuados en tal marco normativo puedan ser considerados plenos, debían traducir en el decreto respectivo la voluntad presidencial de usar la facultad senatorial del acuerdo, además de la propia del ejecutivo para designar.<sup>14</sup> Tal fue lo ocurrido con los nombramientos de jueces efectuados entre el 28 de junio de 1966 y el 25 de mayo de 1973, dado que en los decretos de designación se invocó como fundamento el artículo 5° del Estatuto. Además, mediante decretos 4502 y 4462, del 16 de mayo de 1973, se expresó que como las designaciones judiciales y los ascensos mili-

<sup>14</sup> *El Derecho Constitucional del Poder*, cit., tomo II, pág. 232.



tares habían sido efectuados en uso de las atribuciones conferidas por dicho artículo 5º, la nómina de jueces y oficiales superiores nombrados durante la Revolución de 1966 debía ser registrada en el archivo reservado de la Cámara de Senadores de la Nación.

El Gobierno que asumió el 25 de mayo de 1973 no se mostró dispuesto a respetar la estabilidad de los jueces y exteriorizó su decisión de efectuar remociones en forma arbitraria. Finalmente optó por sancionar un régimen jubilatorio destinado a transformar en abstractos los agravios de los jueces desplazados.

Es oportuno recordar que como consecuencia del vaciamiento masivo promovido por el régimen, el Poder Judicial entró en un período verdaderamente crítico, particularmente en lo que se refiere a la defensa de la sociedad frente a las agresiones que diariamente cometían las organizaciones subversivas. El primer día de sesiones, mediante la ley 20.510, fue disuelta la Cámara Federal en lo Penal y se resolvió la inmediata cesantía de sus jueces, fiscales y funcionarios.

Como los jueces de la disuelta Cámara recurrieron por vía de superintendencia a la Corte Suprema, solicitando su incorporación a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sobre la base de lo dispuesto en la ley 19.111, el Alto Tribunal rechazó la petición mediante resolución publicada en "El Derecho", tomo 49, pág. 311/313. La lectura de esta sentencia, dictada veinte días después de la masacre de Ezeiza, produce verdadero estupor. A juicio de la Corte, la Cámara Federal había sido "una comisión especial", a la que el "concepto público" le atribuyó "una misión represiva". En síntesis —a criterio del Tribunal— se trataba de un órgano creado para "punir una circunstancial reacción popular". En tales términos se refirió la Corte a la agresión subversiva lanzada contra nuestro país y al Tribunal que con eficiencia y riguroso respeto de la garantía de la defensa había juzgado con coraje cívico a los responsables de vandálicos atentados terroristas. Las consecuencias de la actitud asumida por los tres poderes constituidos el 25 de mayo de 1973 resultaron pronto evidentes. El terrorismo se expandió por toda la República sin encontrar ningún muro de contención jurisdiccional.

Debemos recordar, en estos tiempos proclives a la amnesia cívica, que son amplias y compartidas las responsabilidades de quienes frustraron una eficiente y civilizada forma de encarar y doblegar la agresión subversiva. La Cámara Federal había sido integrada con excelentes magistrados del fuero penal. Al cesar en sus funciones se los dejó librados a la acción impune de los terroristas. Tres de los nueve jueces sufrieron atentados mortales, dos de ellos providencialmente frustrados. El juez Jorge V. Quiroga, el 28 de abril de 1974, fue asesinado en pleno centro de Buenos Aires. El prosecretario fue secuestrado y mantenido en cautiverio por una organización terrorista. Los demás miembros fueron conminados por las propias fuerzas de seguridad a salir del país por resultarles imposible preservarlos de la acción de la guerrilla. Así pagó la República a estos hombres valientes que habían jugado la tranquilidad de sus hogares y sus propias vidas al servicio de patrióticos ideales.

Lo grave es que se malogró, por un gobierno civil, la posibilidad de enfrentar a la subversión con plenas garantías jurisdiccionales. Ante la actitud asumida por el Presidente de la Nación, el Congreso y la Corte Suprema, no puede sorprendernos la ineficiencia puesta de manifiesto por los jueces frente al terrorismo en el período 1973/1976. La lesión fue tan profunda que en 1976 no resultó posible restaurar la Cámara Federal. Quiera Dios que hoy comprendan la dimensión de su error quienes, en 1973, contribuyeron, por acción u omisión, al incremento de la barbarie y al abandono de la civilización.

