

XXV ENCUENTRO DE PROFESORES DE DERECHO CONSTITUCIONAL

LA PLATA, junio de 2022

Comunicación PANEL I: Consejo de la Magistratura

La Despolitización del Consejo de la Magistratura por la acción del Activismo Judicial de la CSJN. Una mirada al caso “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires”

Por Luciano Caparroz

SUMARIO: I) Introducción II) El “equilibrio” de los estamentos integrantes del CM: Un freno al sobredimensionamiento del sector político III) El Activismo Judicial de la Corte: Consecuencialismo y reviviscencia judicial de leyes derogadas. El control de constitucionalidad en su máxima expresión IV) La ejecución de la sentencia de la CSJN V) Conclusiones

I) Introducción

El análisis del caso “Colegio de Abogados de Ciudad de Buenos Aires” resuelto el 16/12/2021 por la Corte¹, vino a reavivar y poner nuevamente en la escena un antiguo debate que tuvo la virtud de hacer ostensible lo peligrosa que resulta la injerencia del *poder político* gobernante de turno en la administración e independencia judicial. Tal debate sucedía en el año 2013 cuando se impulsaba por el PEN la denominada “*reforma judicial*”, -materializada en 6 proyectos de ley oficialistas², argumentándose en lo que respecta al Consejo de la Magistratura que era necesario “*democratizarlo*”³ (así con la elección popular de los consejeros representantes de los sectores técnicos), lo cual en rigor escondía un único y exclusivo “interés” afincado en la construcción legislativa de una integración nominal que permita la dominación por el Gobierno de su órgano de decisión⁴. Dicha meta se materializaba con la sanción de la Ley 26855 (08/05/13), cual en breve con fecha 18/06/13 la CSJN declaró inconstitucional e inaplicable en el caso “Rizzo”⁵, disponiendo en el considerando 42° al tratar los “efectos” de su sentencia que mantendría vigencia la Ley 26080 que había sido sancionada el 22/02/06. Repárese entonces en que la Ley 26080 mantenía su vigencia y la misma permitía también la

1 CSJN, Fallos 344:3636

2 La reforma judicial para “*democratizar la Justicia*”, fue anunciada por la ex Presidenta de la Nación el 08/04/13, al momento de enviar el PEN seis (6) proyectos de ley, ingresando 3 proyectos al Senado y otros 3 proyectos a Diputados, sobre los siguientes temas: 1) Reforma del Consejo de la Magistratura, 2) Ley de Ingreso Democrático al PJN y al MPF, 3) Ley de Publicidad de los actos del Poder Judicial, 4) Ley de creación de 3 nuevas cámaras de casación, 5) Ley de publicidad y acceso directo a las declaraciones juradas del PJN, y 6) Ley de regulación de las medidas cautelares contra el Estado.

3 Sobre el tema, remitimos a nuestro trabajo: **CAPARROZ, Luciano**, “*Crítica a la reforma del Consejo de la Magistratura desde la filosofía y la epistemología del Derecho*”, publicado en MICROJURIS, 24/06/13, MJ-DOC-6323-AR | MJD6323

4 Nosotros oportunamente hemos dicho que el aspecto más relevante de aquella reforma al Consejo de la Magistratura, era el intencionado cambio de su composición orgánica-nominal, para permitir al PEN gobernante cooptar la mayoría necesaria para tomar las decisiones más relevantes, como –por ejemplo- la selección de jueces afines al poder ó la acusación o disciplinamiento de jueces remisos a las decisiones del Ejecutivo. Es lo mismo que ha ocurrido al aprobarse la ley 26522 (“*ley de medios*”) impulsada por el otrora oficialismo, donde se creó un órgano llamado *autoridad de aplicación* (AFSCA), cuya estructura nominal, permita la injerencia del órgano por el PEN a través de la cooptación de la mayoría de sus integrantes y dominarlo. Sobre el tema en profundidad, ver **CAPARROZ, Luciano**, “*La injerencia del Estado en los medios de comunicación audiovisual*”, Parte I, publicado en MICROJURIS, 01/11/10, MJ-DOC-4981-AR | MJD4981

