

**ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE
EL PROYECTO DE DEMOCRATIZACIÓN
DE LA JUSTICIA**

*Comunicación de la doctora Marcela I. Basterra,
en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional,
el 17 de abril de 2013*

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PROYECTO DE DEMOCRATIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Por la Dra. MARCELA I. BASTERRA

1. Introducción

En el marco del proceso que popularmente se conoció como “reforma judicial” o “democratización de la justicia”, el Poder Ejecutivo impulsó seis iniciativas legislativas que han alcanzado *status* de leyes en sentido formal, a saber: 1) la norma que crea nuevas Cámaras de Casación –Ley N° 26.853¹–; 2) la Ley 26.854² que establece el régimen de medidas cautelares para las causas en las que sea parte el Estado Nacional; 3) la reforma a la Ley del Consejo de la Magistratura –Ley N° 26.855³–; 4) la normativa que prevé la publicación obligatoria en Internet de las resoluciones, acordadas y sentencias de

¹ Ley N° 26.853, publicada en el B.O. del 17/05/2013.

² Ley N° 26.854, publicada en el B.O. del 30/04/2013.

³ Ley N° 26.855, publicada en el B.O. del 27/05/2013.

la Corte Suprema de Justicia de la Nación y tribunales de segunda instancia –Ley 26.856⁴–; 5) la que regla las declaraciones juradas patrimoniales integrales de funcionarios públicos –Ley 26.857⁵–; y 6) el Ingreso igualitario al Poder Judicial –Ley 26.861⁶–.

El objetivo perseguido alrededor de este conjunto de normas, según lo afirmado por el Gobierno en ejercicio, no era otro que el tránsito hacia un Poder Judicial más abierto, más participativo, menos corporativo y transparente hacia los ojos de la sociedad⁷.

Sin duda, el paquete de reformas incluye aportes sustanciales en materia de transparencia y acceso a la información judicial, con los que la gran mayoría del arco político y académico estaría de acuerdo. Sin embargo, esto no puede llevar a desconocer las gravísimas consecuencias institucionales y jurídicas que traen consigo, principalmente las normas sobre el régimen de medidas cautelares y la de reforma al Consejo de la Magistratura.

Pese a la finalidad denunciada por el Poder Ejecutivo, han ocurrido varios sucesos que logaron poner en tela de juicio la veracidad de sus afirmaciones. Vale recordar que con motivo de la sanción de la discutida Ley de Medios⁸, se produjeron gravísimos incidentes que involucraron a los miembros de la oposición, que integran el Consejo de la Magistratura.

En efecto, como consecuencia de la medida cautelar dictada en la causa “Clarín”⁹ que originariamente suspendió la vigencia

⁴ Ley N° 26.856, publicada en el B.O. del 23/05/2013.

⁵ Ley N° 26.857, publicada en el B.O. del 23/05/2013.

⁶ Ley N° 26.861, publicada en el B.O. del 31/05/2013.

⁷ Carnota, Walter F., “Democratización de la justicia: una discusión necesaria”, *El Dial*, DC1A3A.

⁸ Ley N° 26.522, publicada en el B.O. del 10/10/2009.

⁹ CSJN, Fallos 333:1885, “Grupo Clarín y otros S.A.”, (2010); CSJN, “Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares”, 22/05/2012; CSJN, “Grupo Clarín y otro s/medidas cautelares”, 27/11/2012; CSJN, “Grupo Clarín S.A s/medidas cautelares expte. n° 8836/09. interpone recurso extraordinario por salto de instancia”, 10/12/2012; y CSJN, “Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares”, 27/12/2012; entre otros.

del proceso de desinversión, comenzaron las presiones del Ejecutivo para cubrir las subrogancias con jueces afines al modelo político oficialista y, de esta manera, asegurarse un pronunciamiento favorable sobre la constitucionalidad de la Ley de Medios.

Teniendo en miras los obstáculos con los que se encontraron en el Consejo de la Magistratura para lograr cumplir con su propósito, la Procuración General de la Nación radicó la denuncia penal por los delitos de abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público, para investigar a los integrantes del Consejo pertenecientes a la oposición, por la designación de jueces en el fuero Civil y Comercial Federal.

Por estos motivos, es que no sorprende la decisión del Poder Ejecutivo de avanzar sobre la integración del Consejo –en forma tal de asegurar su dominación–, al igual que sucede en el seno del Poder Legislativo. A esta circunstancia debe sumarse otra no menor, que es la relación de tensión existente entre el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La normativa en estudio, debe ser analizada juntamente con su análoga en materia de medidas cautelares contra el Estado. A medida que se estudian en forma vinculada ambas leyes, es notorio que se trata de un claro avance sobre la independencia del Poder Judicial, así como de los mecanismos de protección de las libertades individuales.

En el presente ensayo analizaré en primer lugar, los aspectos sustanciales introducidos en materia de medidas cautelares en los procesos en que es parte el Estado Nacional.

En segundo lugar me abocaré a la ley de Reforma del Consejo de la Magistratura. Decisión basada en dos motivos: por un lado, porque estas dos normativas son –a mi criterio– el núcleo central del proceso de democratización de la Justicia, lo que justifica su análisis en forma separada y pormenorizada. Por el otro, porque la reglamentación relativa al Consejo de la Magistratura ha

desencadenado en un pronunciamiento trascendental de la Corte –el fallo “*Rizzo*”–, que permite visualizar con absoluta claridad cuál es la función del control de constitucionalidad ejercido por el intérprete final y definitivo de la Ley Suprema. Motivo por el que, en tercer término, me detendré en este precedente.

2. Las medidas cautelares contra el Estado. Aspectos relevantes de las modificaciones introducidas por la Ley N° 26.854

El proyecto que determinó la sanción de la presente ley destacó justamente la ausencia, en la esfera nacional, de un Código Procesal en lo Contencioso Administrativo que establezca un régimen diferenciado en materia de medidas cautelares, que involucren al Estado o a sus entes descentralizados. Con la finalidad de crear este marco legal, es que fue sancionada a instancias de la Presidencia de la Nación, la ley referenciada. Esta norma que es sumamente restrictiva, trae consigo importantes modificaciones, cuyos aspectos más relevantes serán analizados en este apartado.

2.a. Medidas cautelares dictadas por juez incompetente

El artículo 2° dispone que los jueces no podrán dictar medidas precautorias si la causa no fuese de su competencia. Excepcionalmente de este principio general a aquellos casos que; a) versen sobre sectores socialmente vulnerables, b) se encuentre comprometida la vida digna, c) la salud, d) los derechos de naturaleza alimentaria; y e) el derecho al medio ambiente sano. En estos últimos supuestos, el juez que ordena la cautelar deberá remitir inmediatamente el expediente al juez competente, quien una vez aceptada,

se expedirá de oficio en un plazo no mayor a cinco días sobre el alcance de la medida.

Cabe mencionar que el actual artículo 196 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prescribe: *“Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. Sin embargo, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia. El juez que decretó la medida, inmediatamente después de requerido remitirá las actuaciones al que sea competente”*.

Como puede observarse, la regla coincide con lo expresado por la nueva legislación: *“los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia”*. Sin perjuicio de ello, se le reconoce eficacia a la tutela ordenada por un juez incompetente, sin que implique prorrogar su competencia.

Estas disposiciones adquieren notoria importancia en aquellos litigios que demandan una solución urgente, a fin de evitar que se ocasionen daños de imposible reparación ulterior.

Si bien la Ley 26.854 intenta paliar esta situación al exceptuar del alcance del artículo 2° los casos que involucren sectores desaventajados, o cuando se encuentren comprometidos el derecho a una vida digna, a la salud; los derechos de naturaleza alimentaria o ambientales. Lo cierto es que se trata de una limitación innecesaria, toda vez que impide la procedencia de este tipo de medidas, aun cuando se encuentre acreditada la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

Esta consecuencia violenta manifiestamente el derecho a la tutela judicial efectiva, dado que permite que el daño estatal se mantenga hasta que se dirima cuál es el juez competente para entender en la causa.

