

Corporativismo, discrecionalidad, “rosca” y un examen. Características del Consejo de la Magistratura de la Nación

Corporatism, Discretionality, “Threading” and One Exam. Characteristics of the Council of the Judiciary of the Nation

DOI: 10.0033/RACP.14521987

Mauro Benente*

Universidad Nacional de José C. Paz
Argentina

Fecha de recepción: 27-09-2024

Fecha de aceptación: 02-12-2024

Resumen

El Consejo de la Magistratura de la Nación es una de las novedades de la reforma constitucional de 1994. En este trabajo me propongo analizar determinados aspectos problemáticos de su organización y funcionamiento, y en especial profundizo en su conformación corporativa y la discrecionalidad en el proceso de selección de juezas y jueces. Además de revisar críticamente estos aspectos, realizo una breve comparación con los diseños subnacionales, y con ello enuncio algunas regularidades, pero también algunas especificidades que los modelos subnacionales ofrecen en comparación con el nacional.

Abstract

The National Council of the Judiciary is one of the innovations of the 1994 constitutional reform. In this paper I propose to analyze certain problematic aspects of its organization and functioning, and in particular, I delve into its corporate conformation and the discretionary nature of the selection process of judges. In addition to a critical review of these aspects, I make a brief comparison with subnational designs, and in doing so, I point out some regularities, but also some specificities that the subnational models offer in comparison with the national one.

Palabras clave: Reforma constitucional; Consejo de la Magistratura; Selección de jueces; Discrecionalidad; Vacancias.

Keywords: Constitutional Reform; Judiciary Council; Judges Selection; Discretionality; Vacancies.

* <https://orcid.org/0000-0002-5111-5540>. Correo electrónico de contacto: mbenente@unpaz.edu.ar

I. Introducción

Una de las innovaciones institucionales de la reforma constitucional de 1994 fue la incorporación del Consejo de la Magistratura, que se encuentra regulado en el artículo 114 de la Constitución Nacional e inició sus actividades en noviembre de 1998, luego que la Ley 24.937, sancionada el 10 de diciembre de 1997, estableciera su primera estructura de funcionamiento. La Ley 24.937 tuvo una rápida y mínima corrección con la Ley 24.939, sancionada el 18 de diciembre de 1997, y luego fue profundamente reformada en febrero de 2006 con la sanción de la Ley 26.080, y en mayo de 2013 con la sanción de la Ley 26.855. Las modificaciones en la integración y en la selección de los miembros del Consejo incluidas en la Ley 26.855 fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) al mes siguiente, el 18 de junio de 2013, en la causa “Rizzo” (CSJN, 2013). Por su parte, la integración del Consejo en los términos de la Ley 26.080 también fue declarada inconstitucional por la CSJN en diciembre de 2021, en el caso “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires” (CSJN, 2021), quince años después de la sanción de la ley¹.

Aquí no revisaré todos los aspectos del funcionamiento del Consejo de la Magistratura de la Nación, sino que me concentraré en dos asuntos: a) su integración, poniendo de relieve su carácter corporativo; y b) el proceso de selección de personas juezas, centrándome en los sesgos y la discrecionalidad del proceso. Sobre ambos asuntos, además del análisis crítico, incluiré una comparación con los sistemas subnacionales, tanto para marcar algunas regularidades, cuanto para identificar aspectos singulares de algunas jurisdicciones.

II. Integración y modo de selección del Consejo de la Magistratura. Más “corpo” que *demos*

De acuerdo con el artículo 114 de la Constitución, “el Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.”

