

Reforma judicial y democratización de la justicia en la Argentina. La compleja articulación entre la democracia y la república

Jorge O. Bercholz

Universidad de Buenos Aires

Uno de los temas de alto impacto del discurso presidencial de apertura de las sesiones del Congreso en la Argentina, el pasado 1 de marzo, fue el anuncio de un plan para democratizar la justicia. Ello no es una novedad en los discursos presidenciales, no sólo de la actual presidente, sino desde 1983 a la fecha, pues a medida que la democracia, entendida como régimen político de gobierno del Estado, se fue consolidando, el enunciado del concepto estuvo relacionado a ideas más sustantivas¹. A lo Bobbio, se usó el término en el sentido de “democratizar la democracia”, expandirla como práctica para la toma de decisiones en las agencias del Estado y de designación de sus agentes a todos los ámbitos posibles, no sólo al proceso de selección, reclutamiento y remoción del personal político que ocupa roles en la administración estatal. El plan raudamente se transformó en ley positiva a través de seis normas distintas impulsadas por el Poder Ejecutivo y aprobadas por el Parlamento.

El contexto

La coyuntura política nos muestra distintos disparadores que han motivado al gobierno en la propuesta de la reforma judicial. La demora en la resolución judicial

del conflicto con el Grupo Clarín y, por ende, el estado de virtual “suspensión” de la ley de servicios audiovisuales; la parálisis en la que se encuentra el Consejo de la Magistratura generando una demora inusitada en el proceso de designación de jueces y la consecuencia de un hecho gravísimo, la enorme cantidad de juzgados de distintos fueros que carecen de juez titular y se hallan ocupados por jueces subrogantes y/o interinos; y las demoras, también excesivas, en el avance de los procesos por violación de los derechos humanos en ocasión de la represión del terrorismo de Estado.

Según un estudio de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), uno de cada cinco jueces nacionales ocupa el cargo como suplente y el 20% de ellos no es juez, sino un secretario designado interinamente para ocupar ese lugar. El informe también muestra que el 18,7% de los jueces son subrogantes: el récord lo tiene el fuero laboral, con 35 vacantes, seguido por el criminal, con 25, y el civil, con 23. En cinco de los veinticinco fueros hay un 30%, o más, de jueces subrogantes. El porcentaje mayor se evidencia en la justicia federal de Salta, donde el porcentaje se eleva al 35,71%, seguido por la justicia federal de San Martín con el 33,33% y la justicia nacional del trabajo, con un 31,81%; en cambio, existen jurisdicciones con cifras menos alarmantes, como las de Tucumán y Comodoro Rivadavia, donde tan sólo hay un 5,5% de jueces subrogantes. El único fuero de todo el Poder Judicial nacional sin jueces provisorios es el correspondiente a Mar del Plata. El 26,26% de los juzgados de primera instancia de todo el Poder Judicial de la nación se encuentra a cargo de jueces provisorios. Por su parte, en el fuero criminal y correccional federal —que investiga los delitos que comprometen el accionar de los funcionarios públicos, tales como los casos de corrupción— cuatro de los doce juzgados están vacantes y

1 Bercholz, Jorge O./Bercholz, Diego J. (2012): *Los discursos presidenciales en la Argentina democrática, 1983-2011*. Buenos Aires: Lajouane.

ocupados por tres subrogantes (dos juzgados se encuentran a cargo de un mismo juez provisorio).

Sin embargo, existen también cuestiones estructurales e históricas que pre-existen a la coyuntura política y que deben ser tenidas en consideración. Un estudio de la socióloga Ana Kunz demuestra que la extracción u origen social de los jueces que han integrado la Corte Suprema en Argentina en el período 1930-1983 resulta fuertemente elitista. Hasta 1983, el 60% de los jueces provenían de la clase alta o media alta, lo que implica una sobrerrepresentación de esos estratos del 500% en relación al total de la sociedad. Si bien esto ha cambiado en la Corte desde la restauración democrática en 1983, no parece registrarse el mismo proceso en el resto del Poder Judicial. El fenómeno no sólo es visible en Argentina. En Alemania, un estudio del juez Walter Richter permitió determinar que la mayoría de los jueces proviene de familias de jueces o juristas y que generalmente tienden a desempeñar su trabajo en las jurisdicciones en las que han nacido, y a contraer matrimonio con personas de su misma condición social. Además, el 60% pertenece a la clase media alta (profesionales libres, altos funcionarios del Estado, empresarios). También se observó que los jueces pertenecientes al estrato superior avanzan con mayor rapidez en la carrera que los del grado inferior. En España, otro investigador, Juan José Toharia, observó que más de la mitad de los jueces provienen de un ambiente constituido por personas que ejercen las profesiones legales o que forman parte del aparato burocrático; casi ninguno proviene de la clase obrera o del mundo campesino.²

2 Estos datos pueden consultarse en Bercholz, Jorge O. (2004): *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto a los otros poderes políticos del Estado, 1935-1998*. Buenos Aires: Ediar.