2.b. Idoneidad del objeto de la pretensión cautelar

El artículo 3° impone los siguientes recaudos: en primer término y en relación al requisito formal clásico de tiempo señala que las medidas cautelares podrán solicitarse antes de interponer la demanda, en forma simultánea o bien con posterioridad a ésta. La finalidad de las mismas, será la de asegurar el objeto del proceso, esto es, garantizar la efectividad de una presunta sentencia condenatoria.

En segundo lugar, el dispositivo legal establece en el inciso 2° del artículo 3°, que la pretensión cautelar deberá puntualizar claramente el perjuicio que se pretende evitar, así como el acto u omisión del Estado que lo produce, el interés jurídico que se intenta proteger, el tipo de medida solicitada y el cumplimiento de los requisitos exigidos de conformidad con la tutela peticionada.

Hay que tener especial cuidado con el grado de certeza que se exige al momento de acreditar la afectación, ya que en el marco de la tutela cautelar, el conocimiento es sumario, por lo que no puede requerirse la prueba del daño, sobre todo teniendo en cuenta que el perjuicio puede no ser tal sino, por el contrario, tratarse de una amenaza. Por consiguiente, no corresponde actuar de manera severa con este requisito, so pretexto que implica una lesión al derecho a una tutela efectiva.

Esto se relaciona directamente con dos de los presupuestos de admisibilidad, concretamente me estoy refiriendo: a) a la verosimilitud en el derecho y b) al peligro en la demora.

- a) El primero, exige acreditar que el derecho alegado tiene suficiente base o fundamento jurídico, posibilitando una lógica expectativa de sentencia favorable. El “*humo de buen derecho*” –*fumus bonis juris*– es el presupuesto cardinal de las medidas cautelares; quien peticona esta figura procesal comprobará sumariamente que *prima facie* le asiste razón.

Se requiere la apariencia fundada de actuar conforme a la ley, logrando que el magistrado presuma que la demanda se ajusta a derecho, finalidad que se alcanza con la invocación de una prerrogativa justificada. Empíricamente se traduce en la posibilidad jurídica de obtener una sentencia definitiva que le conceda la “razón”.

En consecuencia, el carácter provisorio propio de este estadio del proceso permite que el juez no tenga que comprobar la certeza, sino que le baste con que se pruebe la aparente fundamentación del derecho.

Este criterio ha sido ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sendos precedentes, donde especificó; “(...) *como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad*”¹⁰.

- b) El segundo –peligro en la demora– se cumple cuando se demuestra de manera cierta y concreta, la posibilidad que de no despacharse favorablemente la medida solicitada, sobrevenga un daño de tal envergadura que despoje a la sentencia de su efecto útil, convirtiéndola en lírica.

Ahora bien, el peligro no se configura por el retraso, ya que éste inevitablemente va a producirse en todo proceso judicial, circunstancia que en modo alguno implicará jus-

¹⁰ CSJN, Fallos 306:2060, “*Albornoz, Evaristo Ignacio c/ Nación Argentina*”, (1984); Fallos 323:349, “*Dorisar S.A. c/ Tierra del Fuego, Provincia de s/ acción declarativa*”, (2000); Fallos 326:4572, “*Kastrup Phillips, Marta Nélica c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de amparo*”, (2003); Fallos 330:1915, “*Defensor del Pueblo de la Nación c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo*”, (2007); entre otros.

tificativo suficiente para decretar una medida cautelar en cualquier litigio. En sentido contrario, lo que se reclama es que durante la demora puedan ocurrir hechos que hagan perder al fallo los efectos buscados por quien resulte vencedor, frustrándose así la efectividad de la protección jurisdiccional¹¹.

En esta línea de pensamiento se encuadra el inciso 2° del artículo 3° de la norma examinada, de manera tal que, al momento de interpretarlo, los jueces deban guiarse por la exegesis imperante en la actualidad, para que la finalidad de las medidas cautelares no se vea desvirtuada.

Por otra parte, el inciso 3° autoriza al juez o Tribunal a ordenar una medida precautoria distinta de la peticionada, a fin de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público, en perfecta sincronía con el artículo 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹².

Por último, el inciso 4° señala que las cautelares no coincidirán con el objeto de la demanda principal. Esta disposición equivale en la práctica a derogar las denominadas “*medidas cautelares innovativas*”, sin advertir que semejante determinación implica desechar la garantía del debido proceso. Ésta ha sido consagrada no sólo por el artículo 18 de la Ley Fundamental, sino también por los artículos 8° y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, cuyos contenidos esenciales resguardan, además del derecho a una sentencia motivada, respetuosa de la ley, de la jerarquía normativa y del principio de la congruencia, la más elemental prerrogativa del justiciable a obtener el cumplimiento del fallo, a cuyo efecto las medidas tutelares prestan una vital función de reaseguro.

¹¹ Rivas, Adolfo Armando, *Medidas Cautelares*. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 48.

¹² Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículo 204.- “*El juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger*”.

A mayor abundamiento, no puede soslayarse que estas medidas tutelares han adquirido un notable desarrollo en la última década, siendo sumamente valiosas y útiles, por ejemplo, permitiendo a los ahorristas argentinos salvaguardar su derecho de propiedad, el que había sido confiscado en el marco de lo que se conoció popularmente como “corralito financiero”¹³.

Por otra parte, también se despoja de validez a las llamadas “medidas autosatisfactivas”, que constituyen un requerimiento urgente a la justicia que se agota con su despacho favorable. Con excelente criterio explica Gozaíni¹⁴ que, si bien es cierto que éstas al ser resueltas “*inaudita parte*” conculcan la contradicción y bilateralidad propias de un sistema que resguarda el derecho de defensa en juicio, ello en modo alguno las convierte en inconstitucionales, ni tampoco se consideran injustas cuando en el marco de la urgencia que las fundamenta, promedia una mínima bilateralidad, resolviendo determinadas situaciones en forma práctica, como efectiva.

La jurisprudencia ha receptado muchas de las críticas que la doctrina ha formulado a este artículo; en consonancia, sostuvo la inconstitucionalidad del inciso 4° del artículo 3° en el fallo “*De Felipe*”¹⁵, en los siguiente términos: “*De tal modo, en forma perentoria se troncha la posibilidad al accionante, de impedir que se frustren sus derechos con el transcurso del tiempo; pues no debe olvidarse que una de las finalidades de las medidas cautelares es la afectación de cosas o personas al resultado de un proceso, al que acceden, para evitar que el tiempo que transcurre entre la promoción de la acción y el dictado de sentencia tornen ilusorios o se frustren los derechos que fueron confiados a la justicia; a la vez*

¹³ Midón, Marcelo Sebastián, “Medidas cautelares requeridas contra el Estado nacional. Botiquín de inocuos placebos”, LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 del 23/05/2013, p. 91.

¹⁴ Gozaíni, Osvaldo A., “Las medidas cautelares ante la Ley 26.854”, Op. Cit., p. 81.

¹⁵ Juzg. Fed. de San Nicolás N° 1, “*De Felipe Ricardo c/ Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*”, Sentencia del 31/05/2013.

que se convertiría la medida cautelar en un instituto anodino, habida cuenta de la amplia gama de situaciones, teniendo en cuenta el tiempo real que por recargo de tareas de los tribunales requiere la tramitación de una causa en todas sus instancias. De tal modo, aunque finalmente recaiga sentencia favorable al accionante, al privársele de la protección anticipada llevaría al absurdo de tomar ilusorios los derechos que se dicen conculcados. Siendo entonces dicha normativa arbitraria y lesiva para la eficaz actividad jurisdiccional que la Carta Magna atribuye a los jueces (art. 116 C.N.)”.

