

El Consejo de la Magistratura como atenuante del déficit democrático del control judicial de constitucionalidad*

Por Mateo José BUSANICHE**

* El presente trabajo reproduce en gran parte los presentados en los cursos "Aproximación al abordaje de las teorías contemporáneas sobre el Estado y el Derecho. Visión desde lo público y lo privado. Parte 1, dictados por la Dra. Beatriz Rajland, en los Cursos de Posgrado en Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2002) y "Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional" en los VII Cursos Intensivos de Posgrado de la misma facultad a cargo de los Dres. Daniel Sabsay y Andrés Gil Domínguez (2006).

** Abogado. Magister en Derecho y Especialista en Derecho de la Integración (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral). Abogado Especialista en Magistratura (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario). Adscripto en el Sistema de Adscripción para la Formación de Recursos Humanos en el Área Teoría y Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral; bajo la tutoría del Profesor Jorge Barraguirre a cargo de la Asignatura Filosofía del Derecho (Res. N° 181/08-CD-y Resolución N° 144/09 CD del 8 de abril de 2009).

El Consejo de la Magistratura es uno de los seis nuevos actores del ordenamiento constitucional argentino después de la reforma del año 1994, conjuntamente con el Jefe de Gabinete, el tercer Senador, el Defensor del Pueblo, el Consejo Económico y Social y el Auditor General de la Nación.

Estas innovaciones tuvieron la *finalidad*, ratificando todo lo convenido en el Pacto de Olivos, de atenuar el régimen presidencialista, fortalecer al Congreso y asegurar la independencia del Poder Judicial de la Nación, dándole también mayor eficacia y eficiencia a la gestión de los tres poderes del Estado.

En ese contexto se incorporó a nuestra Constitución el Consejo de la Magistratura, organismo al que se le concedió la facultad de seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores del Poder Judicial de la Nación y emitir propuestas en ternas vinculantes para el nombramiento de los mismos; administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia, ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados, decidir la apertura del procedimiento de remoción y en su caso ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente, y dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.¹

En lo estrictamente referido al proceso de selección de magistrados en la reforma del año 1994, los constituyentes intentaron atenuar la intervención de los poderes públicos en la selección y designación de aquéllos, poniendo en cabeza del Consejo la tarea de seleccionar a postulantes para jueces mediante concursos públicos, estableciendo a su vez la ley reglamentaria que los mismos debían ser de oposición y antecedentes.²

Sin embargo, y aun cuando *a priori* la intervención del Consejo de la Magistratura significa un gran avance en la selección de los magistrados judiciales para establecer sus condiciones de idoneidad y exigencia de calidad en el reclutamiento, existe en este procedimiento un triple componente político que está dado por: a) la propia composición del Consejo; b) la intervención del Poder Ejecutivo, aunque limitada a una terna vinculante; y c) la intervención del Senado de la Nación al dar su acuerdo.

Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo precedente, y sin que esto implique desconocer el interés que ha cobrado en los últimos tiempos el análisis de la influencia de los poderes constituidos en el proceso de selección de magistrados en el Consejo de la Magistratura, en el presente trabajo analizaremos a dicho organismo y la posibilidad de que el mismo se constituya como una de las tendencias morigeradoras del *carácter contra mayoritario o antidemocrático atribuido al Poder Judicial* como órgano o poder del Estado en la teoría del control judicial de constitucionalidad.

Para ello, luego de conceptualizar de la manera más simple posible el referido Control y de analizar algunas posturas expuestas en la teoría o filosofía jurídica-constitucional con relación al referido "déficit", intentaremos desde la realidad del Consejo de la Magistratura analizar si como órgano encargado de seleccionar los integrantes del poder en estudio, puede sostenerse la expectativa depositada en el mismo como un instituto útil a la atenuación del carácter contra mayoritario que se explica.

¹ Artículo 114 de la Constitución Nacional.

² Artículo 13 de la Ley N° 24937 modificada por Ley N° 26080 BO 27-02-2006.

1. El control judicial de constitucionalidad³

Hecha la introducción cabe hacer una breve referencia al control judicial de constitucionalidad para luego situar en ese marco general la caracterización del déficit democrático que presentaría el Poder Judicial en ese contexto.

Así, remitiéndonos a los conceptos clásicos sobre el Estado y los elementos que lo integran, nos introduciremos directamente en lo que se conoce como formas de gobierno.

En esta línea, y asumiendo que el gobierno es la organización mediante la cual se manifiesta y pone en práctica el poder del Estado, podemos decir que en una comunidad política moderna, aquél asume necesariamente la forma de una estructura, es decir, que está integrado por distintos órganos que, en ejercicio de las facultades que les han sido conferidas, tiene a su cargo la realización de funciones estatales.⁴

En el sistema republicano de gobierno el poder del Estado es ejercido por lo que se conoce como los tres órganos o poderes,⁵ denominados según las funciones que cada uno de ellos desempeña.

Así, el órgano legislativo es el encargado de la creación de las leyes, el ejecutivo quien hace cumplir las mismas y el Poder Judicial es quien tiene la facultad de resolver los conflictos entre particulares, y entre particulares y el Estado, aplicando la legislación vigente, contando además con la atribución de controlar la constitucionalidad de dicha legislación, sobre lo que volveremos más adelante en detalle, por constituir uno de los pilares de este trabajo.

Cabe aclarar que esta rudimentaria caracterización realizada, no agota las funciones de cada uno de los poderes, sino que conceptualiza cada una de las atribuciones que de forma principal está en cabeza de cada uno de ellos, que además y de manera subsidiaria podrían cumplir funciones propias de alguno de los otros dos, siempre y cuando sean conducentes al cumplimiento de sus facultades esenciales.