También en España, y durante la transición democrática abierta con el fin de la larga dictadura franquista, existía desconfianza respecto a los jueces. En ese sentido dijo la doctrina española que “[...] Los constituyentes de 1978 tampoco confiaron mucho en la conciencia constitucional de los jueces entonces en activo...”; “[...] la regulación del recurso de inconstitucionalidad y su atribución a un Tribunal de vigilancia o control de la legislación ordinaria fue considerado por el portavoz del partido mayoritario en la izquierda como una medida de profundización de la democracia...”; “[...] la falta de tradición de los Tribunales ordinarios hispanos en la aplicación de la Constitución, conectada a la tolerancia de amplios sectores de la Magistratura con el régimen precedente, generó una desconfianza política no expresa hacia Jueces y Tribunales...”.⁵

Una interpretación literal de la idea fuerza “democratizar la justicia” debería entenderse como la adaptación de los principios formales democráticos de participación en el proceso de toma de decisiones, de igualdad a efectos de designaciones sin privilegios estamentales y/o procedimentales, y de aplicación de las reglas de las mayorías a tales fines. También se pueden esbozar diseños “democratizadores” pero más apegados a las ideas “democrático-representativas”, por ejemplo, aumentar el número de jueces en los más altos tribunales a fin de lograr una base de funcionarios judiciales que permita una óptima representación sociológica-espejo de los

3 Tomás y Valiente, Francisco (1993): *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 74.

4 Peces Barba, Gregorio (1980): *Trabajos Parlamentarios. Constitución Española*. Madrid: Servicio de Publicaciones de las Cortes Generales, p. 3452, II.

5 Pérez Tremps, Pablo (1980): *El Régimen constitucional español*. Barcelona: Labor, p. 237.

distintos clivajes representables de la sociedad.

Otras ideas destinadas a torcer la tradicional opacidad judicial respecto a distintos rubros (por ejemplo, la opacidad de las sentencias y sus procesos decisorios, del patrimonio de los jueces, de sus exenciones tributarias y del lenguaje críptico-técnico propio del ámbito jurídico) se pueden vincular con las categorías de visibilidad y transparencia, que son, en todo caso, tangencialmente democráticas, no contrarias a ella, pero no necesariamente relacionadas con los principios más “naturalmente” democráticos ya mencionados en los dos párrafos anteriores. En todo caso, estas ideas están más emparentadas con principios republicanos, no en veta ético-filosófica, sino en su matriz de *checks and balances*, frenos y contrapesos, limitación y control del poder.

Las leyes de reforma

1.- Tres de las leyes impulsadas por la presidente argentina y sancionadas por el Congreso no han generado notorias polémicas. Las mismas se encuadran dentro de lo que hemos denominado vías tendientes a obtener visibilidad y transparencia contra la tradicional opacidad del poder judicial. Así, los proyectos de ingreso igualitario al Poder Judicial, de declaraciones juradas patrimoniales de carácter público y de publicidad obligatoria de los fallos de la Corte y otros altos tribunales no han merecido, en general, mayores reparos. Se distinguen de los otros tres proyectos de mayor densidad y profundidad en el diseño institucional, y por ello, más discutidos.

2.- La propuesta de crear Cámaras de Casación (que ya existe en materia penal) para los fueros civil y comercial, laboral y de la seguridad social y contencioso administrativo federal, resulta muy

interesante y tiene varios años de debate y antecedentes en la doctrina. Esta reforma tiene dos aspectos muy positivos. El primero, quitar sobrecarga de trabajo a la Corte Suprema, uno de los problemas más serios en el desempeño del tribunal, y desmalezar la avalancha de casos que llegan al Tribunal debiéndose aplicar más estrictamente el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial. Mediante tal artículo, la Corte Suprema puede rechazar, incluso sin fundamentación, los casos que considera que no revisten cuestión federal o importancia institucional suficiente y sólo seleccionar los casos que considera relevantes, tal cual ocurre en dos de los más prestigiosos tribunales de control de constitucionalidad difuso –como en Estados Unidos y Canadá– que resuelven entre 100 y 200 casos por año, cooptados por decisión de los propios jueces del universo de casos que llegan a dichas cortes para ser resueltos. Visto así, también se debilita el argumento de la mayor demora que las nuevas cámaras pueden generar. No puede haber más demora que la que ya existe en una Corte sobrecargada de trabajo. La Casación sería entonces la “última palabra”, salvo que la Corte considerara que debería decir algo para remediar alguna notoria inconstitucionalidad en temas de interés institucional o federal. Una alternativa, pero que requiere una reforma constitucional, hubiera sido la de crear salas específicas por materia dentro de la misma Corte Suprema, tal cual ocurre en muchos casos. El segundo aspecto positivo de esta reforma es que puede generar grandes mejoras en la composición técnica de los altos tribunales, pues la especialidad técnica de los jueces a designar puede ser eficazmente resuelta cuando se trata de conformar tribunales con especificidades competenciales, cuestión que en una corte *catch all* (parafraseando a Otto Kirchheimer y su *catch all party*) es de