Esta postura fue ratificada en autos “Javkin”¹⁶ al subrayar: *“Al respecto cabe precisar que resulta inconstitucional, en el presente caso, el exceso reglamentario dispuesto en cuanto a los requisitos exigibles en la norma para conceder una medida cautelar, porque ello produce en los hechos una limitación irrazonable a la facultad de los jueces para poder evaluar en cada caso concreto si corresponde o no otorgarlas. Sobre la base de ello cabe señalar que la aplicación dogmática del principio recogido en la norma de que las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal (art. 3, inc. 4) debe ceder, en el presente caso, en que un examen profundo de la situación planteada dejaría desprotegido a quien acude a reivindicar su derecho. En efecto el mecanismo establecido en la norma importa una lesión del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (conf. art. 18 de la Constitución Nacional, arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 8 y 25.I. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 2 inc. 3 ap. a y b y 14 inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Fallos: 327:522), se viola la división de poderes y el derecho al debido proceso formal y sustancial, en cuanto desconoce las facultades ordenatorias e instructorias propias de la función judicial”.*

¹⁶ Juzg. Nac. de 1a Inst. en lo CA Fed. N° 6, “Javkin Pablo c/ EN –PEN –Ley 26855 s/ proceso de conocimiento”, Sentencia del 07/06/2013.

2.c. Informe Previo

La reglamentación incorpora un elemento nuevo, que es el “Informe Previo” previsto en el artículo 4º, que funciona de la siguiente manera: una vez solicitada la medida de protección, el juez previo a resolver su procedencia, deberá requerir a la autoridad pública demandada dentro del plazo de cinco días –salvo que existiese uno menor o se tratase de juicios de amparo, donde éste se reducirá a tres días– que produzca un informe a través del que se exprese el interés público comprometido.

En esta oportunidad, la parte demandada podrá juzgar las condiciones de admisibilidad y procedencia de la tutela peticionada, así como acompañar las constancias documentales que estime corresponder.

A título seguido por vía de excepción, se faculta al órgano jurisdiccional a dictar medidas interinas, cuando circunstancias graves u objetivamente impostergables lo aconsejen. La eficacia de la misma se extenderá hasta la efectiva presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado a tal efecto.

Esta circunstancia hace que el trámite de toda cautelar finalmente se ordinarize, máxime si además se toma en cuenta que faculta al juez –según la índole de la pretensión– a otorgar vista previa al Ministerio Público¹⁷.

Por último, la cláusula legal dispensa la producción del presente informe, en las medidas cautelares que involucren a sectores socialmente vulnerables, o bien comprometan los derechos a una vida digna, a la salud, o a aquéllos de naturaleza alimentaria o ambiental.

Esta norma es claramente contrapuesta a las disposiciones del artículo 198 del Código Procesal Civil y Comercial que deter-

¹⁷ Rojas, Jorge A., “El nuevo régimen de las cautelares frente al estado”, LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 del 23/05/2013, p. 125.

mina: “*Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte*”, constituyéndose en un nuevo obstáculo, coadyuvando a la injustificada demora del proceso.

Viene al caso recordar que las medidas tutelares deben dispo-nerse sin participación de la demandada, dado que de lo contrario podría frustrarse su finalidad al poner en aviso a la contraparte¹⁸.

En el caso en particular, la vista de la causa no sólo puede frustrar su objetivo, sino que implica al mismo tiempo, una medida dilatoria e innecesaria, toda vez que retrasa la decisión del juez al tener que solicitar la opinión del Estado antes de expedirse.

Legítimamente, el estándar que rige las medidas cautelares ordena que éstas sean dictadas sin contradictorio previo. El principio *inaudita parte* se funda en razones de urgencia y efectividad. Es indiscutible que la intervención del sujeto pasivo en una cautelar demanda una considerable inversión de tiempo, que cuando media una situación de peligro debe evitarse a fin de proteger a quien justifique que su derecho, en el supuesto de no ser tutelado, puede sufrir una seria afectación.

De allí la exigencia como presupuesto de admisibilidad, tanto de la verosimilitud en el derecho, como del peligro en la demora. A su vez, es preciso destacar que la norma no contempla la hipótesis de que el Estado Nacional ofrezca prueba, en cuyo caso se tornarían aplicables las pautas del Código Procesal fijadas para los incidentes. Tampoco se especificó con qué plazo cuenta el juez para resolver el pedido de tales medidas¹⁹.

Este dispositivo normativo también ha sido objetado en su constitucionalidad, ello en el entendimiento que “(...) *desconoce*

¹⁸ Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2003, p. 777.

¹⁹ Oteiza, Eduardo, “El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854”, LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 del 23/05/2013, p. 95.

un principio inherente, que hace a la naturaleza propia de la figura cautelar, que deben ser decretadas “inaudita parte”; a través de esta normativa a todo aquel que accione cautelarmente contra el Estado o sus entes, se les impone una carga adicional, pero además de ello colocan a éste en una posición ventajosa sobre cualquier otro litigante particular, al tomar conocimiento anticipado de las pretensiones y fundamentos del accionante, antes que le sea notificada la demanda. (...) ello constituye un menoscabo a los derechos de los particulares, los que pese a encontrarse amparados por las garantías de los arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional se encuentran en una situación enojosa o irritante de desigualdad en las condiciones de acceso a la justicia. Por tales motivos considero que el artículo cuestionado es lesivo a las garantías constitucionales señaladas”²⁰.

En idéntico sentido ha sido interpretado en la sentencia “Rizzo”²¹, donde el juez de grado enfatizó: *“El informe previo del artículo 4 de la Ley, conlleva una grave afectación al principio de la tutela judicial efectiva, en la medida que se contraponen a leyes de rango superior como son los tratados internacionales antes enunciados”*. También en autos “Gascón”²² al señalar que: *“A través de esta nueva legislación, el Estado o sus entes, vienen a situarse en una posición ventajosa sobre cualquier otro litigante particular, al tomar conocimiento anticipado de las pretensiones y fundamentos del accionante, antes que le sea notificada la demanda”*.

A esta misma dirección apunta la línea jurisprudencial preponderante en el citado fallo “Javkin”, en el precedente “Cole-

²⁰ Juzg. Fed. de San Nicolás N° 1, “De Felipe Ricardo c/ Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, op. cit.

²¹ Juzg. CAF N° 2, Expte N° 21.897/2013, “Rizzo Jorge Gabriel y otro c/ EN – PEN – Ley 26.855 s/ amparo ley 16.986”, Sentencia del 06/06/2013.

²² Juzg. CCyCF de La Plata N° 4, Expte N° 102.018/2013, “Gascón, Alfredo Julio María c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de inconstitucionalidad”, Sentencia del 05/06/2013.

gio de Abogados Departamento Judicial de Mar del Plata”²³, así como en “*Pitte Fletcher*”²⁴.

2.d. Vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado

Este es sin duda, uno de los aspectos más preocupantes de la norma. El artículo 202 del Código Procesal Civil y Comercial prevé que: “*Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento*”. Es decir, que hasta ahora no existía un plazo, ya que estaba previsto como indefinido o indeterminado, quedando supeditado a la subsistencia de las circunstancias que le dieron origen.

La nueva ley en cambio, en el artículo 5° establece que el juez, al otorgar una medida cautelar –bajo pena de nulidad– deberá establecer “un límite *razonable* de vigencia de la misma”. El término no podrá exceder los seis (6) meses, pudiendo en los procedimientos de tipo sumarísimos o en los juicios de amparo, tener una vigencia aún menor al prever que en estos casos concretos no superará los tres (3) meses.

“Al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis (6) meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable. Será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud di-

²³ Juzg. Fed. de Mar del Plata N° 4, “*Colegio de Abogados Departamento Judicial de Mar del Plata y otro c/ Estado Nacional -PEN s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*”, Sentencia del 31/05/2013.

²⁴ Juzg. CAF N° 6, Expte N° 21.884/2013, “*Pitte Fletcher Denis c/ EN – PEN - Ley 26855 s/ amparo Ley 16.986*”, Sentencia del 06/06/2013.

latoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida. Si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8° segundo párrafo”.