De todos modos, el sistema así descrito es el que conocemos como el sistema de pesos y contrapesos, en el cual, además de encontrar las características apuntadas, se observa un sistema de control entre cada uno de los distintos órganos a fin de equilibrar el uso que del poder conferido hace cada uno de ellos.

En este sistema de control, aparece con singular importancia la facultad que detenta el Poder Judicial de realizar el control de constitucionalidad.⁶

El control de constitucionalidad es el procedimiento que establece el ordenamiento normativo para resguardar el principio de supremacía de la Constitución como norma fundamental en la organización del país -y los Pactos incorporados en el artículo 75 inc. 22-, mecanismo sin el cual la Constitución podría ser modificada por los otros poderes del Estado al dictar normas o actos que se opusieran a lo prescripto por el vértice del ordenamiento jurídico.

³ Debe quedar aquí incluido el control de "convencionalidad" producto también de la reforma constitucional de 1994.

⁴ ver Álvarez; Graña. p. 206 y ss.

⁵ El concepto de "poderes del Estado", es señalado como erróneo por algunos autores que indican que el Poder del Estado es uno solo, que es ejercido por los distintos órganos cada cual con funciones que le son propias. En el presente trabajo, como se verá, utilizaremos indistintamente el término órgano o Poder Judicial cuando hagamos referencia a esta rama del poder.

⁶ En realidad, el sistema de frenos y contrapesos que establece el principio de división de poderes no tiene el mismo fundamento que el del control de constitucionalidad, sino que se trata de atribuciones discrecionales propias cuyo ejercicio no requiere como basamento la tacha de inconstitucionalidad de la actividad controlada. Un ejemplo puede ser la facultad de veto por parte del Poder Ejecutivo sobre las leyes sancionadas por el Congreso.

Sustancialmente, el control de constitucionalidad consiste en el análisis comparativo de dos normas, a efectos de comprobar que la norma de inferior jerarquía no contradiga, ni en la forma ni en el fondo, a la norma superior. Es en definitiva un mecanismo de verificación que se realiza dentro de la organización del Estado y que debe quedar a cargo de un órgano distinto de aquel que sanciona la norma,⁷ que atento a las facultades encomendadas a cada una de las ramas del poder del Estado queda en mano del Poder Judicial.⁸

2. El carácter contra mayoritario del Poder Judicial⁹

El gran poder que implican las distintas modalidades de control de constitucionalidad otorgado a los órganos que la ejercen siempre ha originado críticas de la doctrina que se centran fundamentalmente en el hecho de que quienes integran el Poder Judicial no deben sus cargos a la elección de los ciudadanos, como sí sucede en la composición del órgano legislativo y el ejecutivo —en este caso, más precisamente presidente y vicepresidente— y que por lo tanto representan en el cumplimiento de sus funciones la voluntad popular.¹⁰

Por el contrario los integrantes del Poder Judicial, los jueces, en el sistema provincial y federal en nuestro país, y en el sistema federal de los Estados Unidos de Norteamérica, fuente de nuestra Constitución, no ocupan sus cargos por elección directa del pueblo.

Esto se completa con dos elementos más que conforman este carácter contra mayoritario o antidemocrático del Poder Judicial.

En primer lugar, para acceder a la magistratura, se necesita reunir ciertas calidades técnicas¹¹ —título de abogado— no requeridas para lograr cualquier otro cargo por medio de la elección popular, lo que según algunos autores convierte a este órgano en un poder “elitista”.

A ello debe sumarse el carácter vitalicio del cargo. El artículo 110 de nuestra Constitución señala que “los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta”. Una norma similar que ha sido fuente de la transcripta se encuentra en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Es obvio que este carácter vitalicio no se encuentra en aquellos otros cargos a los que se accede a través del voto de la ciudadanía, que se renuevan cada cierta cantidad de años.

⁷ Ver Álvarez; Graña. p. 304 y ss.

⁸ En realidad, ni en la Constitución de Estados Unidos, ni en la Argentina, que son las que son tomadas como base en este trabajo, existe una expresa referencia a la facultad del Poder Judicial de realizar el control de constitucionalidad. En EEUU la propia Corte Suprema hizo suya esta facultad a través del fallo “Marbury vs. Madison”, 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803), jurisprudencia que fuera adoptada luego por la Corte de nuestro país. En dicho fallo se lee que, “Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si 2 leyes entran en conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren”.

⁹ Para un mayor y mejor tratamiento de la temática abordada en el presente apartado se recomienda la obra de Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*; libro que al momento de realizar originariamente los trabajos bases del presente no se encontraba publicado. A grandes rasgos puede decirse que allí el autor expresa una postura contraria al control judicial de constitucionalidad en virtud del déficit democrático del Poder Judicial, en un diseño teórico y por otra parte distintas posturas que legitimarían al Poder Judicial en la realidad de un control de constitucionalidad efectivamente dejado en cabeza de ese órgano.

¹⁰ Puede hacerse aquí, sin embargo, alguna salvedad con respecto a ciertos elementos de la teoría de la representación, y en particular, sobre la crisis de representación que afecta actualmente a los órganos más representativos del Estado.

¹¹ Sobre este punto, volveremos al tratar ciertas particularidades del poder político, su ejercicio y su relación con los saberes, entre ellos el Derecho.

Dichas características son las que llevan a formular la primera pregunta que moviliza al presente trabajo: ¿Por qué el Poder Judicial -contra mayoritario o antidemocrático según se expusiera- va a decidir mediante la interpretación o aplicación de la Constitución si las leyes dictadas por los representantes de la mayoría responden a aquélla?

¿Por qué este órgano va a decidir el contenido y alcance de las normas constitucionales si es el menos representativo de los poderes? ¿Cuál es su legitimidad? O en todo caso, si se diera por sentado su carácter contra mayoritario, ¿cómo se legitima?