La integración del Consejo ha sido regulada por tres leyes: 24.937/9 de 1997, 26.080 de 2006, y 26.855 de 2013. Las últimas dos fueron declaradas inconstitucionales por la CSJN, de

¹ Revisiones críticas de esta sentencia en Benente (2022), Guidi (2022), Puga y Ardoy (2023). Una defensa de la sentencia en García Mansilla y Ramírez Calvo (2022).

manera que la composición y el modo de designación del Consejo quedó regulado por la Ley 24.937/9 en estos términos (art. 2): a) La persona presidenta de la CSJN, que además preside el Consejo; b) cuatro personas juezas del Poder Judicial de la Nación, elegidas por sus pares por sistema D'Hont, garantizando la representación de magistradas de cámara y de primera instancia, y de aquellas con competencia federal del interior; c) ocho personas legisladoras nacionales, cuatro por la Cámara de Senadores y cuatro por la Cámara de Diputados, correspondiendo dos al bloque con mayor representación legislativa, uno por la primera minoría y uno por la segunda minoría de cada Cámara; d) cuatro personas representantes de las personas abogadas de la matrícula federal, elegidas mediante el sistema D'Hont por el voto de quienes posean esa matrícula, debiéndose garantizar la presencia de personas abogadas del interior; e) dos personas representantes del ámbito científico y académico, elegidas de la siguiente manera: una profesora titular de cátedra de facultades de derecho nacionales, elegida por sus pares; una persona elegida por el Consejo Interuniversitario Nacional con el voto de los dos tercios de sus integrantes; f) una persona representante del Poder Ejecutivo Nacional.

Las personas consejeras duran en sus funciones cuatro años, y cuentan con la posibilidad de una reelección consecutiva. De esta integración y modo de selección me interesa destacar tres aspectos: 1) La presidencia de la CSJN; 2) la elección corporativa de personas abogadas y juezas; y 3) la representación de personas académicas. Finalmente, en la integración vale destacar tanto la ausencia de personas consejeras elegidas directamente por el pueblo, cuanto la falta de crítica sobre esta ausencia.

A. La presidencia de la CSJN

Durante parte del año 2022 una de las controversias sobre la integración del Consejo se circunscribió a su presidencia: la Ley 24.937 contemplaba que la presidencia de la CSJN ocupara la presidencia del Consejo, diseño que fue descartado por la Ley 26.080 –declarada inconstitucional– y por el proyecto de Ley que tuvo media sanción en el Senado el 7 de abril de 2022 (expediente CD- 17/22). Esta controversia, en un plano constitucional, puede dividirse en dos interrogantes: ¿Existe alguna cláusula de la Constitución que reserve la presidencia del Consejo a quien ocupe la presidencia de la CSJN? La respuesta es sencilla: no. ¿Existe alguna cláusula de la Constitución que exija que en el Consejo haya representación de la CSJN? La respuesta es menos sencilla, pero creo que es negativa.

Esta aparente paradoja, a saber, la voluminosa carga de cursos que Durkheim debe dictar y que versa sobre cuestiones pedagógicas y, por otro lado, su reluctancia a considerarse a sí mismo como un pedagogo competente y su evaluación de algunos de sus cursos como de escaso valor, nos ubica ante una tensión que amerita una aproximación. ¿Por qué el padre de la sociología francesa dedicó una parte tan importante de su tiempo productivo a una temática para la que no se sentía destinado ni preparado? ¿En todo este trabajo —a pesar de los cursos que a la fecha se han perdido²— es posible encontrar, en sus contenidos o como experiencias en sí, elementos que nos alumbren mejor el proyecto intelectual (y político, como argumentaremos) que sí defendía enfáticamente?

Quienes defienden la silla de la CSJN en el Consejo se amparan en el artículo 114 de la Constitución, que estipula que debe tener representantes de “los jueces de todas las instancias”. ¿Cómo interpretar “todas las instancias”? ¿Es la CSJN una “instancia”? Una manera poco interesante para responder es acudir al diccionario: a modo de ejemplo, el *Diccionario de la lengua española* define “instancia” como “cada uno de los grados jurisdiccionales que la ley tiene establecidos para ventilar y sentenciar, en jurisdicción expedita, lo mismo sobre el hecho que sobre el derecho” (RAE, 2023, definición 7). ¿La Corte es un lugar para ventilar y sentenciar sobre hecho y derecho? En la mayor parte de los casos la respuesta es negativa, puesto que solo revisa cuestiones de hecho en la apelación ordinaria y en las causas de competencia originaria, que representan una porción extraordinariamente minoritaria de las causas que resuelve: en 2023, sobre un total de 18.245 causas resueltas, 254 fueron originarias y 29 recursos ordinarios (CSJN, 2023).