Es importante detenerse en el punto, dado que esta tutela específica tiene un objetivo primordial en el proceso judicial, que es el de garantizar que la sentencia sea cumplida en su totalidad, protegiendo los derechos de ambas partes, a través de la contracautela. Por lo tanto, al fijarse términos acotados de vigencia se estaría tutelando el interés de la parte, pero por un período de tiempo absolutamente escueto, que es casi equivalente a la desprotección total. Este plazo no hace más que limitar y favorecer la posición del Estado Nacional frente a los particulares.

Al mismo tiempo, debe destacarse que la reglamentación establece plazos máximos pero no mínimos, con lo cual queda al libre arbitrio del juez fijar un plazo de vigencia que bien podría establecerse en diez (10) días –o aun menos– dependiendo del caso en particular, lo que implica darle un margen de discrecionalidad desproporcionada al magistrado interviniente.

Aquí es importante mencionar el Fallo “*Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares*”²⁵. En este precedente, el Grupo Clarín junto con Arte Radiotelevisivo Argentino, Cablevisión S.A., Multicanal S.A., Radio Mitre S.A. y Teledigital Cable S.A. solicitaron que se dictara una medida de no innovar, con la finalidad de que se ordenara la suspensión de la aplicación de los artículos

²⁵ CSJN, “*Grupo Clarín S.A. y otros s/ medidas cautelares*”, (2012).

41²⁶ y 161²⁷ de la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual.

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó el pronunciamiento del Juez de Primera Instancia por medio del cual se dispuso la suspensión de la aplicación de los artículos mencionados por el término de treinta y seis (36) meses, al entender que era efímero y sorpresivo el plazo de transición establecido por la ley cuestionada.

Este pronunciamiento fue apelado por el Estado Nacional, en el entendimiento de que se trataba de una indebida intromisión del Poder Judicial en una cuestión que le era ajena, toda vez que la norma había sido sancionada por el Congreso. Por otro lado, expresó que la normativa impugnada no afectaba derechos ni libertades sino, en contrario, tendía a garantizar las prerrogativas de la comunidad a partir de una plural y transparente asignación de las licencias.

²⁶ *Transferencia de las licencias. Las autorizaciones y licencias de servicios de comunicación audiovisual son intrasferibles. Excepcionalmente se autoriza la transferencia de acciones o cuotas partes de las licencias luego de cinco (5) años de transcurrido el plazo de la licencia y cuando tal operación fuera necesaria para la continuidad del servicio, respetando que se mantenga en los titulares de origen más del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito o por suscribirse y que represente más del cincuenta por ciento (50%) de la voluntad social. La misma estará sujeta a la previa comprobación por la autoridad de aplicación que deberá expedirse por resolución fundada sobre la autorización o rechazo de la transferencia solicitada teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos solicitados para su adjudicación y el mantenimiento de las condiciones que motivaron la adjudicación. La realización de transferencias sin la correspondiente y previa aprobación será sancionada con la caducidad de pleno derecho de la licencia adjudicada y será nula de nulidad absoluta. Personas de existencia ideal sin fines de lucro. Las licencias concedidas a prestadores de gestión privada sin fines de lucro son intrasferibles.*

²⁷ *Adecuación. Los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por esta ley, que a la fecha de su sanción no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o las personas jurídicas que al momento de entrada en vigencia de esta ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la presente en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento —en cada caso— correspondiesen. Al solo efecto de la adecuación prevista en este artículo, se permitirá la transferencia de licencias. Será aplicable lo dispuesto por el último párrafo del artículo 41.*

La decisión fue confirmada por la Corte, modificándose únicamente lo concerniente a la forma en que debía computarse el plazo previsto por el artículo 161 para la desinversión.

Lo interesante de este fallo, es la postura que se toma con respecto a la “*razonabilidad del plazo de vigencia*”; así se entendió que el término debía computarse sobre la base del principio de buena fe, evitando cualquier tipo de conductas abusivas. El Alto Tribunal ponderó con excelente criterio, que debía tenerse en consideración, tanto la complejidad del caso, como la importancia de los intereses en juego. Interpretó asimismo, que correspondía a la parte actora llevar a cabo un proceso de adecuación y desinversión, por lo que el plazo de treinta y seis (36) meses se estimó razonable.

La ley en examen desconoció por completo este criterio hermenéutico, al imponer un plazo general, universal y apriorístico de duración máxima de la medida cautelar dictada, en flagrante violación de la división de poderes, así como del derecho al debido proceso formal y sustancial, por cuanto no contempla las facultades ordenatorias e instructorias que tienen los jueces en el ejercicio de su función para ponderar, según los hechos del caso concreto, el alcance de la medida que debe adoptarse a efectos de lograr una efectiva tutela judicial.

Es irrazonable y desproporcionado pretender dar una única respuesta al infinito universo que genera la casuística emergente, en torno al dictado de medidas cautelares²⁸.

Otro de los aspectos modificados es el contenido de los casos frente a los cuales se permite obtener un régimen tutelar sin plazo alguno; sólo conseguirán solicitarse en aquellos supuestos en que se encuentre comprometida de manera directa la vida, la salud de una persona o un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental.

²⁸ Gil Domínguez, Andrés, “La inconstitucionalidad e inconveniencia del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (ley 26.854)”, *op. cit.*, p. 72.

Al respecto, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), a través de un comunicado²⁹, expresó con anterioridad incluso a la sanción de la norma, que ésta disminuye la protección a los derechos humanos, toda vez que limitar el ámbito de aplicación de las medidas cautelares a cuestiones en las cuales se vean involucrados solamente el derecho a la vida, a la salud, alimentario y ambiental, tiene como único objetivo favorecer al Estado Nacional frente a los posibles reclamos que puedan surgir por parte de los ciudadanos.

No es necesario apelar a una agudeza extrema para darnos cuenta que, en realidad, estas disposiciones lesionan el derecho a una tutela judicial efectiva, al cercenar precisamente los reclamos frente al Estado, cuando estén en juego prerrogativas de contenido patrimonial o derechos económicos, sociales y culturales (que no sean los excluidos expresamente), amenazando gravemente los derechos de grupos vulnerables, según lo reconoció la ACIJ (Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia)³⁰.

Siguiendo esta línea de pensamiento, en el mencionado fallo “*Colegio de Abogados Departamento Judicial de Mar del Plata*” se sostuvo que: “(...) *el plazo de duración de las medidas cautelares contra el Estado Nacional, con independencia de la existencia de sentencia definitiva en el expediente principal, resulta una incongruencia pues las mismas tienen como finalidad asegurar que el derecho no se frustre antes del dictado de la sentencia de fondo, resultando entonces irrazonable que caduque antes de la misma*”. Esto en relación directa con lo prescripto por el inciso 1° del artículo 6°: “*Las medidas cautelares subsistirán mientras dure su plazo de vigencia*”.

²⁹ ADC, “La propuesta de reforma judicial puede afectar gravemente el estado de derecho”. Publicación realizada por la Asociación por los Derechos Civiles –ADC–, Disponible en: www.adc.org.ar.

³⁰ *La Nación*, Cautelares reguladas ¿y también restringidas?, Nota de Laura Zommer, edición impresa del 14/05/2013.

2.e. Afectación de los recursos y bienes del Estado

El artículo 9° prescribe: “*Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias*”.

Esta previsión, traducida a los hechos, equivale casi a prohibir a los jueces el otorgamiento de medidas cautelares contra la Administración Pública Nacional. Ello por cuanto prácticamente la totalidad de este tipo de tutela es susceptible de afectar bienes o recursos del Estado. En efecto, de esta manera se inhibe la posibilidad de salvaguardar derechos patrimoniales, dado que normalmente en este tipo de casos se hallará comprometido el erario público.

En estas mismas coordenadas, autorizada doctrina³¹ advirtió que el propósito de mantener inmunes los bienes estatales frente a cualquier afectación preventiva significa la derogación casi plena del instituto cautelar.