Previo a intentar resumir las diferentes respuestas a estas preguntas hay que decir que algunos autores enmarcados dentro de lo que se ha dado en llamar *neoconstitucionalismo*,¹² sostienen que el análisis sobre el carácter contra mayoritario del Poder Judicial dentro de la teoría del control de constitucionalidad deviene inútil en un Estado Constitucional de Derecho.

Así se expone, en un estado sobre la evolución del problema en gran escala, que el Estado de Derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o al menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho.

Que uno de los grandes problemas con los que se enfrentó el Estado legislativo fue su propia incapacidad para asegurar la indisponibilidad de los valores esenciales del ordenamiento afectados por los procesos políticos ordinarios; lo que motivó la necesidad de superación de dicho modelo.

El paso del Estado legislativo al Estado Constitucional supone la afirmación del carácter normativo de la constitución, que integra un plano de juridicidad superior vinculante para todos los poderes del Estado; creando como mínimo un referente indisponible de legitimidad para el ejercicio del poder político.

Se expresa que frente a las renovadas críticas sobre la falta de efectividad de los límites jurídicos constitucionales al poder surge: a) la necesidad de intentar establecer quién detenta la última palabra y cómo se configura la norma de clausura en el marco de un Estado Constitucional de Derecho; y b) la suposición de la condición social de efectividad del ordenamiento constitucional y de su sistema de garantías consiste en el sentimiento que cada uno tiene de sus propios derechos y de su identidad como persona, de donde deriva su disposición a la lucha por la defensa y realización de los derechos fundamentales.

En ese contexto la interpretación constitucional adquiere un sentido distinto del que cumplía en el estado legislativo, es una tarea basada en la combinación de principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del derecho.

El Estado Constitucional de Derecho basa su paradigma en la subordinación de la legalidad a constituciones rígidas con un rango jerárquico superior a las leyes como normas de reconocimiento de su validez, que no depende ya sólo de la forma de producción sino también de la compatibilidad de sus contenidos con los principios constitucionales.

A esos efectos, *la jurisdicción se robustece* por cuanto debe aplicar las normas, siempre y cuando éstas sean formal y sustancialmente compatibles con la Constitución.

Se verifica un límite y un complemento para la democracia; un límite porque *los derechos constitucionalmente establecidos implican prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes y a las mayorías*, y un complemento porque estas prohibiciones y obligaciones se configuran

¹² Ver Gil Domínguez, pp.11-24 y pp. 89-104.

como garantías de los derechos de todos frente a los abusos de tales poderes. *Se apunta así a señalar que la decisión democrática es aquella adoptada conforme a un conjunto de reglas y no sólo acordada mayoritariamente.*

El neoconstitucionalismo alude a una nueva cultura jurídica caracterizada por cuatro acepciones:

-La primera de ella refiere a un modelo de Estado de Derecho que establece institucionalmente una determinada forma de organización política que se define como un sistema de constituciones normativas garantizadas en última instancia por el control de constitucionalidad y *dota así al Poder Judicial de la última palabra en cuestiones controvertidas.*

Se habla de un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico que presenta ciertas condiciones entre la que se destaca a fin de preservar la supremacía de la Constitución, la garantía jurisdiccional de la Constitución y la aplicación directa de las normas constitucionales que sugiere la difusión de la cultura jurídica de cierta concepción de la Constitución y una determinada actitud de los jueces que detentan el control de constitucionalidad.

-Una segunda acepción configura una teoría del derecho que muestra más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria, *omnipotencia judicial* en lugar de autonomía del legislador ordinario y coexistencia de una constelación plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica.

-Una tercera acepción establece una ideología o filosofía política que justifica o defiende el paradigma propuesto y donde subyace *un alto grado de tensión entre Democracia y Constitución*; y

-Una cuarta que se refiere a una dimensión que podríamos denominar filosófico-jurídica y que tiene por objeto revisar categorías tradicionales instituidas por la teoría general del derecho; que no está directamente relacionada con el objeto de este ensayo.

En la introducción de la obra de Gil Domínguez citada se termina expresando que el “garantismo constitucional” es el conjunto de garantías políticas y jurisdiccionales que tienen por objeto tornar vigente el modelo de Estado Constitucional de Derecho; inserta en la democracia una dimensión sustancial que supera el viejo modelo de Estado legislativo ya referido.

Se señala además que en el Estado Constitucional de Derecho *la legitimidad política y jurídica del ejercicio del poder no está condicionada solamente por las reglas que disponen las formas mayoritarias*, sino también por las reglas que determinan su sustancia (sobre qué cuestiones no es lícito y obligatorio decidir para cualquier mayoría). Se concluye que un sistema de garantías adecuado será aquel que maximice el grado de tutela de los valores más importantes del sistema jurídico político en que se inserta; y así en este plano la jurisdicción constitucional ha dejado de ser la simple la sujeción del juez a la ley, para convertirse también en el análisis crítico de su significado como medio de control de la legitimidad constitucional.

Vale reiterar que si bien para esta postura el análisis respecto del carácter contra mayoritario del Poder Judicial deviene inútil y superfluo –por tanto la evaluación que se pretende hacer en este trabajo sobre la posibilidad de atenuación de aquella característica al introducirse el Consejo de la Magistratura en el andamiaje constitucional– lo cierto es que cualquier

lector podría insistir en aquellas preguntas tendientes a comprender cuál es la legitimidad del Poder Judicial para contar con la última palabra; o, de nuevo, en todo caso, siendo incuestionable la facultad de revisar la constitucionalidad de los actos de los otros poderes, ¿cómo se legitima ese órgano desde el prisma democrático?