También podríamos revisar si las leyes que regulan el proceso ante la CSJN la definen como instancia. En el Decreto-Ley 1.285/58, la palabra instancia aparece en 22 oportunidades, 21 veces precedida de la palabra “primera” y una vez precedida de “misma”, en ningún caso vinculada a la competencia de la CSJN. La Ley 48, en su artículo 1, estipula que la “Suprema Corte de Justicia Nacional conocerá en primera instancia” y luego enumera los supuestos de competencia originaria. Pareciera que el Decreto-Ley 1285/58 y la Ley 48 confirman que hay instancia cuando se conocen hechos y derechos; por eso el concepto de instancia aparece precedido de “primera”.

² Por distintos motivos, entre los que intervienen malentendidos, la reluctancia de algunos de sus alumnos de publicar las notas de sus cursos y la destrucción de parte de su legado en la Segunda Guerra Mundial, la publicación proyectada por Fauconnet de varios de ellos no llegó a realizarse (Fournier, 2019).

De todos modos, podemos optar por caminos más interesantes que la búsqueda semántica y retomar las críticas que Ronald Dworkin direcciona hacia el “aguijón semántico”. ¿Quiénes se encuentran picados por el “aguijón semántico”? Los enfoques que plantean que el concepto de derecho o sus conceptos claves –en este caso instancia– se resuelven con búsquedas semánticas. A contrapelo, Dworkin sitúa al derecho no como un concepto semántico sino interpretativo, y por ello su definición depende de una práctica de tipo interpretativo en la que entran en juego distintas valoraciones (Dworkin, 1986, pp. 45-86). ¿A la luz de qué valores interpretar el concepto de instancia a los fines de delimitar si la CSJN debe integrar el Consejo de la Magistratura? Una opción, sin descartar los problemas del originalismo que mencionaré más adelante, es acudir a uno de los valores que estuvieron presentes en la Convención Constituyente de 1994: desconcentrar el poder de la Corte. En este sentido, el Convencional E. Paixao de la Unión Cívica Radical (UCR) sostenía que el Consejo asumiría

importantes funciones, revirtiendo así una tendencia que a lo largo de este siglo –y particularmente en los últimos cincuenta años– ha llevado a concentrar en uno de los órganos que ejercen el Poder Judicial de la Nación –me refiero a la Corte Suprema de Justicia– la totalidad de los poderes de administración correspondientes a un conjunto de órganos descentralizados entre sí. Este proceso de concentración de poder administrativo en un tribunal de justicia, además de no tener en cuenta la genuina esencia funcional de ese tribunal, no ha dado los resultados apetecidos por las leyes del Congreso de la Nación, que a lo largo del tiempo confirió a la Corte poderes reglamentarios, disciplinarios, administrativos y de gestión (Paixao en Convención Nacional Constituyente, 1994, pp. 2209-2210).

En la Convención se planteó la importancia de desconcentrar el poder de la Corte, pero este no es el único valor a tener en cuenta. A la luz de los ideales democráticos y la consecuente sospecha de toda concentración de poder en instituciones con cargos vitalicios no elegidos popularmente, de la tradición de la Ley 48 y el Decreto-Ley 1285/85, entiendo que en la actualidad tenemos importantes argumentos para afirmar que el concepto de instancia no debería incluir a la CSJN a los efectos de la integración del Consejo.