## EL PROCESO DE 1976

El 24 de marzo de 1976 se sancionó el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional. En su artículo 5° —como en 1966— de modo expreso se declaró: “las facultades legislativas que la Constitución Nacional otorga al Congreso, *incluidas las que son privativas de cada una de las cámaras*, serán ejercidas por el presidente de la Nación, con excepción de aquellas previstas en los arts. 45, 51 y 52 y en los incisos 21, 22, 23, 24, 25 y 26 del art. 67”. Además, el art. 10 establece que los miembros de la Corte Su-

prema, Procurador General de la Nación, Fiscal General de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas y jueces de los tribunales inferiores de la Nación, gozarán de las garantías que establece el art. 96 de la Constitución Nacional.

La situación planteada a partir del 25 de mayo de 1973 se reiterará al asumir el próximo gobierno *de jure*. Hemos visto que, con relación a los jueces, por vía previsional los agravios que pudieron haber planteado —salvo algunos miembros de la Cámara Federal— se transformaron en abstractos. En cuanto a los Oficiales Superiores, implícitamente quedó consagrada la tesis que hemos desarrollado precedentemente, porque ninguno fue retrogradado a su anterior situación de revista al finalizar el período legislativo de 1973.

En las postrimerías de una etapa de *facto* y *semifacto* que, como hemos dicho, se remonta a 17 años atrás, es fundamental que se adquiera conciencia de la importancia que revisten la estabilidad y continuidad del Poder Judicial para la consolidación del próximo gobierno constitucional. No es posible forzar la interpretación de la Constitución pretendiendo equiparar situaciones disímiles sobre la base de exégesis supuestamente literales que desnaturalizan la esencia y los fines de la Ley Fundamental. “Los autores de la Constitución —ha dicho con acierto Badeni— no previeron la existencia de un lapso de 17 años durante el cual fueron sistemáticamente desconocidos sus preceptos, y un restablecimiento inmediato de sus instituciones como si tal lapso no hubiere transcurrido. Lo que sí pretendieron es que se diera cumplimiento al rol institucional del Poder Judicial, procurando que sus integrantes no fuesen simples ejecutores de la política diagramada por los poderes Ejecutivo y Legislativo, sino componentes de un organismo de control de legalidad que, actuando con total independencia en el ejercicio de sus funciones, pusiese una valla infranqueable para la acción de los organismos políticos en salvaguardia de las libertades civiles y públicas”.<sup>15</sup>

La alternativa reviste gravedad institucional. Los gobernantes que mañana asumirán las más altas magistratu-

<sup>15</sup> Op. cit.

ras deberán optar entre un genuino y sólido régimen republicano y una caricatura endeble y peligrosa.

## DISOLUCIÓN Y RECESO

La hipótesis del art. 86, inc. 22, de la Constitución Nacional, referente a la facultad del Presidente para llenar las vacantes en los cargos que requieren el acuerdo del Senado no tiene vinculación alguna con la actual emergencia de facto. Tal previsión se relaciona, como es obvio, con el ejercicio de competencias en períodos de jure. El inciso alude a las vacantes que se produzcan durante el receso del Senado y presupone la próxima reanudación de las sesiones del Congreso. Ahora, en cambio, ambas Cámara están *disueltas*. Los *recesos* legislativos eran, normalmente, de siete meses. En cambio, la última etapa de *disolución* se ha prolongado durante más de siete años. Además, como ya se ha apuntado, los nombramientos de jueces y oficiales superiores no se han hecho "en comisión" —como reza el art. 86, inciso 22, C. N.— sino con fundamento en lo dispuesto en el artículo 5° del Estatuto, es decir, en uso de la facultad senatorial. En ellos no ha estado en juego dicho inciso 22 sino los incisos 5° y 16 del artículo 86. De no ser así, en los decretos respectivos no se habría invocado expresamente el uso de las atribuciones acordadas por la citada norma estatutaria.

Por lo demás, mal podría hablarse de receso del Senado, cuando la Alta Cámara que se constituirá próximamente será distinta en sus orígenes, estructura e integración a la disuelta el 24 de marzo de 1976. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 46 y 48 de la Constitución de 1853/1860, el próximo Senado "se compondrá de dos senadores de cada Provincia elegidos por sus legislaturas a pluralidad de sufragios" y dos de la Capital Federal designados mediante sufragio indirecto. Los senadores durarán nueve años en el ejercicio de su mandato y deberán renovarse por terceras partes cada tres años.

En cambio, el Senado disuelto en 1976 no fue el de la Constitución de 1853/60 sino el previsto en el Estatuto Fundamental dictado en 1972 por el gobierno *de facto* de la Revolución de 1966. Lo integraban tres senadores por

cada provincia y tres por la capital, elegidos en forma directa. Dos correspondían a la mayoría y uno a la primera minoría, durando todos cuatro años, sin renovación parcial del cuerpo.