Se han ensayado diferentes respuestas a estas preguntas, que sin ánimo de considerar agotadas, a decir de Gargarella¹³ responden a distintas “tradiciones”:

La tradición “*conservadora*” señala que el Poder Judicial debe defender y hacer efectiva la voluntad popular, sosteniendo incluso que la función es justamente la de “captar” los valores que el pueblo consagra en la Constitución. Sin embargo justifica que esta facultad quede en manos de una “élite” contra mayoritaria o antidemocrática como lo es el Poder Judicial, en la supuesta dificultad de las mayorías de tomar decisiones razonables. Algunos autores sostienen que el carácter contra mayoritario, en especial el alcanzado por el control de constitucionalidad estadounidense no es una consecuencia accidental, sino que por el contrario, es el fruto intencionado de la decisión política de los “padres fundadores” que desconfiaban del poder de las mayorías.¹⁴

Por su parte, la llamada tradición “*radical populista*”, hostil al control judicial de constitucionalidad, sostiene que el apoyo popular es el único condicionante adecuado para promover los valores de la Constitución. Postula un intento de morigerar los rasgos más “conservadores” del control de constitucionalidad, y atento a que no puede sustraerse el carácter contra mayoritario, propone modificaciones en el modo de operar, tratando de convertir la revisión judicial en una tarea normativamente justificable.

Finalmente la llamada por Gargarella tradición “*genuinamente radical*” postula que si bien las decisiones políticas deben ser tomadas por la mayoría, el Poder Judicial es quien está destinado a reafirmar, o mejor dicho, “perfeccionar” esa voluntad popular.

Señala que originariamente se buscaba alejar al Poder Judicial del compromiso con las políticas mayoritarias, razón por la cual en el proceso de elección o designación de los magistrados intervenía la cámara de senadores y no la de diputados, que justamente representa al “pueblo”.¹⁵

Ahora bien, ¿cómo postula esta tradición tal “perfeccionamiento” de la voluntad popular?

Al respecto pueden leerse diversas posturas. Así por ejemplo, Habermas sostiene que la correcta función de una corte constitucional es la de supervisar la implementación de un sistema de derechos que preserve el enlace interno entre la autonomía pública y privada de los ciudadanos. Asumiendo que los actores comunitarios se basan en la razón para llegar a un acuerdo sobre los valores a elegir, el Poder Judicial a través del control de constitucionalidad debe promover aquellos derechos que puedan asegurar tanto la autonomía privada como pública de una sociedad pluralista.

Michelman en tanto sostiene la necesidad de un sistema republicano orientado enfáticamente hacia la deliberación política entre ciudadanos comprometidos. Sostiene en forma particular el proceso deliberativo para así justificar una amplia revisión judicial que tienda a invalidar la legislación contraria al “*ethos*” republicano.

¹³ Ver Gargarella.

¹⁴ Volveremos sobre este punto al tratar el tema a la luz del concepto de Estado.

¹⁵ Ahora, esto está distorsionado porque a mi entender, ambas cámaras “representan” en la práctica lo mismo, esto es los partidos políticos, al menos en la Argentina, y de todos modos la teoría de la representación política actualmente se encuentra en crisis.

Tomando como base una nota a pie de página aparecida en el fallo de la Corte Suprema de Norteamérica, “Carolene Products”,¹⁶ John Hart Ely,¹⁷ que a decir de Gargarella representa una concepción “pluralista” de la democracia, expresa que ante la imposibilidad de encontrar valores sustantivos comunes para todos los integrantes de la comunidad, se debe concentrar el control de constitucionalidad en los procesos a través de los cuales la sociedad llega a consagrar valores, y no en los valores en sí.

Por esta razón indica el autor que la función de los jueces y de la Corte Suprema debe estar dirigida a la protección, apertura y limpieza de los canales de participación en la sanción de las leyes, y en consecuencia la consagración de valores, y en especial propiciar y facilitar la representación de las minorías discretas e insulares,¹⁸ ocupándose sólo de cuestiones de participación y no de los méritos sustantivos de la opción política cuestionada. El Poder Judicial actúa así como un “árbitro” por fuera de la tensión entre mayorías y minorías en el proceso de consagración de valores.

Gargarella,¹⁹ siguiendo a Nino, agrega a la necesidad de reforzar la representación a través del control de constitucionalidad, la función de proteger la autonomía personal o los derechos individuales frente a normas con fundamentos perfeccionistas. Nótese que ya hay aquí, no una simple preocupación por controlar cuestiones referidas a la participación en los procesos de formación de valores, sino que se asume ya, o se pone en manos del Poder Judicial, la defensa de valores sustantivos.

Por su parte Nino,²⁰ con una concepción deliberativa de la democracia, agrega a las funciones expuestas al resumir la postura de Gargarella, una tercera función que legitima al Poder Judicial en el control de constitucionalidad, cual es la de resguardar la continuidad de la práctica jurídico constitucional.²¹

Dejando a un lado la visión del neoconstitucionalismo que se ha intentado reflejar, y tratando de resumir todas las demás posturas, podría decirse siguiendo a Sola,²² que aun cuando todos los actores de la sociedad pudieran influir en la legislación democrática es improbable que las leyes resultantes sean en el interés igualitario de todos los afectados.

En la ausencia de límites contra mayoritarios, las leyes democráticamente sancionadas pueden ser opresivas y su aplicación puede causar la tendencia de perpetuar una violencia oficial contra minorías legislativas desfavorecidas.

Para mitigar estos peligros de derecho democrático debe ser atemperado por derechos anti mayoritarios y por tanto engendrar la tensión conocida entre la mayoría legislativa y los derechos constitucionales anti mayoritarios.

¹⁶ Nota de pie de página N° 4 en el voto del Juez Stone en el caso “*United States vs. Carolene Products Co.*”, 304 US 144, 1938. Allí se lee: “El perjuicio en contra de minorías discretas e insulares puede ser una condición especial... la limitación del funcionamiento de los procesos políticos en los que se confía la protección de las minorías, y puede llamar a una correspondiente investigación judicial más amplia”.