compleja solución. Dicho de otro modo, para una eficaz definición de las especificidades técnicas de los jueces a designar, y también para el número óptimo de cargos en la Corte, es necesario, previamente, definir el rol que en la ingeniería institucional del poder judicial quiere asignársele a la Corte. Si la Corte viera aliviado su trabajo y sólo se dedicara a temas de relevancia institucional y constitucional, pues quedaría despejado el camino para que los jueces que en el futuro arriben a la Corte sean “publicistas”, jueces con experiencia en el área del Derecho público, constitucional, administrativo y político, y con la sensibilidad y experiencia política necesaria para no ser solamente aplicadores mecánicos de leyes, sino para anticipar y medir los efectos que la aplicación de las normas ocasionarán. Jueces que hagan un análisis de legalidad, claro, pero también de previsibilidad respecto a los efectos que las sentencias generen y que, además, asuman las responsabilidades políticas que la división funcional del poder les confiere y, por ello, trabajen en cooperación, diálogo e interdependencia con los otros poderes políticos del Estado. Esto es lo que las doctrinas jurídicas actuales imponen en países como Canadá, EE UU y Alemania⁶.

3.- La ley sobre el modo de elección del Consejo de la Magistratura resulta ser la más polémica (de hecho, acaba de ser declarada inconstitucional por la Corte Suprema al tiempo que escribimos este artículo) y ello porque interpela dos conceptos teóricos centrales de la ciencia política y del diseño jurídico-institucional de

un Estado, el principio democrático y de la legitimidad mayoritaria versus los controles republicanos ya citados.

No se debe “demonizar”, como parte de un plan diabólico, la idea de someter a la voluntad popular mediante el voto, a través de las organizaciones políticas autorizadas por la Constitución para la competencia electoral, los partidos políticos, a la elección de los consejeros. Esas críticas “demonizadoras” terminan siendo funcionales al discurso “antipolítica”. Por supuesto que es, de las seis leyes sancionadas, una de las dos más discutibles y sobre la que se puede contra-argumentar con mayor solidez teórica aunque, por cierto, es un debate que la doctrina viene desarrollando desde el siglo XVIII. Por un lado, los riesgos del democratismo mayoritario y las prevenciones que se generan en ciertas minorías –lo de ciertas no es casual, pues hay muchas minorías que no han sido protegidas por los frenos y contrapesos– con relación a los abusos que las mayorías circunstanciales –habría que examinar cuándo una mayoría deja de ser circunstancial y pasa a ser consistente y permanente, y así merecer otra ponderación respecto a sus demandas– puedan cometer. Por el otro, el exceso de republicanismo que, como dijo Guillermo O’Donnell⁷ “[...] cuando se convierte en principio dominante, tiende a ser el gobierno paternalista de una élite auto-designada [...]”. Tenemos entonces los temores a la suma del poder en manos del gobierno de turno y, al mismo tiempo, el desequilibrio que implica la existencia de sectores sociales sobrerrepresentados en el Estado (por ejemplo los abogados), sumados al enorme poder de interpretación judicial de los magistrados que, en los hechos, significa casi el ejercicio de una facultad

6 Por ejemplo, véase, Roach, Kent (2001): *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto: Irwin Law; o también, Hogg, Peter/Bushell Thornton, Allison A./ Wright, Wade K. (2007): “Charter dialogue revisited”. En: *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n° 1, <<http://ohlj.ca/english/documents/Hogg.pdf>>.

7 O’Donnell, Guillermo (1998): “Accountability Horizontal”. En: *Revista Agora*, n° 8, 1998,

legislativa, vía sentencias interpretativas de las leyes. En efecto, las leyes actúan como moldes genéricos aplicables a los problemas y conflictos sociales, pero requieren de interpretaciones y adecuaciones muy flexibles y creativas para que resulten de eficaz aplicación a los fines de resolver los hechos muy concretos y diversos que se someten a los jueces.