Del cotejo de ambos ordenamientos se advierte la diferencia que existe entre uno y otro Senado. Constituye, pues, una alteración de la realidad normativa y fáctica sostener que el próximo Senado, cuya composición se ajustará a lo dispuesto en la Constitución de 1853/1860, es el mismo que quedó definitivamente disuelto en 1976 y cuya integración se efectuó con sujeción a lo dispuesto en un ordenamiento anticonstitucional dictado por el gobierno *de facto* que cesó en 1973.

No ha mediado, por consiguiente, la situación de *receso* a que alude el artículo 86, inciso 22, de la Constitución y que, como dijimos, presupone la subsistencia del órgano y la inminente reanudación de sus sesiones, sino un largo período de 17 años *de facto* y *semi-facto*, iniciado luego de que quedara irreversiblemente *disuelto* el Senado que estuviera en funciones hasta el 28 de junio de 1966.

## NO HAY JUECES EN COMISIÓN

De todo lo expuesto se infiere que no hay jueces ni oficiales superiores designados "en comisión" y sujetos al acuerdo del Senado.

Lo contrario importaría —paradójicamente— dejar libre a la decisión del Ejecutivo y del Senado próximos a instalarse la continuidad en el grado de todos los oficiales superiores nombrados en el curso de los últimos siete años, sin excluir a la mayoría de los integrantes de las sucesivas Juntas Militares que, como los Presidentes, han ejercido con amplitud las competencias que la Constitución otorga a los poderes Ejecutivo y Legislativo.

Lo mismo debemos señalar con relación a los jueces nacionales, confirmados o designados por el Poder Ejecutivo, en ejercicio de las atribuciones conferidas al disuelto Senado. Todos los jueces, pues, tienen los atributos específicos de la magistratura: derecho a la sede territorial de su judicatura, a la estabilidad y al grado correspondiente. El Congreso podrá dictar nuevas leyes procesales y de or-

ganización de la justicia nacional, y encarar los problemas derivados de la deficiente infraestructura judicial y de la insuficiente remuneración que perciben los jueces, que no guarda proporción con la delicada y fundamental misión que les ha sido encomendada. Pero carecerá de atribuciones para vulnerar la *inamovilidad* de los magistrados en funciones al tiempo de asumir las próximas autoridades. Si el Ejecutivo y el Legislativo que se integren como resultado de las próximas elecciones exceden su ámbito de competencia y desconocen la estabilidad e independencia de los jueces, serán los primeros en socavar los cimientos del régimen constitucional que se procura restaurar.

Como lo ha destacado Valiente Noailles, no hay *jueces a medias*: “Si han llegado a ser jueces, indiscutida y pacíficamente jueces, lo son con *todos* los atributos constitucionales del cargo, entre ellos el de la inamovilidad, y no dejan de ser jueces porque cambie el gobierno que los designó como no dejan de serlo en el caso del normal remplazo de un gobierno de jure por otro”.<sup>16</sup>

Por lo demás, resulta imposible poner un paréntesis y hacer de cuenta que la República frenó su marcha el 28 de junio de 1966, a pesar de que desde entonces nunca se restableció en plenitud la Constitución de 1853/60. “Si se desconociera —dice Bargalló Beade— la validez constitucional de los nombramientos de jueces efectuados con invocación del artículo 5º del Estatuto, se estaría desconociendo también la validez constitucional de todo un sistema normativo en base al cual se deberá llegar a la normalización institucional y a la elección de las nuevas autoridades”.

Lo expuesto vale también, como es lógico, para los miembros de las Fuerzas Armadas comprendidos en las previsiones del art. 86, inciso 16, y ascendidos con sustento en lo dispuesto por el artículo 5º del Estatuto. No obstante integrar los jueces un Poder del Estado, desde la perspectiva de la más coherente hermenéutica constitucional la situación de magistrados y oficiales superiores es *idéntica*.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Op. cit.

<sup>17</sup> Ver: el editorial titulado: *El Poder Judicial y el próximo gobierno constitucional*, en “La Prensa”, 9-2-1973.

Si forzando una interpretación analógica se aceptara que rige respecto de ellos el artículo 86, inciso 22 de la Constitución Nacional, cesarán a más tardar al término del próximo período de sesiones todos los magistrados judiciales, y serán retrogradados los oficiales superiores ascendidos con posterioridad al 24 de marzo de 1976, si el próximo Poder Ejecutivo no envía los pliegos respectivos o el Senado no les otorga expresamente acuerdo.