¹⁷ Ver Ely.

¹⁸ En referencia a la accesibilidad al proceso político de formación normativa.

¹⁹ Ver Gargarella.

²⁰ Ver Nino.

²¹ El resguardo de los derechos individuales enunciado tanto por Nino como por Gargarella, como este tema de la preservación de la continuidad de la práctica jurídico constitucional -pero esto último en mayor medida- aparece como un producto claro de la experiencia vivida en nuestro país con los golpes militares y el rol asumido por el Poder Judicial, experiencia que no ha “enriquecido” la elaboración de autores extranjeros, como por ejemplo Ely.

²² Sola. p. 44.

Así las cosas surge, antes que una respuesta a nuestra pregunta inicial sobre la legitimidad del Poder Judicial para realizar el control de constitucionalidad, otra pregunta: ¿cabe todavía resolver el problema del carácter contra mayoritario del Poder Judicial?

Suponiendo que estamos más de acuerdo con las posturas clasificadas por Gargarella dentro de la “tradición genuinamente radical” que con las posturas conservadoras, ¿este carácter antidemocrático es oportuno o conveniente de debatir?, ¿o tal vez corresponda valorar positivamente el carácter contra mayoritario del Poder Judicial? Quizás tan sólo estemos ante una mala manera de denominarlo, al señalarlo como un “déficit”.

Hay que decir que existe cierta paradoja en querer resolver el carácter contra mayoritario del Poder Judicial -es decir la preocupación de que dicho órgano no responde a los intereses de la mayoría- apelando a la necesidad de que este poder antidemocrático o minoritario²³ preserve los derechos de participación de las minorías, aunque estas sean discretas e insulares, siguiendo la idea de legitimación de Ely.

La realidad es que, desde estas posturas, ya no nos preocupa proteger la voluntad de las mayorías, sino propugnar a través del control de constitucionalidad la mayor cantidad de actores posibles en el proceso de consagración de valores y en especial la participación de las minorías en el mismo.

Así pues podríamos decir que el carácter contra mayoritario es esencial al sistema, podríamos asumirlo como una característica propia del sistema, pero que necesariamente debería tener una explicación coherente en los demás elementos con que se elabora una teoría de control de constitucionalidad que consagre firmemente esta postura de mayor participación.²⁴

Se podría sostener la necesidad de ensamblar una postura tendiente a lograr una mayor participación, como la que se insinúa, con aquellas tendencias que el propio Gargarella ha señalado como “morigeradoras” del carácter contra mayoritario del Poder Judicial, tal cual se ha presentado al Consejo de la Magistratura. Ahora bien, ¿puede este organismo cumplir ese rol?, volveremos sobre el punto más adelante.

3. Crisis de la representación

De todos modos, tratando de clarificar el desarrollo de lo hasta aquí expuesto, podemos decir que si en principio encontrábamos grandes dificultades para legitimar que el control de constitucionalidad quede en manos de un poder contra mayoritario o antidemocrático como lo es el judicial, es decir que no responde a los intereses de la mayoría, y, posteriormente, encontramos como positivo que el Poder Judicial no represente a ese interés porque es necesario -para legitimarse- que proteja las minorías discretas e insulares, ¿quién nos garantiza que ello finalmente suceda?

En realidad no hay razones para suponer que los miembros del Poder Judicial tiendan a preservar los derechos de las minorías.

Si bien se puede coincidir con que el Poder Judicial representa una minoría, esto, como se insinuara en alguna nota al pie de página, es relativo.

En primer término habría que señalar que aun con la participación de órganos tendientes a atenuar el presidencialismo como lo es el Consejo de la Magistratura, la designación de los magistrados aún está en manos de los representantes de la mayoría.

²³ Habría que debatir sobre el concepto y alcance de las “minorías”, o en todo caso de cuántas clases de minorías se puede hablar.

²⁴ Así por ejemplo tendrá incidencia en la postura a adoptar en el control judicial de constitucionalidad de oficio por parte de los jueces, en las llamadas cuestiones políticas no justiciables, etc.

En segundo lugar podría postularse que en realidad los representantes de las mayorías ya no cumplen acabadamente con su misión.

En este sentido, sin intentar un análisis muy profundo de la representación política,²⁵ es interesante hacer un pequeño paréntesis para detenerse en este tema.

El proceso por el cual una persona o grupo de personas toma decisiones en nombre de un conjunto más amplio, el cual se ve obligado por éstas, puede ser denominado representación.

En el desarrollo de las ideas referidas a este tema, las formulaciones de la representación política aparecen o surgen como intentos de limitar la capacidad de decisión de las mayorías, y de protección de la burguesía frente al absolutismo del monarca y a la dictadura del “populacho”.²⁶ Luego, la evolución expansiva de los derechos políticos modificó la situación incorporando la idea de la democracia representativa que aparece como una síntesis dialéctica de dos conceptos inicialmente antitéticos.

En ese desarrollo la representación política superó una primera etapa de relación difusa entre los individuos y sus representantes, a partir de la aparición de la mediación de los partidos políticos, incorporando la dilución de la idea de no-vinculación y libertad absoluta para los representantes. Los partidos políticos ponen límites, encierran a los representantes, pero a la vez permiten una capacidad de control del electorado respecto de los representantes. Sin embargo la aparición y afianzamiento de los partidos políticos en su tarea de intermediación de la representación trae aparejada otra cuestión central como es la institucionalización de las elites gobernantes con la consiguiente limitación que ello implica para la identificación del conjunto de la población con quienes ejercen las funciones de gobierno.

Hablar de la crisis de la representación a la que recurrentemente se hace referencia, es sin dudas la observación de una falta de vinculación de quienes gobiernan con los sectores mayoritarios de la población.