5 CSJN, Fallos 336:760

politización del Consejo de la Magistratura, como se sabe, lo que degeneraba en *disfuncionalidades* del órgano tales como la paralización de designaciones de jueces, alteración en las listas de las propuestas, etc. En tal marco descrito (tal como señaló el voto de disidencia parcial⁶ de la sentencia en análisis), transcurrieron 16 años para que la Corte “revise” por fin la constitucionalidad de la controvertida Ley 26080. Así pues, el Alto Tribunal se focalizó en afianzar la interpretación judicial del art.114 de la CN en cuanto importa que el Consejo de la Magistratura de la Nación se integra de una representación “*equilibrada*” (no igualitaria) de los estamentos políticos y técnicos, no permitiéndose que ningún sector realice acciones hegemónicas por sobre los otros (regla del no predominio). Verificado así en el caso el sobredimensionamiento del “sector político”, la Corte Suprema procede a “*despolitizar*” al CM, pero para lograr dicho objetivo decidió por voto de mayoría ejercer un activismo judicial que derivó en la *reviviscencia* de las derogadas leyes 24937 y 24939 al momento de modular los efectos y consecuencias de su sentencia, generándose variadas opiniones en el debate de la doctrina de conocimiento⁷. Finalmente, en referencia a la *ejecución* de la sentencia “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires”, no podrá dejar de señalarse que la misma (no sin absurdas resistencias⁸) pudo ser cumplida eficazmente, lo cual reporta en un dato sumamente positivo en ponderación al respeto y autoridad que deben investirse las decisiones finales del máximo tribunal de justicia de la Nación.

II) El “equilibrio” de los estamentos integrantes del CM: Un freno al sobredimensionamiento del sector político

El **art.114** de la CN dispone que el Consejo de la Magistratura “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 matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley”.

La **CSJN** en el caso “Rizzo⁹” interpreto que dicha clausula constitucional busca mantener un equilibrio entre sectores de distinto origen sin que exista predominio de uno sobre otros (*regla del no predominio*, conforme al consid.25° de dicho fallo). El equilibrio consiste entonces en la imposibilidad de que alguno de los 4 estamentos pueda llevar adelante “*acciones hegemónicas*” ó controlar el CM por sí y sin necesidad del consenso con los otros estamentos.

⁶ **CSJN**, Fallos 344:3636, consd.10 último parrafo, voto de disidencia parcial del Dr. Lorenzetti.

⁷ Puede consultarse: **SOLA, Juan Vicente.**, “*La constitución y el Consejo de la Magistratura*”, **CAMINOS Cristian**, “*Groucho Marx, la musa de los ministros, o cómo los fallos de la Corte tienen la forma del agua*”, en especial LA LEY, diario del 30/12/2021, **MANILI Pablo**, “*La integración equilibrada del Consejo de la Magistratura en el reciente fallo de la Corte Suprema*”, **HERRERO René Luis**, “*La República, al borde de perder el equilibrio*”, **PALACIO DE CAEIRO, Silvia.**, “*Independencia judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación*”, en especial LA LEY, diario del 23/03/2022, **SAGUÉS, Nestor.**, “*Sobre la reviviscencia judicial de leyes*”, LA LEY, diario del 11/05/2022.

⁸ **CSJN**, “*Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires s/ Avocación en autos: Cassaretto Marcelo Pablo c/ Camara de Diputados Nacionales y Otro s/ amparo Ley 16986*”, Res. 684/2022, Fecha 18/04/2022.

⁹ **CSJN**, Fallos 336:760

En tal orden de ideas, recientemente la **CSJN** en el caso “Colegio de Abogados¹⁰” expresó en el consid.7° que la noción de equilibrio para las ciencias sociales, importa una idea de armonía, ecuanimidad, medida y sensatez, lo cual proyectado al funcionamiento del Estado no es otra cosa que la noción de *equilibrio del poder* (frenos y contrapesos). Así entonces, cuando se sobredimensiona al *sector político*, surge el tema de la distribución de cupos, esto es, el manejo del poder judicial como instrumento de reparto y compensaciones de los partidos dominantes (Consid.8°). Por ello, una de las finalidades perseguidas por el Convencional Constituyente del año 1994, fue claramente la de “despolitizar” los procedimientos de designación y remoción de magistrados para asegurar el principio constitucional de idoneidad y la independencia judicial.

En base a tal razonamiento, el test de constitucionalidad direccionado a verificar el respeto del “equilibrio”, se focalizará en base a una “guía” ó “umbral” orientativa que será la *regla del no predominio o no hegemonía* de un estamento por sobre otro, sin importar el grado de ese predominio (si mucho o poco), pues bastará la “simple posibilidad” de injerencia para constituirse la transgresión constitucional.