B. Elección corporativa de personas abogadas y juezas

La elección de personas abogadas y juezas, que en conjunto representan ocho sobre veinte consejeras —a la que debe sumarse la representación de la CSJN— pinta al Consejo con tintes corporativos. La integración con representación de la abogacía y la judicatura está en la Constitución Nacional, y de acuerdo con los lineamientos de la CSJN en el caso “Rizzo”, para que exista representación la elección debe ser por pares. Estas elecciones corporativas son escasamente participativas: en las elecciones del 18 de octubre de 2022 para elegir a cuatro representantes de la abogacía votaron 36.700 personas sobre alrededor de 160.000 habilitadas; y en las elecciones para elegir cuatro representantes de la judicatura de ese 18 de octubre de 2022 votaron 625 personas juezas. Con estas elecciones corporativas de escasa participación, las personas juezas y abogadas del Consejo son —junto con las personas académicas— las únicas autoridades de la Constitución que no tienen legitimación popular directa, acuerdo del Senado, ni designación presidencial.

Esta falta de legitimidad democrática no parece estar compensada por ninguna cualidad destacable. En “Colegio de Abogados”, la CSJN alude a la representación de las personas juezas y las personas abogadas como estamentos técnicos, pero en el proceso de su designación no hay ninguna evaluación técnica. Tener título de abogacía y pagar la matrícula, o un decreto de designación de jueza o juez no implica ningún un conocimiento técnico sobre procesos de selección y rendición de cuentas de juezas y jueces, ni sobre aspectos vinculados a la administración del Poder Judicial, que son las funciones del Consejo de la Magistratura.

C. Elección de representación de personas académicas

De acuerdo con el artículo 114 de la Constitución, el Consejo debe integrarse con personas “del ámbito académico y científico.” La Ley 24.937 dispone que deben ser elegidas de la siguiente manera: una profesora titular de cátedra universitaria de facultades de derecho nacionales, elegida por sus pares, y una persona de reconocida trayectoria, elegida por el Consejo Interuniversitario Nacional (CIN) con el voto de los dos tercios de sus integrantes.

La designación del CIN no surge de una elección popular, sino de una corporativa, pero en comparación con las elecciones de personas juezas y abogadas presenta estos matices: a) quienes participan del CIN, esto es las personas rectoras, sí son elegidas en sus respectivas universidades; b) la corporación universitaria —por ejemplo, por el hecho de tener más

profesiones—, es notablemente menos monocromática que la de las personas abogadas y juezas. Por su parte, la designación que realizan las personas profesoras titulares de las facultades de derecho de universidades nacionales sí resulta una elección más corporativa, que tampoco garantiza un conocimiento técnico preciso. Del hecho de tener un cargo de profesor o profesora titular no se deriva ningún conocimiento sobre procesos de selección y remoción de personas magistradas, ni sobre administración del Poder Judicial.

III. Integración y modos de los Consejos de la Magistratura a nivel subnacional

Tras revisar el nivel nacional, ahora me interesa dar cuenta de algunos diseños subnacionales que creo que podrían contribuir a repensar algunos de los problemas que identifiqué a nivel nacional. Por razones de espacio no podré detallar cada una de las situaciones subnacionales, pero me parece relevante mostrar un panorama general para rastrear algunas variables que podrían ensayarse a nivel nacional —con o sin reforma constitucional, según los casos—.

A. Presencia y presidencia de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) en los Consejos de la Magistratura locales

Solamente las provincias de Catamarca, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe excluyen la representación de sus TSJ en sus Consejos de la Magistratura. Sin embargo, no en todos los casos la presencia del TSJ se transforma, automáticamente, en la presidencia del Consejo: de las veinte jurisdicciones que tienen un Consejo integrado con representación del TSJ, en cuatro —Chaco, Chubut, Misiones, San Juan— la presidencia se elige por sus propios pares. De esta manera, la tendencia en los diseños subnacionales es incorporar los TSJ dentro de los Consejos de la Magistratura, y además darle la silla de la presidencia. Sin embargo, si se considera que esto supone una desmedida concentración de poder, contamos con experiencias de diseños que no los incorporan, y otros que no le otorgan automáticamente la presidencia.