Podría también hablarse de insuficiencia de la representación, buscando en la participación instrumentos de control por parte de los ciudadanos, recuperando competencias delegadas. Aquí de nuevo nos encontramos con el llamado déficit democrático, entendido aquí como la asunción de facultades crecientes por parte de la Administración, no ya del Poder Judicial, o sea por funcionarios sin legitimidad representativa, a partir de la dificultad de las cuestiones que deben definirse en sociedades de complejidad creciente.²⁷

De todos modos, para cerrar este paréntesis, la crisis o insuficiencia de la representación se demuestra en dos aspectos: por un lado la separación entre representantes y representados, y por otro la definición de cuestiones sustanciales para una sociedad por funcionarios sin legitimidad, en tanto su designación no es fruto de la elección popular directa ni indirectamente.

Retomando entonces, tenemos así que el Poder Judicial, cuyos integrantes no han sido designados por elección popular directa, son además seleccionados de manera indirecta por

²⁵ Un análisis más acabado sin dudas requiere tratar otros temas que complementan a la representación, como ser el concepto de participación. Ver Alvarez; Graña.

²⁶ Ver *El Federalista*, especialmente el N° 10; Montesquieu, *El espíritu de las Leyes*; Burke, Edmund, “Discurso a los electores de Bristol”; Constant, Benjamín, *Principios de Política*; Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*; entre otros.

²⁷ En términos de Habermas: “parece claro que los administradores tienen que hacer elecciones valorativas que van mucho más allá de cualquier definición de su competencia técnica profesional. La discrecionalidad administrativa a la hora de escoger entre valores sociales en pugna socava así el modelo tradicional de legitimidad administrativa, que entendía la Administración como una simple correa de transmisión” (Habermas, 1998:259).

representantes que perteneciendo a las elites gobernantes formadas por los partidos políticos, carecen o flaquean en la vinculación necesaria que deben tener con los sectores mayoritarios de la población.

En tercer término, y en virtud de lo expuesto en el párrafo anterior, hay que decir que dentro de las distintas clases de minorías, el Poder Judicial es una minoría de elite.

Tal vez para comprender, pero no ya para legitimar el poder que implica dejar en manos del órgano judicial la creación o interpretación de valores constitucionales, hay que remitirse a algunos conceptos básicos de la teoría del Estado.

4. El concepto de Estado y el Derecho

Podemos definir al Estado al menos de dos formas, por una parte como “el aparato de dominación que emplea la sociedad global” y, por otra, “a esta misma sociedad global en cuanto se halla políticamente organizada”.²⁸

Nosotros tomaremos aquí el concepto de Estado como forma de legitimar el poder político, entendiendo al poder como elemento esencial de aquél por cuanto lo precede, lo origina.

Desde esta concepción entendemos que el poder político es la institucionalización de la fuerza, de una forma de organización social incapaz de reproducirse por el mero despliegue de las relaciones económicas, o bien como la capacidad de la clase dominante de utilizar el aparato del Estado para satisfacer sus intereses.

Ese Estado es quien tiene el monopolio del uso de la violencia y la creación de las reglas mediante la coerción y la amenaza, utilizando para ello un elemento eminentemente cultural cual es el Derecho, definido como el conjunto de normas coercitivamente impuestas por las fuerzas políticas de la sociedad.

Siguiendo a Capella,²⁹ para entender la existencia del Estado, el poder político y el derecho, hay que señalar en primer lugar que este es un fenómeno histórico, que el derecho y el poder tuvieron un origen, y que sus manifestaciones, las formas jurídico-políticas, son históricas y cambiantes, como lo son el derecho y el poder político mismos.

El poder político, como ya insinuáramos en párrafos anteriores, es originariamente la institucionalización de la fuerza cultural-militar de una forma de organización social incapaz de reproducirse por el mero despliegue de su lógica económica.

El Estado detenta la suprema capacidad de violencia; sostiene la reglamentación social y puede incluso innovarla mediante la amenaza de la coerción, corporizada en el derecho que es originariamente una reglamentación coercitiva y subordina a la suya la capacidad de reglamentación y de violencia de la sociedad.

Por lo dicho, cabe aclarar que la reflexión moderna sobre el derecho ha tendido a contemplarlo como cerrado en sí mismo y a considerar lógica la evolución del derecho, como si la suya fuera una historia autónoma, para la que los aspectos no jurídicos de la sociedad resultarían irrelevantes.

Introducirse en la comprensión crítica del derecho, en cambio, exige referirlo constantemente, sin perder de vista su especificidad, a su complejo entramado con otros aspectos de la vida social. Es preciso por ello emplear la expresión “poder jurídico político” y no meramente “poder jurídico” para evitar las simplificaciones ideológicas del pensamiento jurídico

²⁸ Ver López, p. 314.

²⁹ Ver Capella, 2008.

socialmente conservador, tendiente a constituir el derecho en un ámbito autónomo incluso de la política.

Para comprender la génesis del derecho es preciso recurrir a las relaciones generadas entre los miembros de la especie para la realización de actividades fundamentales y necesarias para la supervivencia, y conceptualarlo estrictamente como “el conjunto de normas coercitivamente impuestas por la institución política de la sociedad, por su poder político”.

Sabemos que desde siempre las comunidades eminentes en las formaciones tributarias, se reservaban muy celosamente los medios de producción de naturaleza predominantemente intelectual.

Ya en la época de Pericles, en realidad sólo eran no electivos los cargos que requerían cierta capacidad técnica (arquitectos de obras públicas, generales, embajadores, tesoreros estatales), y los demás cargos públicos en general se sorteaban y se concebían como delegaciones de la asamblea de ciudadanos.