La jurisprudencia también resultó refractaria a este tipo de disposiciones, advirtiendo en el fallo “*Gascón*” que: “*Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier manera perturbe los bienes o recursos propios del Estado. Planteadas así las cosas, puede afirmarse que en ningún caso pueden dictarse medidas cautelares en las que estén comprometidos los bienes o recursos propios del Estado, ya que siempre existirá la afectación a un patrimonio estatal*”. En idéntico sentido se expidió en la sentencia “*De Felipe*” al subrayar que: “*En cuanto a la prohibición de imponer a los funcionarios cargas pecuniarias; esto constituye una forma de coartar el principio de imperium del Poder Judicial, que le impediría a los jueces hacer valer sus mandas judiciales, otorgando*

³¹ Midón, Marcelo Sebastián, “Medidas cautelares requeridas contra el Estado nacional. Botiquín de inocuos placebos”, *op. cit.*, p. 94.

un ‘bill’ de impunidad a funcionarios sujetos a imposiciones judiciales. Convirtiéndose, de esta manera, las resoluciones judiciales en letra muerta. De tal modo, el juez entendió que la disposición analizada es violatoria de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional y artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica.”

2.f. Suspensión de los efectos de un acto estatal

El artículo 13 enuncia cuáles son los requisitos para la suspensión de un acto estatal, a saber: 1) pedido de parte; 2) acreditar que la ejecución del acto o norma puedan causar un perjuicio de imposible reparación ulterior; 3) verosimilitud en el derecho; 4) verosimilitud de la ilegitimidad; 5) no afectación del interés público; y 6) que la suspensión judicial no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

En el inciso 3° prescribe: *“La providencia que suspenda los efectos de un acto estatal será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa. El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2”*.

Como puede observarse, uno de las exigencias que suspende la ejecución de un acto estatal es la no afectación al interés público; del mismo modo, el artículo 14 establece este requerimiento para las medidas positivas, y el 15 respecto de las medidas de no innovar. Es decir, que en cualquiera de los tres supuestos –medida suspensiva, positiva o de no innovar– se exige la “no afectación del interés público”.

Sin duda los jueces, con anterioridad a la sanción de la normativa en estudio, tenían el deber de cotejar que los medios

adoptados no afecten el interés público. De hecho, existen diversas reglamentaciones que contemplan esta exigencia, como es el caso de la Ley 2.145³² en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Ahora bien el problema –que trae un concepto impreciso como éste– es que da lugar para que sea utilizado con la finalidad de restringir la procedencia de estas medidas. Por ello, es relevante identificar cuál es el interés general que está en juego para evitar que este término sea empleado para eludir el control judicial.

La expresión “interés público” ha sido entendida equivalente al “bien común” de la tradición tomista, al orden institucional y a la noción de orden público, por sólo mencionar algunos ejemplos. En suma, se la ha percibido como presente en toda actividad humana útil a la sociedad, e incluso como justificativo del servicio público. Este concepto deja fuera de sus límites a todo tipo de litigio entre particulares, en los que únicamente está involucrado el interés privado.

En esta línea de pensamiento, la sumatoria del interés público más el bienestar general, ha sido razonada como lo opuesto al interés privado. También se ha asociado a éste con la pérdida definitiva de un derecho, resolviéndose que aun cuando la norma invoque el interés público, su aplicación no puede constitucionalmente afectar la estabilidad de los derechos inherentes a todo orden jurídico regular, como tampoco justificar la aplicación retroactiva de la ley³³.

Tendiendo en cuenta estos criterios interpretativos, estamos en grado de identificar con mayor claridad el interés público comprometido en un caso concreto. Lo que corresponde evaluar no es el interés público del acto, sino lo que sucederá ante el supuesto que se suspenda el mismo. Es decir, que deberá llevarse a cabo

³² Ley N° 2.145 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “*Ley de Amparo*”, publicada en el B.O.C.A.B.A del 05/12/2006.

³³ Sacristán, Estela B., “El concepto de interés público en la ley 26.854”, LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 del 23/05/2013, p. 145.

una operación de confronte que permita ponderar cuáles serán los perjuicios ocasionados en caso de dictarse la tutelar, y si resultan mayores o menores a los que se producirán si no se la ordena.

Asimismo, el inciso 3° señala que si la cautelar suspende los efectos de un acto estatal, será recurrible por vía de reposición y por apelación subsidiaria o directa. Redacción que resulta completamente superflua, atento a lo previsto en el artículo 198 del CPCCN. Lo novedoso es que el recurso de apelación que se interponga contra la providencia que suspenda total o parcialmente los efectos de una disposición legal o reglamento del mismo rango jerárquico, tiene efecto suspensivo, salvo que estén comprometidos los derecho exceptuados por la propia ley (vida, salud, derecho alimentario o ambiental).

En definitiva, equivale a la intervención absoluta del gobierno de turno a través de resoluciones, decretos de necesidad y urgencia o cualquier otra disposición, ya que, con sólo interponer recurso de apelación contra todas las provisiones procesales en cautelares, al tener efecto suspensivo se mantendría la vigencia de la norma en detrimento de los derechos involucrados de los particulares³⁴.

Dicho esto, se entiende que salvo los tres supuestos enumerados anteriormente, todos los demás se encontrarían en una situación de inferioridad y desigualdad, quedando en descubierto aquí la verdadera intención de la reforma, que es prácticamente “anular” las medidas cautelares contra el Estado Nacional, otorgándole así una situación inadmisiblemente ventajosa por sobre las personas físicas y jurídicas.

Estos motivos llevaron a descalificarla por inconstitucional en los fallos “*De Felipe*” y “*Gascón*”, al considerar que constituyen exigencias arbitrarias que obstaculizan el acceso a la justicia y desnaturalizan las decisiones judiciales.

³⁴ Sirkin, Eduardo, “Acerca de la ley 26.854 modificatoria del CPCCN referida a las medidas cautelares contra el Estado Nacional”, *El Dial*, DC1A5A, p. 8.

3. Aspectos controvertidos en la ley de reformas al Consejo de la Magistratura

Tal como se adelantara en la parte introductoria de este ensayo, la Ley 26.855 del Consejo de la Magistratura constituyó uno de los pilares centrales del tan controvertido proceso de “Democratización de la Justicia”. Ello por cuanto con su sanción, no sólo se buscaba ampliar el número de miembros del órgano judicial, sino que se introdujeron importantes modificaciones, cuyo objetivo principal no era otro que tener un control absoluto del Poder Judicial.

Los aspectos medulares de la normativa se observan claramente en tres de sus modificaciones que tienen el propósito de alinear al Poder Judicial con las políticas diseñadas por el oficialismo, las que serán abordadas a continuación.

3.a. Ampliación de los miembros del Consejo de la Magistratura

El artículo 2° eleva el número de los miembros del Consejo de la Magistratura de trece a diecinueve, de acuerdo con la siguiente composición: tres jueces del Poder Judicial de la Nación, correspondiendo dos a la lista que resulte ganadora por mayoría simple y uno a la que resulte en segundo lugar; tres representantes de los abogados de la matrícula federal –en la actualidad son dos–, siguiendo el criterio establecido para los magistrados; seis representantes de los ámbitos académico o científico de alguna de las disciplinas universitarias oficialmente reconocidas –en el régimen vigente se contempla un representante proveniente del ámbito del derecho–, cuatro por la lista ganadora, y dos por la que obtenga el segundo lugar; seis legisladores; y un representante del Poder Ejecutivo.

Es preciso recordar que antes de la reforma realizada en el año 2006 estaba compuesto por veinte miembros: cuatro jueces, cuatro abogados, cuatro diputados, cuatro senadores, dos académicos, un representante del Poder Ejecutivo y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Con la innovación efectuada a través de la Ley 26.080³⁵ —a instancias de la entonces Senadora Cristina Fernández de Kirchner—, se disminuyó a trece el número de integrantes del cuerpo: tres jueces del Poder Judicial de la Nación; seis legisladores; dos representantes de los abogados de la matrícula federal; uno del Poder Ejecutivo; y uno del ámbito académico y científico.