Representación del pueblo en los Consejos de la Magistratura locales

Aunque a nivel nacional la Constitución no contempla la representación directa del pueblo, valdría la pena revisar las experiencias de Santa Cruz y, fundamentalmente, de Chubut. En Santa Cruz, sobre un Consejo de siete, una persona es elegida directamente por el pueblo en las elecciones generales. En Chubut, sobre un Consejo de catorce, cinco son elegidas directamente por el pueblo en elecciones generales. Se trata de dos provincias con pocos

cargos de personas juezas a cubrir, y por ello con poco caudal de concursos, pero aun así valdría la pena estudiar los perfiles de las personas que se presentan como candidatas a ser consejeras, cómo es su relación con los representantes corporativos en el Consejo y con los partidos políticos, y si es posible identificar algún patrón de actuación las distinga de las otras representaciones.

Por último, aunque con una legitimidad democrática menor, también podría revisarse la experiencia del Consejo de la Magistratura de Entre Ríos, que cuenta con dos representantes de las organizaciones sociales, profesionales y/o sindicales, elegidas en una asamblea de la que participan las propias organizaciones —actualmente las personas representantes titulares son del Consejo Profesional de Ciencias Económicas y la Asociación Olímpica Especial, y las suplentes de la Asociación Gremial de Docentes Universitarios y de la Liga Entrerriana de Ayuda al Diabético—.

B. Intervención del pueblo y/o de la Legislatura para atenuar las representaciones corporativas

Como ya mencioné, el Consejo de la Magistratura de la Nación se caracteriza por una integración corporativa muy nítida. Con la reforma de la Ley 26.855 de 2013 se estableció que las personas juezas, abogadas y académicas fueran elegidas por el pueblo en las elecciones generales en las que se eligiera al Poder Ejecutivo. Sin embargo, este procedimiento fue declarado inconstitucional por la CSJN que consideró que, en los términos del artículo 114 de la Constitución, para que exista representación de personas juezas, abogadas y académicas, éstas deben ser elegidas por sus pares (CSJN, 2013). Con esta jurisprudencia solo una reforma constitucional puede instaurar elecciones con sufragio universal para la representación de estos sectores, pero se podría explorar algún formato que combine la elección por pares con alguna intervención del pueblo o del Congreso de la Nación.

A nivel subnacional la regla es que las personas juezas y personas abogadas se eligen entre ellas, y en ningún caso hay intervención del pueblo. Sin embargo, como caso excepcional, se podría revisar el caso cordobés en el que las dos personas juezas que integran el Consejo, y la persona representante de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, son elegidas por sus pares, pero luego deben recibir el acuerdo de la Legislatura. Por otro lado, también resultaría interesante estudiar los casos de Chaco, Formosa, y Santa Fe, en los cuales la representación de las personas juezas —en Chaco y Formosa— y de juezas

y abogadas —en Santa Fe— no surge de elecciones corporativas sino de un dispositivo democrático e igualitario: el sorteo. Finalmente, como dentro de las elecciones corporativas es posible delimitar matices, también podrían revisarse experiencias de Chubut, Entre Ríos, y Santa Cruz, en las cuales la representación del Poder Judicial incluye no solo a personas magistradas sino también empleadas.

Cuadro 1. Integración y modo de selección de Consejos de la Magistratura. Nivel subnacional