Los romanos por su parte hicieron sagrado el derecho, un saber organizativo.³⁰ Sabido es que uno de los legados más importantes dejados por este pueblo fue el derecho. El instrumento que produjo la elevada tecnificación del derecho romano fue el conjunto de declaraciones y decisiones de los magistrados. Se desarrolló principalmente por una vía casuística y jurisprudencial. Los “*praetores*” o magistrados, al tomar posesión de su cargo, publicaban bandos³¹ de variado contenido en los que figuraban los principios y reglas que inspirarían sus decisiones, normas y formulas procesales, todo lo cual, junto con las sentencias en los litigios a ellos sometidos, compone lo que se ha llamado “*ius honorarium*”, con el que se desarrolló el “*ius civile*” legal y consuetudinario.

Aunque los magistrados mismos podían ser personas no entendidas en derecho pues sus cargos eran fundamentalmente políticos, y recaían en personas adineradas o en militares, se hacían asesorar por juristas, personas expertas en derecho y en los conflictos del tráfico, a menudo de origen patricio, dispuestas a aconsejar a los magistrados o a los litigantes. Roma fue la primera cultura en la que la división social del trabajo suscitó esta actividad específica. El “*ius honorarium*” ha de verse, pues, como un desarrollo tecnificado del contenido del derecho, realizado al hilo de los casos por personas particulares, que estatalizaba a través de las decisiones jurisprudenciales de los magistrados.

Todo esto no significa más que reafirmar que el poder ya en la Antigüedad, en Grecia, y tanto más en Roma, siempre se reservó para aquellos que contaban con ciertas capacidades técnicas o intelectuales.

Que en el caso particular de la “*juris dictio*”, o la capacidad de “decir el derecho” —entendido como la formalización coactiva por el poder de sus proyectos políticos—, siempre se confió a quienes pudieran comprender esa elevada técnica de coerción, o en todo caso como sucedía en Roma se requirió el asesoramiento de expertos dispuestos a aconsejar a quienes esgrimían el poder.

Creo que esto, que está escrito por Capella en referencia a la génesis del Estado y el Derecho, puede ser perfectamente aplicado a nuestro tiempo. El Estado sigue siendo, hoy por hoy, el aparato de dominación que emplea la clase dominante. Ningún proceso de democratización ha llegado ya tan lejos como para que la población pueda decidir

³⁰ Conocer la ley, secretar por mimesis cultural en los primeros tiempos de Roma fue la primera reivindicación plebeya hasta que lograron ver expuestas públicamente las XII tablas.

³¹ Llamados “*Edictas*”.

dialógicamente un cambio fundamental de esa estructura, que origina injusticias o desigualdades básicas, y quienes “dicen el derecho” son los miembros de una “elite” que responde a quienes como dueños reales del poder confiaron en sus capacidades técnicas e intelectuales, aun en aquellos casos en que por altruismo a través de sus sentencias intentan proteger a las minorías discretas e insulares y tratan de preservar los derechos individuales de normas con fundamentos proteccionistas.

Por ello, es difícil encontrar una respuesta final a la pregunta que hicéramos con relación a la legitimidad o la forma de legitimación del Poder Judicial en su función del control de constitucionalidad.

5. El Consejo de la Magistratura

Como ya se expusiera, la reforma constitucional de 1994 introdujo en el país entre otras figuras el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, organismo al que se le concedió la facultad de seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores, emitir propuestas en ternas vinculantes para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.³²

En reiteradas ocasiones, como ya se dijo, diversos autores han señalado al Consejo de la Magistratura como uno de los elementos dentro de la teoría del Control de Constitucionalidad con capacidad de morigerar o atenuar el carácter contra mayoritario del Poder Judicial.

Sin embargo, y nuevamente, sin dejar de valorar ciertas características positivas de este organismo, como sin duda significa la realización de concursos públicos a fin de seleccionar la terna de candidatos a juez de la nación,³³ a poco que se analiza la *composición* y la efectiva *actuación* del Consejo observamos que la injerencia o atenuación del carácter antidemocrático del Poder Judicial es, con suerte, mínima.

Antes de entrar a ese análisis, conviene aclarar que el Consejo -y el mecanismo consagrado constitucionalmente para la selección de jueces- no tiene facultades con relación a los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por lo cual, quienes tienen la última palabra en el control de constitucionalidad, y por lo tanto en la consagración de valores -o en todo caso en el mecanismo de participación político para la consagración de los mismos-, siguen siendo elegidos por el sistema consagrado originariamente por la constitución americana -fuente de la nuestra-, elección por parte del Poder Ejecutivo con acuerdo del senado.³⁴

El Consejo de la Magistratura por disposición legislativa,³⁵ está integrado por tres jueces del Poder Judicial de la Nación debiéndose garantizar la representación igualitaria de los jueces de cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados con competencia federal del interior de la República; dos representantes de los abogados de matrícula federal; seis legisladores -tres por Cámara-, correspondiendo dos al bloque con mayor representación legislativa, y uno por la primera minoría³⁶ y uno por la segunda; un representante del Poder Ejecutivo y uno del ámbito científico y académico.

³² Artículo 114 de la Constitución Nacional.

³³ Idea que complementa el principio de idoneidad consagrado en la Constitución para acceder a cargos públicos.

³⁴ Una vez elegida la terna por el Consejo de la Magistratura, este mecanismo sigue vigente para designar a los jueces inferiores. Artículo 99 inciso 4°, 2do. párrafo, y 114 de la Constitución Nacional.

³⁵ Artículo 2, Ley 24937, modificada por Ley 26080.

³⁶ Originariamente, cuando los legisladores eran cuatro por cada Cámara, estaba representada también la segunda minoría, un dato interesante para el presente trabajo.