La polémica siempre fue clara, con la nueva conformación, el oficialismo era el único que no perdía poder. En efecto, esta modificación en el régimen trajo como consecuencia un predominio del gobierno de turno sobre ese organismo, convirtiéndose así, en un instrumento de presión del Gobierno sobre la Justicia.

A mayor abundamiento, no puede soslayarse que la integración del Consejo podría ser cuestionada en su constitucionalidad, dado que nuestra Carta Magna dispone que debe existir un *equilibrio* entre los diversos estamentos. Así, el artículo 114 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de requerir la inclusión de otras personas del ámbito académico y científico, impone que debe existir ese equilibrio entre: a) la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, b) los jueces de todas las instancias, y c) los abogados de la matrícula federal.

Sin confundir esta obligación con una igualdad numérica, existen diversas formas de realizar esta cuenta. La más obvia hubiera sido considerar la existencia de esos tres sectores, otorgando un número similar de integrantes a cada uno. No obstante, la legislación ha adoptado un camino distinto; en definitiva sobre un total de trece miembros, siete proceden de órganos políticos provenientes de la elección popular.

³⁵ Ley N° 26.080, publicada en el B.O. del 27/02/2006.

Resulta indiscutible que la finalidad de los constituyentes ha sido resguardar la independencia en el funcionamiento del organismo, por este motivo prevé la existencia de “equilibrio” entre los sectores que lo componen. Sin embargo, este requisito en la actualidad se encuentra ausente, toda vez que está desproporcionado e inclinado a favor del sector político y, dentro de éste, a favor del gobierno de turno.

La novel reglamentación aumenta de trece a diecinueve el número de integrantes del Consejo de la Magistratura, adicionando un representante más de los abogados de la matrícula federal y cinco académicos; el aumento altera la proporcionalidad requerida por el artículo 114 Constitucional, por lo que resulta claramente contrario a la Carta Magna.

3.b. La elección popular de los consejeros

A su vez, el citado artículo 2° expresamente adopta el sufragio universal para la elección de aquellos consejeros que no surgen de la elección popular directa. Dispone que los tres jueces, los tres delegados de los abogados de la matrícula federal y los seis de los ámbitos académico o científico de reconocida trayectoria de cualquiera de las disciplinas universitarias reconocidas, se elegirán por medio del sufragio universal.

Como si esto no fuera suficiente, a través de la incorporación del artículo 3° bis se adopta el régimen electoral previsto por la Ley 26.571³⁶, es decir, que los representantes de los estamentos mencionados con anterioridad serán electos en las elecciones nacionales simultáneamente con la elección presidencial, aplicando asimismo el sistema de primarias abiertas, simultaneas y obligatorias (PASO).

³⁶ Ley N° 26.571, publicada en el B.O. del 14/12/2009.

Se torna inevitable repasar cuál fue el objetivo que persiguió la incorporación del Consejo de la Magistratura en la reforma constitucional de 1994, que no fue otro que garantizar la independencia del Poder Judicial. Efectivamente, la motivación estaba en la necesidad de otorgar mayor eficacia a la designación y remoción de los magistrados, apartándolas de las consideraciones político-partidarias de las coyunturas.

Precisamente, es el espíritu que acompañó la decisión de la creación de este órgano, el que quedará completamente desvirtuado con la nueva reglamentación. Ello por cuanto, la elección popular de los jueces, abogados y académicos generará el efecto contrario, produciendo la politización y partidización del Consejo de la Magistratura. Resultando en consecuencia refractaria a la Ley Fundamental, tornándose claramente inconstitucional.

Por consiguiente, corresponde detenerse en la implementación del sufragio universal para los miembros del Consejo, que no surgen de manera directa de la voluntad popular. El artículo 114 Constitucional es claro cuando establece: “(...) *El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultante de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley (...)*”.

De lo que se desprende que los únicos integrantes del Consejo sometidos a escrutinio popular son los que corresponden a los órganos políticos, no resultando en modo alguno esa forma de elección aplicable a los jueces, abogados o académicos.

La elección popular de los magistrados miembros del Consejo de la Magistratura es, a todas luces, negativa e implica una alteración a los principios establecidos en la cláusula de referencia. En consecuencia, la única alternativa posible para variar es-

tructuralmente la forma específica de ciertos nombramientos que se hacen por voto general de los ciudadanos, es reformando la Constitución. Esta forma de recrear instituciones a través de legislación ordinaria en temas sustanciales que hacen a los Poderes del Estado, es indudablemente inconstitucional³⁷.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (AADC) en un comunicado titulado “En defensa de la independencia del Poder Judicial y los derechos y garantías de los justiciables” en el que sostuvo: *“La elección popular de los representantes de los jueces al Consejo de la Magistratura es particularmente lesiva del mandato contenido en el artículo 114 de la Constitución Nacional, en cuanto violenta el texto y la finalidad de esa norma. También, la participación de los magistrados en elecciones primarias y generales, en tanto implica la aceptación de políticas expuestas en las bases programáticas y plataformas electorales de los partidos que los registren en sus boletas, importa afectar principios y normas que inhiben el ejercicio de actividades políticas por parte de quienes están llamados a integrar un poder independiente y deben juzgar acerca de esas políticas. Ello significa la pérdida de imparcialidad de los magistrados y la politización del Poder Judicial de la Nación, con la consiguiente ruptura del principio republicano de División de Poderes”*.

Además, resulta incoherente que la designación de los magistrados se realice por el mismo procedimiento que se implementa para la elección de los integrantes de los poderes políticos. Esto es, recurriendo a la mediación de los partidos políticos por medio de boletas electorales, a sabiendas de que el Consejo integra el Poder Judicial, y que sus miembros tiene prohibida toda afiliación partidaria. Con esta modificación se convierte a los jueces en “candidatos”, imponiéndoles la obligación de formar parte de asociaciones políticas.

³⁷ Losa, Néstor O., “Reforma judicial y procesal: Algunos aspectos a considerar”, *El Dial* DC1A3F, Publicado el 15/04/2013.

Esta situación se agudiza, si se analizan las deficiencias que presentan las democracias en toda Latinoamérica, de la que no es excepción nuestro país. Justamente en Argentina, la práctica lamentablemente demuestra que el Poder Ejecutivo de turno controla, imponiendo las mayorías parlamentarias ocasionales, el funcionamiento del órgano legislativo limitando de esta manera los controles que se encuentran en cabeza del Parlamento.

Ante esta circunstancia, el Poder Judicial cumple un rol de destacada importancia al momento de resguardar los derechos de las minorías, ejerciendo el control de constitucionalidad sobre los actos y normas.

Es decir que recae sobre los magistrados, la grave responsabilidad de “revisar” las decisiones de los poderes mayoritarios y confrontarlas con los principios constitucionales. Esta capacidad política de los jueces genera una tensión buscada por el sistema entre mayorías y derechos, que es lo que en definitiva posibilita acuñar el término de democracias constitucionales.

En regímenes de estas características, la imparcialidad del Poder Judicial resulta sumamente valiosa para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos; con esta ley esa imparcialidad se verá seriamente amenazada, al igual que las libertades individuales. De esta manera, se sortea cualquier actividad de control por parte del Poder Judicial, afectándose severamente los presupuestos básicos de la República como el *checks and balances* y la independencia en el funcionamiento de los tres poderes.

Finalmente, no puede obviarse que con las reformas efectuadas se quebranta la “representación” y el “equilibrio” a los que alude el texto constitucional, tal como se adelantara. Si no son los jueces, abogados y académicos quienes votan y eligen a sus propios representantes, no puede hablarse jurídicamente de representación.

3.c. Requisitos para ser miembro del Consejo de la Magistratura

Por otra parte, se eliminan los requisitos específicos para ser miembro del Consejo, equiparándolos a las exigencias para ser diputado nacional. Añade que no podrán acceder al cargo, *quienes hayan cumplido funciones durante la última dictadura cívico-militar, como tampoco quienes hayan tenido condiciones éticas repugnantes a las instituciones democráticas y los derechos humanos* –artículo 5°–.