En tal marco, la **CSJN** en el citado caso “Colegio de Abogados” constata que la Ley 26080 diseñó “una arquitectura institucional” que no contribuyó a “despolitizar” los procedimientos de designación y remoción de magistrados asegurando la idoneidad y la independencia judicial (consid. 14, último párrafo). Y ello así, pues el “estamento político” predomina en torno a la integración, quorum, mayorías y funcionamiento del Consejo de la Magistratura tomando *per se* decisiones de muy significativa trascendencia (vrg. selección, designación, sanciones disciplinarias, etc.), lo cual rompe claramente el mandato constitucional de “equilibrio”.

III) El Activismo Judicial de la Corte: Consecuencialismo y reviviscencia judicial de leyes derogadas. El control de constitucionalidad en su máxima expresión

En apretada síntesis, la **CSJN** en el consid.17 del fallo bajo estudio “Colegio de Abogados” (voto de mayoría) ensaya la *fundamentación* del alcance ó las repercusiones de los “efectos” de su sentencia cual declara la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de normas impresas en la Ley 26080. Arguye que debe necesariamente “modularlos” (a los *efectos*, léase *temporales*) para evitar el “caos institucional” dado por el peligro de la paralización de la justicia (en nuestro caso, sería del funcionamiento del Consejo de la Magistratura), razón por la cual se dispone como “*remedio*” que recobre “vigencia normológica” el régimen legal anteriormente derogado (Leyes 24937 y 24939). La acción activista de la Corte, radica entonces en concreto: **a)** en la *reviviscencia judicial* de las leyes derogadas recién citadas (con remisión a los fundamentos de los casos “Rizzo¹¹” y “Uriarte¹²”), **b)** en la exhortación al Congreso para que en un plazo razonable dicte

10 **CSJN**, Fallos 344:3636

11 **CSJN**, Fallos 336:760

12 **CSJN**, Fallos 338:1216

una ley reguladora del Consejo de la Magistratura, y **c)** en la orden al Consejo de la Magistratura para que integre su estructura orgánica dentro de los 120 días corridos conforme a la legislación revivida judicialmente. El activismo judicial de la CSJN ya ha sido estudiado por la doctrina¹³ y en el presente caso “Colegio de Abogados” (voto de mayoría) se observa que la Corte actuó como un *cuasi legislador*¹⁴, aunque justificando su accionar en miras a evitar el “caos institucional”. Dicha justificación de ésta decisión activista se encuentra entonces claramente impregnada de la doctrina del “**consecuencialismo**”¹⁵, cual implica que la Corte analice, pondere o evalúe las repercusiones (consecuencias) de sus sentencias sea en la **sociedad, en la economía ó en las instituciones del poder.**

Tal es así que, por ejemplo, en torno a las repercusiones económico-sociales-financieras que deriven de los efectos de sus sentencias, que la CSJN hace unos años emitió la *Acordada 36/09* donde expresó que al momento de tomar una decisión que tenga gravitación en la economía del país y que se refiera a temas que se relacionen a derechos económicos y sociales (vrg. con cita en los arts. 14 bis, 41, 42, 75 incs. 18 y 19 CN), realizará un “razonable juicio de ponderación” -sobre el caso- evaluando las consecuencias del mismo. Para ello, creó una unidad técnica de análisis económico (UAE), dependiente de la Secretaría de Administración, cual actuó a requerimiento del Presidente de la Corte para realizar los estudios e informes sobre el tema.

En nuestro caso, como puede colegirse, la evaluación (*razonable juicio de ponderación*) de las repercusiones (*consecuencias*) de la sentencia se centra y dirige hacia el **funcionamiento de las instituciones**. El potencial peligro y riesgo de paralización del Consejo de la Magistratura (órgano judicial), justifica entonces con apoyo en la doctrina de “Rizzo” y “Uriarte” en dotar de “reviviscencia (re-vigencia normológica)” a las leyes derogadas 24937 y 24939, lo cual se concluye es un hipótesis de *máxima* del ejercicio del control de constitucionalidad, en tanto se aparta de las reglas clásicas de la *judicial review*.

IV) La ejecución de la sentencia de la CSJN

Entendemos que es sumamente imperioso destacar en pos de observar la “*calidad institucional*” de un país, que en lo que respecta a la reciente sentencia de la Corte “Colegio de Abogados” pudo ser ella casi en su totalidad “*cumplida*”. Ello significó que lo dispuesto en el punto III de la parte resolutive del fallo, se cumplió “oportunamente” por el Consejo de la Magistratura dentro del plazo de 120 días de notificado, pues se procedió a “integrar” con los nuevos consejeros

13 MORELLO, Augusto M., “La Corte Suprema en Acción”, Bs. As., Librería Editorial Platense-Abeledo Perrot, 1989., también del mismo autor, “Un nuevo equilibrio entre el activismo y la contención de los jueces”, JA, 2003-III-863, También puede consultarse a SAGÜES, María Sofía, “El Activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Marco de Desconstitucionalización”, Ponencia presentada en el XVIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional, Paraná, Septiembre de 2007, MANILI, Pablo.L, “El Activismo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema”, LL, 2006-D-1288, SAGÜES, Nestor, P., “Reflexiones sobre el Activismo Judicial Legítimo,(a los cincuenta años de la creación jurisprudencial del Amparo Federal)”, en LL, diario del 17-12-07, Doctrina.