Debe también tenerse en cuenta que nunca es apolítica o “inocente” la opción de selección de jueces, y que la opción meramente técnica suele encubrir la elección de una justicia “legalista”, refractaria de la consagración de derechos colectivos sociales, los que necesariamente implican un cierto nivel de contradicción y una opción respecto de ciertos derechos individuales. En una investigación que realizamos en la Universidad de Buenos Aires sobre la Corte Suprema, se comprobó que, durante los gobiernos militares, el 58% de los jueces fueron especialistas en Derecho privado, o sea, “civilistas”; en cambio, durante gobiernos constitucionales el 71% de los jueces fueron de formación “publicista”⁸

Por lo demás, el debate sobre la escasa legitimidad democrática del poder judicial y su carácter contra-mayoritario, que torna indigesto para el “democratismo” el control judicial de los actos normativos de los otros poderes, resulta siempre recurrente (dijimos, desde el siglo XVIII), incluso en países muy estables institucionalmente como EE UU, Canadá y Alemania. También, señalamos antes, que existen varias investigaciones académicas rigurosas que demuestran el sesgo elitista y autorreferencial de los miembros del poder judicial. Por qué entonces, antes estos datos duros de la realidad, esgrimir sólo argumentos de tipo prescriptivo-ideal-filosófico, de análisis contra-fáctico, que

soslayan sesgos y tendencias tan marcados? Por qué no considerar que los abogados están sobrerrepresentados en las instituciones y agencias estatales, y que los jueces, además del sesgo por su origen y prácticas sociales ya mencionado, reservan para sí un enorme poder de interpretación y adecuación de las normas generales a efectos de su aplicación concreta y cotidiana al universo de casos que resuelven y que inciden directamente en la vida de los ciudadanos? Los límites de la articulación teórica entre dos categorías complejas, democracia y república, que no se relacionan automática ni pacíficamente, son difusos y complejos y siempre sujetos a diseños y rediseños de ingeniería institucional que, finalmente, deberán pasar por el examen de las fuerzas políticas en juego y de las condiciones objetivas de posibilidad para su realización.

4.- Finalmente, queda aún por mencionar la otra ley más discutible, la que limita las medidas cautelares contra el Estado. Sin dudas que el disparador del proyecto ha sido el largo conflicto con el *holding* multimedia “Grupo Clarín” y las sucesivas medidas cautelares que ha obtenido el grupo y que dejan en suspenso aún la aplicación de la ley de servicios audiovisuales, sancionada hace ya más de tres años. Las medidas cautelares son, en general, otorgadas muy restrictivamente por los jueces y para ello debe acreditarse el gravamen irreparable que se generaría si no se la otorgase y la verosimilitud del derecho de fondo invocado. Si el reclamo contra el Estado es de índole pecuniaria no se vislumbra dónde estaría el gravamen irreparable, el que por otra parte podría acontecer igual ante una medida estatal de fondo (pensemos en una crisis institucional de las características de la sufrida en Argentina en 2001-2002, en algunos puntos similar a la que se vive hoy en España y Grecia) y aunque las cautelares

8 Bercholz (2004: 97-99).

no estuvieran limitadas en el tiempo, como efectivamente ha ocurrido. La situación irritante en la que una ley de fondo, emanada del Congreso, sustentada en amplias mayorías obtenidas transversalmente a los partidos, quede en suspenso por la judicialización del caso sobre un tema que responde a decisiones políticas privativas de los poderes soberanos del Estado, debe ser reorientada con suma prudencia. Si bien se trata de una más que dudosa intromisión del Poder Judicial en ámbitos netamente de decisión política (el diseño de la política comunicacional del Estado), la ley debería dejar bien en claro que la limitación debe responder sólo en tanto y en cuanto no se lesionen derechos fundamentales y que sean de plena reparación pecuniaria en caso que el Estado resulte perdidoso. Por otra parte, datos de la investigación referida sobre la Corte Suprema, nos indican que en los procesos en los que el Estado nacional o sus entes descentralizados han sido parte (tal cual dice la ley), la Corte no presenta diferencias significativas en su performance.

Más allá de consensos, disidencias y coyunturas, lo que debe celebrarse es que luego de treinta años de continuidad institucional, por fin se están debatiendo cuestiones complejas y sofisticadas en relación a la ingeniería institucional del Estado. Ya era hora y es perentoriamente necesario dados los desafíos novedosos a los que se enfrenta hoy la administración estatal. Es hora de sacar del sepulcro cerrado bajo siete llaves, temas muy relevantes, que ofrecen soluciones variadas, que no están definitivamente claras y establecidas.