Este punto debe ser analizado en forma paralela con el reconocimiento de la representación estamental a académicos del ámbito no jurídico. Lo que colisiona palmariamente con el objetivo que se tuvo en miras al momento de crear el Consejo de la Magistratura, que no fue otro que el de establecer un órgano profesionalizado.

Esta finalidad se advierte claramente con sólo repasar los debates de la Convención Constituyente, en la que exclusivamente se hizo referencia a científicos o académicos del campo del derecho. Efectivamente, en esa oportunidad la convencional María del Carmen Falbo fue concluyente al señalar que el artículo 114 sugiere que deben estar los mejores profesionales pertenecientes a las academias de derecho³⁸.

En igual sentido, el convencional Hitters puntualizaba que el modelo seguido era el previsto en la Constitución del Reino de España, y que allí *“integran este Consejo, catedráticos del derecho y abogados con quince años de antigüedad”*. Aclarando a su vez, que en España el Consejo estaba compuesto *“por 20 miembros y un presidente, de los cuales doce son jueces y ocho profesores y juristas de gran capacidad, como reza la Constitución”*³⁹.

³⁸ Diario de Sesiones, 3era. Sesión Ordinaria, 28 de julio de 1994.

³⁹ *Ibídem*.

Este ha sido el tradicional criterio hermenéutico utilizado desde 1994 hasta la actualidad, es decir, que desde entonces la doctrina ha aceptado pacíficamente que el artículo 114 limite los representantes académicos del Consejo al ámbito jurídico. De conformidad con el texto constitucional, la ley podrá determinar el número de integrantes y la forma de su elección, pero en ningún caso queda a criterio del legislador definir las calidades o requisitos de idoneidad que estos deben reunir. De modo que no resulta discrecional para el Congreso, la interpretación del concepto expresado en la Carta Magna referido a “*personas del ámbito académico y científico*”⁴⁰.

4. El fallo “*Rizzo*”⁴¹

Jorge Rizzo –apoderado de la Lista 3 “Gente de Derecho”– presentó un amparo, con la finalidad de obtener la declaración de inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley 26.855. La importancia del caso en análisis es trascendental, no sólo por las controversias de orden político e institucional a las que dio origen, sino por el modo en que la acción llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; esto es a través de un *per saltum* o del recurso extraordinario por salto de instancia en los términos del artículo 257 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

La parte actora justificó la acción básicamente en dos aspectos, por un lado, alegó que el sistema de selección de repre-

⁴⁰ Oyhanarte, Martín (h.), “Reforma a la Justicia: la integración del Consejo de la Magistratura por académicos ajenos al ámbito jurídico es inconstitucional”, MJ-DOC-6229-AR, MJID6229, 10/04/2013.

⁴¹ CSJN, R. 369, L. XLIX, “*Rizzo, Jorge Gabriel s/ acción de amparo el Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26.855, medida cautelar*”, 18/06/2013.

sentantes dispuesto por la norma no guardaba consonancia con la prescripción del artículo 114 Constitucional y, por el otro, entendió que la misma resultaba discriminatoria para la agrupación en nombre de la que actuaba.

En primera instancia, la Juez Servini de Cubría declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la Ley 26.855, así como del decreto 577/2013⁴² que convocó al electorado a elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias el día 11 de agosto de 2013, para la elección de candidatos a Consejeros del Consejo de la Magistratura. En tal sentido, dispuso que los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales conservarían su plena vigencia, rigiéndose por lo establecido en el régimen anterior –Ley 24.937⁴³ y sus modificatorias–.

Contra dicho pronunciamiento, el Estado Nacional dedujo un recurso extraordinario por salto de instancia, en el entendimiento que la acción interpuesta era arbitraria e infundada, toda vez que no se había acreditado un perjuicio concreto y actual. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo mayoritario de seis votos contra uno, confirmó la sentencia apelada.

Para así decidir, afirmó que el caso cumplía con todos los recaudos que determinan su admisibilidad, dada la inminencia de los plazos establecidos en el calendario electoral. Señala también, que de no resolverse de manera rápida y expedita, las vías procesales ordinarias resultarían ineficaces para remediar la afectación de derechos. Del mismo modo se expidió acerca de la legitimación del actor. Con relación a este punto, todos los jueces coinciden en que el Dr. Rizzo se encuentra plenamente legitimado para actuar, dado que revestía carácter de apoderado de una agrupación integrada por abogados de la matrícula federal.

⁴² Decreto N° 577/2013, publicado en el B.O. del 27/05/2013.

⁴³ Ley 24.937, publicada en el B.O. del 06/01/1998.

4.a. El voto de la mayoría

Para resolver el fondo de la cuestión, preliminarmente los Ministros Lorenzetti, Fayt, Highton de Nolasco y Maqueda hacen alusión a la importancia y necesidad de respetar la forma republicana y representativa de gobierno, así como la división de poderes establecida en la Constitución Nacional.

Siguiendo esta línea argumental, sostienen que ningún poder del Estado puede arrogarse mayores facultades que las que le fueron expresamente conferidas. Ello por cuanto: *“Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas de las que le ha otorgado o suprimir algunas de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al sancionar el artículo 30 de la Constitución. Entretanto, ni el Legislativo ni ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas”* (Considerando 11 de su voto).

El test de constitucionalidad efectuado por el Alto Tribunal se basó en el análisis de dos puntos cruciales: en primer lugar, la interpretación de la ley y, en segundo término, en el grado de independencia que debe asegurarse a los jueces frente a posibles presiones políticas.

Sobre el primer aspecto, se aseveró que a fin de poder realizar un adecuado control de constitucionalidad, se torna indispensable determinar el alcance de la normativa constitucional cuestionada.

A tal efecto, se subraya que la comprensión de la ley no se agota con la interpretación literal de su letra, sino que debe indagarse en la real intención del legislador al momento de sancionar la normativa. Por consiguiente, corresponde entonces analizar detenidamente el artículo 114 para esclarecer el objetivo perseguido con su incorporación. Luego de realizada esta tarea, podrá final-

mente determinarse si la ley que motivó la acción es compatible con el diseño de la Constitución Nacional.

El artículo 114, 2º párrafo del texto constitucional establece que: *“El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley”*.

Acertadamente señala que de la simple lectura y comprensión, resulta claro que el Consejo de la Magistratura lo integran representantes de tres estamentos: los órganos políticos elegidos popularmente, los jueces de todas las instancias y abogados de la matrícula federal. Éstos integrarán el Consejo de la Magistratura en nombre y por mandato de cada uno de los estamentos indicados, lo que inexorablemente lleva a inferir que su elección estará a cargo de dichos sectores. No existen entonces motivos para concluir que su elección pueda llevarse a cabo a través del voto popular, dado que en tal caso dejarían de ser representantes de su sector para convertirse en representantes del cuerpo electoral.

A su vez, la última parte del mencionado artículo contempla que el Consejo también estará integrado por *“otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley”*. Aquí es de suma relevancia –a criterio del Alto Tribunal– aclarar que independientemente de la delegación que el constituyente hace a favor del Congreso, en lo que respecta al número como a la forma en que los académicos y científicos deben integrar el órgano, dicha cláusula no debe interpretarse en forma aislada de la primera parte del dispositivo, es decir que no podrá contradecirla.

Por ello, es necesario tener presente que si bien la Constitución Nacional les ha dado a aquellos una participación en el Consejo, no les ha asignado un rol central, lo que se desprende

claramente de la literalidad de la norma, si se tiene en cuenta que académicos y científicos son receptados en la segunda parte del artículo de manera complementaria. Al mismo tiempo, en relación a la forma de selección de éstos, el Máximo Tribunal aclara que aunque no se haga referencia expresa al modo de elección, esa disposición a la luz de lo previsto en la primera parte del artículo 114, conduce razonablemente a deducir que la elección de ellos tampoco puede realizarse por medio del voto popular.