14 SAGÜES, Nestor., “Sobre la reviviscencia judicial de leyes”, LA LEY, diario del 11/05/2022, ver: conclusiones.

15 Esta locución es frecuentemente utilizada por la doctrina. Puede consultarse a CARNOTA, Walter: *El análisis económico del derecho llega a la Corte Suprema* [en línea], EIDial.com, <http://www.eldial.com.ar>. SOLA, Juan V.: “La Corte Suprema y el análisis económico del derecho”, LL, 25 de setiembre de 2009, pp. 1 y ss. DÍAZ, Rodolfo: “Una acordada alberdiana.La unidad de análisis económico”, LL, 13 de noviembre de 2009, pp. 1 y ss. SAGUES, Nestor., “Control judicial de constitucionalidad: legalidad vs. previsibilidad”, El Derecho, 1986, T 118-909.

electos provenientes del estamento político, judicial y académico, recordándose que ya se había incorporado como nuevo Presidente del Consejo de la Magistratura el Presidente de la CSJN en representación de dicho órgano.

De tal manera, en algo más de sólo 4 meses calendario (desde la fecha del fallo 16/12/2021 hasta fines del mes de abril del año 2022) el Consejo de la Magistratura se “*re-equilibró*” en su composición y funcionamiento interno gracias a la autoridad de la decisión de la Corte Suprema desterrándose el peligro de su “paralización institucional”. Ahora bien, resta aún dar cumplimiento al punto II de la parte resolutive del fallo, en cuanto la CSJN “*exhortó*” al Congreso a que dicte una LEY que organice el Consejo de la Magistratura en “*un plazo razonable*”. Éste tema nos coloca entonces frente a aquel interrogante que plantea cómo se “*ejecuta*” una sentencia exhortativa de la Corte.

Repárese que ésta decisión en estudio de la Corte, encuadra dentro de la “clase” de sentencia que la doctrina¹⁶ llama “atípica” (vrg. *sentencias exhortativas*), cuales vienen impresas con “plazos” de cumplimiento que deberán observar los órganos requeridos, sean el ejecutivo o el legislativo, cumpliendo un “*consejo, recomendación o directriz*” a fin de suplirse ciertas omisiones de naturaleza inconstitucional. El problema aparece ante el vencimiento del plazo y el incumplimiento de la “recomendación”, en éste caso: ¿que órgano “ejecuta” la sentencia? ¿se puede ejecutar un “consejo” o una “recomendación”? ¿cual es la “sanción” ante el incumplimiento? ¿cual es el “procedimiento” para ejecutar éstas decisiones?.

Por ejemplo, en los casos “Badaro” (sentencia del 26/11/07) y “Sanchez” (sentencia del 28/07/05) referidos a materia previsional, fue la propia CSJN la que “*ejecutó*” lo resuelto por ella misma. Recordemos que la sentencia “*exhortativa*”, en cuanto importa una “recomendación o consejo” acerca del cumplimiento por un órgano del Estado de una “atribución, facultad ó competencia” que le es propia y que omitió cumplirla, no debe avasallarse la “división de funciones”, por lo tanto si “ejecutar” lo decidido importa llevar adelante por el órgano judicial una atribución que constitucionalmente no le pertenece, no puede ejecutarla el tribunal (eje: la CSJN no podría dictar una “ley”). Ahora bien, lo que si puede hacer el órgano judicial es “sancionar” al incumplidor, esto es, al funcionario público que de acuerdo al cargo que ostente podía cumplir con lo decidido en la sentencia y no lo hizo (vrg: multándolo).

En definitiva, lo que en éste punto nos proponemos destacar es que el análisis de la “*ejecución*” de una sentencia de la Corte Suprema cuando la decisión es de “trascendencia institucional”, no es para nada un dato menor a tener en cuenta, pues no siempre se ha respetado la autoridad de los fallos de la CSJN como precedente¹⁷.