La tesis que sostenemos —negatoria de tan incongruente exégesis— no trae como consecuencia que si hubiere jueces incursos en mal desempeño o en otra causal de destitución, deban permanecer impunemente en sus cargos. Como ya lo hemos destacado, los jueces —dice el art. 96 de la Constitución— conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta. La misma regla rige en el ámbito de las Fuerzas Armadas. Así como las leyes sancionadas durante el período de facto próximo a fenecer podrán eventualmente ser derogadas o modificadas por el Congreso, los magistrados y oficiales superiores, como ha ocurrido siempre, podrán —si hubiere mérito para ello— ser sometidos a enjuiciamiento (juicio político, tribunales militares, etc.), en actuaciones que, con sujeción a lo dispuesto en las normas constitucionales y legales vigentes, garanticen el pleno ejercicio del derecho de defensa.

## UN FALLO DE LA CORTE

La Corte Suprema se pronunció inequívocamente, el 21 de febrero de 1969<sup>18</sup>, con relación al ejercicio sin restricciones, por el Ejecutivo *de facto*, de las competencias privativas del Senado. Se trataba de un funcionario diplomático para cuya designación y remoción, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 86, inciso 10, de la Constitución, se requiere —igual que para el nombramiento de jueces y oficiales superiores— acuerdo del Senado.

El Tribunal, al confirmar la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso-Administrativo, declaró que “con arreglo a lo establecido en el artículo 5° del Estatuto de la Revolución Argentina, el

<sup>18</sup> Ver: “Fallos”: 273: 35.

Poder Ejecutivo ejerce las atribuciones que son privativas de cada una de las Cámaras del Congreso, con excepción de las correspondientes al juicio político de los jueces", sin que a los fines de la plena validez del acto de designación o remoción deba mediar "una declaración formal sustitutiva del acuerdo del Senado" (Considerando 8°).

A la misma conclusión terminante llegaron los dos ministros que en el caso se expidieron por separado (voto del doctor Cabral, considerando 2°, y voto del Dr. Risolía, considerando 4°).

En síntesis, en concordancia con el criterio que sostuviera la Corte en el citado precedente, y de acuerdo con el enfoque de Bidart Campos, la designación de jueces invocando el uso de las facultades que el artículo 5° del Estatuto actualmente vigente otorga al Presidente, importó sin lugar a dudas el ejercicio de la competencia senatorial.<sup>19</sup>

## CONCLUSIÓN

Ante reiteradas manifestaciones que ponen en evidencia un lamentable desconocimiento del rol reservado al Poder Judicial en una verdadera democracia constitucional, creemos que urge asumir posiciones nítidas para que no se frustre desde el inicio la regeneración republicana en la que todos debemos empeñarnos.

Es este un tema que los futuros gobernantes debieran meditar. Con acierto ha señalado Emilio J. Cárdenas, que la inamovilidad debe, en primer lugar y por sobre todo, defenderse por su propia entidad constitucional. Pero existen, además, razones de oportunidad. En momentos de disociación, abrazar la defensa de una institución que nunca debió dejar de ser permanente debería, presumiblemente, ser factor de unión. Asegurar la inamovilidad (y poder mostrarla con orgullo) daría un mínimo de prudente continuidad a nuestro andar; una dosis común de coincidencia republicana; una saludable adhesión hacia nuestras instituciones más fundamentales.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Ver trabajos citados en la nota 11.

<sup>20</sup> Op. cit.



Es necesario que lo reiteremos. La Justicia no es un botín. Resultará deplorable que las autoridades elegidas en los próximos comicios lesionen gravemente sus bases de sustentación emprendiendo la demolición del Poder Judicial de la Nación. Lo mismo debemos decir con relación a las administraciones de justicia provinciales, respecto de las cuales rigen los principios que sostenemos para el ámbito federal.

No debemos promover un nuevo retroceso del país hacia la barbarie. Así se procedió en 1973 cuando se esterilizó al Poder Judicial como instrumento idóneo para salvaguardar a la República de la agresión subversiva. Resultaría desconcertante que observando las formas y apariencias de la democracia constitucional se instaure, en la realidad de los hechos, la suma del poder público proscripta por el artículo 29 de la Constitución Nacional.

“La inamovilidad de los jueces —ha dicho González Calderón— es, en efecto, una de las conquistas más notables de los pueblos libres”.<sup>21</sup> No malversemos, por ello, una tradición que en nuestra historia tiene raíz sanmartiniana. Lo dijo el Libertador en 1821: la independencia y estabilidad de la función judicial es *la única y verdadera salvaguardia de la libertad del pueblo*.

Meditemos todos, en especial los futuros gobernantes, la enseñanza de un hombre cuya gloria ningún argentino discute. Y obremos en consecuencia.

<sup>21</sup> JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, 1930, tomo III, pág. 420.