De esta *conformación* se pueden hacer distintos análisis según sea lo que se pretenda de este organismo. En lo que hace estrictamente al proceso de selección, uno puede elogiar la inclusión de legisladores e incluso del representante del Poder Ejecutivo si se recuerda nuestra preocupación inicial referida a la atenuación del carácter contra mayoritario del Poder Judicial.

Pero también puede decirse que tanto los senadores como el Poder Ejecutivo ya participan en un estadio posterior en la designación de los magistrados, con lo cual su inclusión en el Consejo de la Magistratura sólo tiene una influencia que podría describirse como redundante en el trámite de los concursos.

Asimismo, estos actores junto con los diputados pueden ser tildados, hoy por hoy, de carecer de la suficiente relación o representatividad como para que su actuación en el Consejo sea valorada como positiva a los fines de atenuar el carácter contra mayoritario de los jueces.

Los abogados de la matrícula federal y los académicos poco aportan a ese fin. Si bien su presencia es importante en el proceso de selección a fin de controlar la idoneidad técnica de los aspirantes, los mecanismos electorales de abogados y académicos presentan casi los mismos vicios de insuficiencia de representación que los partidos políticos.³⁷

Finalmente, la presencia de la representación de magistrados en el seno del Consejo no hace más que recordar el mecanismo de la “adopción pública” del Imperio Romano³⁸ a fin de elegir quien tiene o tendrá el poder, en este caso de “decir el derecho”, con todas las consecuencias antes esbozadas. Capella explica que la adopción es practicada formalmente por muchos estados contemporáneos en donde los miembros de los distintos cuerpos funcionariales de los estados adoptan a sus sucesores al decidir los concursos para el acceso a las funciones públicas.

No pareciera que esta conformación del Consejo de la Magistratura sea la más conveniente a los fines de atenuar el carácter contra mayoritario del Poder Judicial.

Asimismo y enfocando ya la *actuación* propiamente dicha del Consejo en materia de selección, puede decirse, en base a los datos publicados por el organismo en el año 2002, que la Comisión de Selección del Consejo había tramitado promediando ese año noventa y tres (93) concursos para cubrir 173 vacantes, ya que éstas pueden acumularse en un mismo procedimiento cuando corresponden a órganos judiciales de la misma competencia. A esa fecha, de ese total habían concluido 56 concursos, que correspondían a 106 vacantes (92 para tribunales habilitados y 14 para tribunales no habilitados).

Hasta la fecha tomada como base para este informe, el Consejo de la Magistratura remitió al Poder Ejecutivo 92 ternas, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 114, inc. 2, de la Constitución Nacional.

El Poder Ejecutivo, había nombrando –siempre hasta esa fecha– un total de 79 nuevos magistrados (69 para tribunales habilitados y 10 para tribunales no habilitados).

De la totalidad de los candidatos ternados, el 60% provenía de la Justicia Nacional, el 26% del ejercicio libre de la profesión y el resto del Ministerio Público (8%) y de la Justicia Provincial (6%). De los que fueron designados como jueces de la Nación, el 57% pertene-

³⁷ Se observa también en estos ámbitos las llamadas “luchas de aparatos”.

³⁸ Ver Capella.

cía a la Justicia Nacional o Federal, el 25% ejercía en forma libre la profesión, el 13% provenía de la Justicia Provincial y sólo el 5% del Ministerio Público.

Estos datos son lo suficientemente ilustrativos sobre la procedencia de los candidatos ternados y los efectivamente designados como para sostener que, a pesar de la existencia del Consejo de la Magistratura, se observa en el Poder Judicial procesos graduales de promoción en las jerarquías que podrían también interpretarse o entenderse como la legitimación de situaciones de hecho irreversibles.³⁹

Si se observa bien, sólo el 26% de los ternados y el 25% de los efectivamente designados como jueces son candidatos provenientes del ejercicio de la profesión liberal, recursos humanos éstos que tal vez podrían oxigenar al Poder Judicial. Sin embargo, bueno es señalar que también quienes provienen del ejercicio profesional pertenecen a aquella elite de técnicos o intelectuales elegidos por el “poder político” para decir el derecho.

Por todo lo expuesto, y aun cuando el tema en estudio no fue nunca presentado dentro del abanico de finalidades perseguidas al reformarse la Constitución Nacional en 1994, no creemos que el Consejo de la Magistratura tal cual está conformado y funciona actualmente pueda constituirse en un elemento lo suficientemente valiosos para atenuar el carácter contra mayoritario o antidemocrático del Poder Judicial, ni para lograr una legitimación de este órgano del poder del Estado a través de la selección de magistrados que, siguiendo nuevamente a Ely, tiendan a preservar la participación de las minorías discretas e insulares en los procesos de decisión política.

Bibliografía

- Álvarez, Cesar; Graña, Eduardo.** *Principios de Teoría del Estado y de la Constitución.* Ad Hoc, Buenos Aires, 2003.
- Capella, Juan Ramón.** *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado.* Cuaderno Marrón. Trotta, Madrid, 2008.
- Ely, John Hart.** *Democracy and distrust. A theory of judicial review.* Harvard University Press, Harvard, 1980.
- Gargarella, Roberto.** *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contra mayoritario del Poder Judicial.* Ariel, Buenos Aires, 1996.
- Gil Domínguez, Andrés.** *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos.* 1ra. edición, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- Habermas, Jürgen.** *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.* Trotta, Madrid, 1998.
- Linares, Sebastián.** *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes.* 1ra. edición, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- López, Mario Justo.** *Introducción a los estudios políticos.* T. I, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- Nino, Carlos Santiago.** *Fundamentos de Derecho Constitucional.* Astrea; Buenos Aires, 1992.
- Sola, Juan Vicente.** *Control Judicial de Constitucionalidad.* Abeledo Perrot, Buenos Aires; 2002.

³⁹ Esta afirmación no significa un juicio de valor negativo con relación a la idoneidad técnica de los magistrados seleccionados.