Con posterioridad, la Corte se detiene a analizar el segundo asunto, esto es la importancia que reviste garantizar la independencia de los jueces. Expresa que la independencia judicial no sólo constituye uno de los pilares fundamentales de todo Estado constitucional sino que al protegerse la primera, al mismo tiempo se está afianzando la justicia y asegurando los beneficios de la libertad.

Recuerda que con la reforma constitucional de 1994 se incorporó al Consejo de la Magistratura, cuya finalidad principal era despolitizar el procedimiento para la designación de jueces. La intención perseguida por el constituyente al incorporar el artículo 114 fue elevar el umbral de garantía de independencia judicial y mantener un equilibrio entre sectores sin que exista predominio de unos sobre otros.

Contrariamente, la Ley 26.855 prevé en su artículo 4º que aquel magistrado que aspire a ser miembro del Consejo en representación de los jueces, tendrá que desarrollar actividades político-partidarias. Esto no sólo implica que debe participar en una campaña electoral, sino también presentar una plataforma política que le procure la cantidad de votos necesaria para asegurar su ingreso al Consejo.

No caben dudas entonces que en la práctica, la ley impide la imparcialidad del juez frente a las partes del proceso y a la ciudadanía, al exigirle su identificación con un partido político mientras cumple con la tarea de administrar la justicia.

La ley en análisis –sostiene la Corte– contraría al texto constitucional, toda vez que rompe el equilibrio al establecer que la totalidad de los miembros del Consejo surja directa o indirectamente del sistema político-partidario, aparte de desconocer el principio de representación de los estamentos técnicos, comprometer la independencia judicial y distorsionar el proceso electoral.

Por su parte los jueces Petracchi y Argibay también se detuvieron a analizar la legitimación del actor, así como la constitucionalidad de la Ley 26.855 frente al artículo 114 de la Constitución Nacional.

Respecto al primer punto, señalaron que la parte demandada se había agraviado en tanto, a su criterio, la ley cuestionada no produce un perjuicio actual y concreto, dado que *“no le impide acceder a una postulación en alguno de los partidos políticos nacionales que sea afín a sus ideas”*. Sin embargo, los Ministros entendieron que tal afirmación omitía un detalle fundamental; la norma establece que quien represente a los abogados de la matrícula federal será elegido a través del voto popular. Por ende, quien aspire a representar al segmento deberá ser afiliado, o bien haber acordado con un partido político su precandidatura. Esto en la práctica, significa que quienes resulten electos no representarán a los abogados, sino al partido político que le permitió llegar a ese lugar. Teniendo esto en consideración, afirman que resulta sumamente claro que el amparista tiene un interés legítimo y, por consiguiente, legitimación activa.

En relación al segundo tema a dilucidar, destacan que la incorporación del artículo 114 a la Ley Fundamental obedeció a la latente necesidad de reformular la relación existente entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, con el Poder Judicial, buscando de esta manera fortalecer la independencia de este último. En aquel momento la idea de los constituyentes fue que una representación no predomine por sobre las otras, a fin de imposibilitar que controle por sí misma al cuerpo. Por lo que concluyen que el único modo

que existe para preservar al sistema del artículo 114, es mantener al Poder Judicial a una justa y equilibrada distancia de los otros dos poderes.

Por estos argumentos, la mayoría declara la inconstitucionalidad de los artículos cuestionados, así como del Decreto 577/2013.

4.b. La disidencia

La única disidencia del caso estuvo a cargo del Dr. Zaffaroni, quien basó su voto en varios aspectos. En primer lugar, hace hincapié en la elección popular, entendiendo que tal norma es constitucional, dado que con la reforma del 94 se introdujo la institución del Consejo de la Magistratura, asignándole la importante función de administrar el Poder Judicial. No obstante se delegó la tarea de finalizar el proceso de estructuración del instituto en una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada una de las Cámaras del Poder Legislativo.

Esta disposición, puntualiza el Magistrado, dejó abierta la posibilidad de incorporar nuevos miembros a discrecionalidad del legislador, ya que el texto constitucional sólo indica que “*los estamentos deben estar representados*”, pero omite señalar números o proporciones, imponiendo solamente el deber de procurar por el equilibrio.

En segundo lugar, realiza un estudio acerca de la independencia de los consejeros. A tal fin, señala que la norma en análisis ha sido cuestionada porque lleva a los jueces que aspiran a ser miembros del Consejo en representación de ese estamento, a realizar actividades político-partidarias. Zaffaroni intenta restarle contundencia a este argumento, al afirmar que es inevitable que cada persona tenga convicciones o preferencias que lo acerque a una u otra corriente de pensamiento, situación de la que no escapan los magistrados.

En efecto, no cabe duda alguna que los jueces –al igual que todos ciudadanos– adhieren a determinadas ideologías y convicciones, incluyéndolas en sus decisiones sin apartarse del debido fundamento legal. Y tan es así –señala el Ministro– que en autos no ha sido cuestionada la ideología de los jueces, sino su independencia de las agrupaciones políticas.

El problema surge cuando su pertenencia a un partido político influye de manera negativa en su decisión. No obstante, considera que la elección popular no impacta sobre su independencia, dado que una vez que estos fueron designados son completamente independientes de todo partido, no quedando sujetos a sus órdenes o mandatos.

Es por ello, que de conformidad con lo dictaminado por la Procuradora General, resuelve revocar la sentencia apelada.

5. Reflexiones finales en torno al control judicial de constitucionalidad

El desarrollo del llamado proceso de democratización de la Justicia vino a reavivar un debate que, a pesar de estar instalado en la discusión doctrinaria desde hace varias décadas, aún no ha sido zanjado; concretamente me estoy refiriendo a la crítica contramayoritaria que se supone posee el Poder Judicial.

La principal objeción que recibe el Poder Judicial, radica en el carácter contramayoritario que ostenta; se cuestiona que a través de su tarea interpretativa los jueces terminan ocupando el lugar que corresponde a la voluntad popular. Frente a este reproche, quienes se pronuncian a favor de la legitimidad de la revisión judicial, procuran demostrar que las normas tienen un significado claro o cognoscible, por lo que los jueces se encuentran en

mejores condiciones para llevar a cabo esa labor hermenéutica⁴⁴. Este argumento cobra más relevancia, cuando se instala la cuestión acerca del déficit democrático que ostentan los jueces, toda vez que no son elegidos por el voto directo del pueblo, así como tampoco pueden ser removidos por la voluntad popular.

Al poco tiempo que la Corte Suprema dictó la sentencia en el caso “*Rizzo*”, estas “voces” comenzaron a resonar con mayor agudeza, intentando de alguna forma instalar los mecanismos de selección directa para los representantes del estamento judicial en el Consejo de la Magistratura, como un método idóneo para subsanar la “precaria” legitimidad democrática de los jueces.

No obstante y en sentido contrario, una vez más en Argentina quedó demostrado cuán conveniente es la independencia de este poder para el sistema institucional. En efecto, fue nuestro Máximo Tribunal el encargado de “desactivar” el conflicto político social que se generó en el marco del proceso de democratización de la justicia, al menos en lo concerniente a la composición del Consejo de la Magistratura.

Verdaderamente, el Poder Judicial siempre fue considerado el órgano de contralor por excelencia de los poderes políticos del Estado, así como el “Tribunal de garantías” de los derechos individuales. En nuestro país ha sido en numerosas oportunidades el sistema de control de constitucionalidad, la aspiración máxima para elevar la calidad institucional; prueba de ello, es la decisión de la Corte en el caso que motiva el presente trabajo, que ha impuesto un límite concreto a la voluntad del Poder Ejecutivo de establecer un nuevo régimen político, sin la necesidad del ejercicio del poder constituyente reformador.

Ahora resta aguardar que la norma que reglamenta el régimen de medidas cautelares en los procesos en que es parte el Estado, llegue a los estrados del Máximo Tribunal, a fin de saber

⁴⁴ Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*. Editorial Ariel, Barcelona, 1996, p. 59/60.

si se mantiene este criterio tuitivo del Estado constitucional de derecho, impidiendo el avance del poder político sobre los límites impuestos constitucionalmente.