16 **SAGÜES, Nestor, P.**, “*Las Sentencias Constitucionales Exhortativas (Apelativas o con Aviso), y su recepción en Argentina*, LL, 2005-F-1461. Igualmente puede consultarse al mismo autor en idéntico trabajo en www.cecocoh.cl, “*Las Sentencias Constitucionales Exhortativas*”, en la Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Chile, Noviembre de 2006, Págs 189 a 202. Conf., **LINA MARCELA ESCOBAR MARTÍNEZ**, “*La Modulación de Sentencias. Una Antigua Práctica Europea*”, Revista Universitas, Bogotá, Colombia, N°112, julio-diciembre 2006, Pontificia Universidad Javeriana, Págs.91 a 110. www.javeriana.edu.co, **NOGUEIRA ALCALÁ., Humberto**, “*Consideraciones sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en America del Sur*”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N°2,(Julio-Diciembre 2004), Sección doctrina, Pág.19 y ss., En el mismo sentido, **OLANO GARCÍA, Alejandro.,H.**, “*Tipología de Nuestras Sentencias Constitucionales*”, Revista Universitas, Bogotá, Colombia, Agosto de 2004, Pontificia Universidad Javeriana, Pág.578.

17 **GELLI, María Angélica**, “*La dimensión institucional de la CSJN y la etapa comunicacional mediática del Tribunal*”, comunicación de la sesión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 25/06/14, pág. 13, donde expresa lo siguiente: El problema de la desobediencia a las sentencias de la Corte Suprema, tuvo en la República Argentina su punto culminante en el caso “Sosa,

Por ello, concluimos que es imperioso destacar en pos de observar la “*calidad institucional*” de nuestro país, que en lo que respecta a la reciente sentencia de la Corte “Colegio de Abogados” pudo ser ella casi en su totalidad “*cumplida*”.

V) Conclusiones:

Del análisis del caso “Colegio de Abogados de Ciudad de Buenos Aires” resuelto el 16/12/2021 por la Corte Suprema, no resulta difícil concluir que ha sido sumamente positivo en lo que respecta a poner un necesario “freno” al sobredimensionamiento del sector político “*despolitizando*” al Consejo de la Magistratura, pues significó la decisión un “re-equilibrio” de su integración y funcionamiento como órgano judicial que se encontraba peligrosamente paralizado.

Ahora bien, no resulta tan fácil formular una conclusión positiva acerca de si el activismo judicial de la Corte ha sido enteramente “legítimo” ó “bueno”, en torno a lo que el voto de mayoría decidió sobre la *reviviscencia* de las derogadas leyes 24937 y 24939 al momento de modular los efectos y consecuencias de su sentencia. Ello porque es un hipótesis de *máxima* del ejercicio del control de constitucionalidad, en tanto se aparta de las reglas clásicas de la *judicial review*. En este punto, algún sector de la doctrina¹⁸ interpretó que quizás la CSJN podría haber ensayado una decisión mas moderada, ajustada en la senda del precedente “Rosza¹⁹” a fin de no revivirse legislación derogada, lo que significaba prorrogar los mandatos de los actuales consejeros por un plazo razonable hasta que el Congreso sancione una nueva ley organizativa del Consejo de la Magistratura.

Finalmente, sostenemos que es imperioso destacar en pos de observar la “*calidad institucional*” de nuestro país, que en lo que respecta a la reciente sentencia de la Corte “Colegio de Abogados” pudo ser ella casi en su totalidad ya “*cumplida*”.

Junio de 2022.
Firmado con firma digital remota:
Dr. Luciano D. Caparroz

Eduardo Emilio c/ Provincia de Santa Cruz. C.S. S. 2083. XLV (14/9/2010)”. El incumplimiento también corrió por cuenta del Congreso de la Nación, a quien la Corte decidió poner en conocimiento la desobediencia del gobierno provincial, con invocación del Art. 6º de la Constitución Nacional que prevé la intervención federal a los estados locales. El caso es muy curioso, porque la Corte con varias integraciones, resolvió en todos los casos, a favor del procurador de la provincia de Santa Cruz, destituido al modificarse la ley que reglamentaba esa función y cargo. Todas las sentencias fueron desobedecidas. Analicé el caso y todos esos fallos en **GELLI, María Angélica** –*El leal acatamiento a los fallos de la Corte Suprema y la defensa de los derechos constitucionales (en el caso Sosa)*– La Ley Actualidad. Buenos Aires, 14/10/2010.

¹⁸ **SAGUÉS, Nestor.**, “*Sobre la reviviscencia judicial de leyes*”, LA LEY, diario del 11/05/2022, ver punto V.

¹⁹ **CSJN**, Fallos 330:2361