| Provincia | Miembros | Presidencia | Poder Judicial | Ministerio Público | Poder Legislativo | Poder Ejecutivo | Abogacía | Representación pueblo | Academia | Part. popular | Part. Legislatura | Otros |
|--------------|----------|-------------------------------|---|------------------------------|-------------------|-----------------|----------|-----------------------|----------|---------------|---|---|
| Buenos Aires | 18 | Corte Suprema | 3 | 1 | 6 | 4 | 4 | No | No | No | No | - |
| Catamarca | 4 | Elegida por pares | 1 | No | No | No | 1 | No | 1 | No | No | 1 una persona representante de abogadas del Estado, a través de la Asesoría General de Gobierno, o la Fiscalía de Estado. |
| Chaco | 7 | Elegida por pares | 2 | No | 2 | 1 | 2 | No | No | No | No | - |
| Chubut | 14 | Elegida por pares | 5 (1 empleada) | No | No | No | 4 | 5 | No | No | No | - |
| CABA | 9 | Elegida por pares | 3 | No | 3 | No | 3 | No | No | No | No | - |
| Córdoba | 9 | Tribunal Superior de Justicia | 3 (2 pueden ser magistradas o funcionarias) | 1 | 1 | 1 | 2 | No | 1 | No | Sí. Para las dos magistradas o funcionarias, y para la representante de la academia | - |
| Corrientes | 5 | Superior Tribunal | 1 ó 2 | 0 ó 1 | No | No | 1 | No | 1 | No | No | Fiscalía de Estado |
| Entre Ríos | 11 | Designada por Poder Ejecutivo | 3 (2 juezas o funcionarias, 1 empleada) | No | No | 1 | 1 | No | 3 | No | No | 2 representantes de organizaciones sociales, profesionales o sindicales |
| Formosa | 9 | Superior Tribunal | 2 | 1 | 3 | 1 | 1 | No | No | No | No | Fiscalía de Estado |
| Jujuy | 11 | Suprema Corte | 4 para concurso de PJ, 1 cuando es para MP | 3 solo para concursos del MP | 3 | 2 | 2 | No | No | No | No | - |
| La Pampa | 4 ó 5 | Superior Tribunal | 1 | | 1 | 1 | 1 | No | No | No | No | Para candidatos contadores al Tribunal de Cuentas, 1 representante de contadores. |

| Provincia | Miembros | Presidencia | Poder Judicial | Ministerio Público | Poder Legislativo | Poder Ejecutivo | Abogacía | Representación pueblo | Academia | Part. popular | Part. Legislatura | Otros |
|--|---|---|--|---|----------------------------------|-----------------|------------------------|-----------------------|--|---------------|-------------------|--------------------|
| La Rioja | 9 | Superior Tribunal | 2 para concurso de PJ | 2 para concurso de MP | 3 | 2 | 1 | No | 1 | No | No | - |
| Mendoza | 7 | Suprema Corte | 2 | No | 2 | 1 | 2 | No | No | No | No | - |
| Misiones | 7 | Elegida por pares | 2 (1 jueza o funcionaria) | No | 2 | 1 | 2 | No | No | No | No | - |
| Neuquén | 7 | Tribunal Superior | 1 | No | 4 (no pueden ser legisladoras) | No | 2 | No | No | No | No | - |
| Río Negro | 8 (se toma la integración para cada concurso) | Tribunal Superior | 1 ó 2 (2 cuando es para concursos de PJ) | 1 (solo para concurso de MP) | 3 | No | 3 | No | No | No | No | - |
| Salta | 9 | Corte de Justicia | 2 | 1 | 3 (pueden o no ser legisladoras) | No | 3 | No | No | No | No | - |
| San Juan | 5 | Elegida por pares | 1 | No | 1 | 1 | 2 | No | No | No | No | - |
| San Luis | 10 | Superior Tribunal | 4 (3 en integración compartida con MP) | 3 (integración compartida con PJ) | 2 | 1 | 3 | No | No | No | No | - |
| Santa Cruz | 7 | Tribunal Superior | 3 (1 jueza o funcionaria; 1 empleada) | No | 1 | 1 | 1 | 1 | No | No | No | - |
| Santa Fe | 5 (2 permanentes y un Cuerpo evaluador de 3 para cada concurso) | Dirección Provincial del Consejo de la Magistratura | 1 (para de cada concurso. Es el mismo cargo que puede ocupar MP) | 1 (para cada concurso. Es el mismo cargo que puede ocupar PJ) | No | 2 | 1 (para cada concurso) | No | 1 (para cuerpo evaluador de cada concurso) | No | No | - |
| Santiago del Estero | 9 | Superior Tribunal | 2 | 1 | 3 (pueden o no ser legisladoras) | No | 3 | No | No | No | No | - |
| Tierra del Fuego, Antártida e Isla del Atlántico Sur | 7 | Superior Tribunal | 1 | No | 2 | 1 | 2 | No | No | No | No | Fiscalía de Estado |
| Tucumán | 8 | Corte Suprema | 3 (2 pueden ser Ministerio Público) | 2 (pueden ser Poder Judicial) | 3 | No | 2 | No | No | No | No | - |

Fuente: Elaboración propia.

IV. Política y discreción en el Consejo. Los debates de la Convención Constituyente

Al presentar las razones por las cuales se incluyó al Consejo de la Magistratura en la reforma constitucional de 1994 es frecuente acudir a los debates de la Convención Constituyente y restituir la necesidad de despolitizar el proceso de selección y de remoción de juezas y jueces.

En este orden de ideas, la CSJN, en los casos “Rizzo” y “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires”, destacó que

un grupo de convencionales presentó un proyecto de reforma de la Constitución Nacional cuyos fundamentos expresaban su intención de vigorizar la independencia del Poder Judicial [...] se proponen mecanismos de despolitización de los procedimientos de nombramiento y remoción de los magistrados, que garantizarán no sólo idoneidad, sino independencia de los jueces frente a las posibles presiones políticas. A este objetivo apuntan la creación del consejo de la magistratura y el establecimiento del jurado de enjuiciamiento de magistrados (CSJN, 2013, cons. 22 del voto de la mayoría; 2021, cons. 8 del voto de la mayoría).

En ambos precedentes, la CSJN rastreó el sentido de las cláusulas constitucionales en la intención de los constituyentes, mientras que en otras causas resuelve descartando las intenciones pretéritas y acude a una interpretación dinámica que pretende delimitar los sentidos actuales de las disposiciones constitucionales³. Sin justificación, la Corte elige cuándo acude a un método interpretativo y cuándo a otro, y esta discrecional oscilación no es inocua: la libre elección de métodos de interpretación nos lleva a disímiles significados de las disposiciones normativas, y con ello nos sitúa frente a la indeterminación del derecho (Guastini, 1999, pp. 201-235; 2006, pp. 335-340). Dicho de otro modo, la multiplicidad de criterios de interpretación, sin un metacriterio que nos permita identificar el mejor, desestabiliza la pretensión de precisar el alcance normativo de los elementos —sean principios o reglas— que integran el sistema jurídico.

Aunque no profundizaré en el asunto, el originalismo de la voluntad, que busca identificar el sentido que le imprimieron las y los constituyentes a la Constitución (Berger, 1977, p. 20), y es empleado por la CSJN en “Rizzo” y “Colegio de Abogados,” acarrea distintos problemas. Si buscamos la voluntad de las personas constituyentes al incorporar el Consejo de la Magistratura surgen ciertos interrogantes: ¿apelamos solo a quienes tomaron la palabra? ¿Rastreamos las intenciones de quienes votaron, pero no opinaron? ¿Qué sucede si entre las constituyentes aparecen voluntades divergentes? ¿Qué ocurre si alguna persona

³ A modo de ejemplo, en “Sejean” la CSJN subrayó que “el control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes” (CSJN, 1986, cons. 16 del voto de la mayoría).

constituyente se pronuncia en sentido contrario al originalismo y plantea que las personas juezas deben realizar una interpretación viva del texto constitucional? ¿Las razones que se expresan en el debate son explicación suficiente para la incorporación del Consejo o debemos rastrear otras motivaciones? ¿Qué sucede si las mismas personas, de acuerdo con el contexto, enuncian opiniones diferentes? Estos interrogantes cobran relevancia al revisar las supuestas voluntades de las y los constituyentes de 1994 porque existen diferencias entre el proyecto que menciona la CSJN y los debates suscitados en la Convención.

Para rastrear la voluntad de las personas constituyentes, la Corte restituye un proyecto que Alfonsín de la UCR, Alasino del Partido Justicialista (PJ) y otros convencionales de ambos partidos presentaron en la Convención, en cuyos fundamentos se lee que, frente a la crisis de confianza en el Poder Judicial, “se proponen mecanismos de despolitización de los procedimientos de nombramiento y remoción de magistrados, que garantizan no sólo idoneidad, sino independencia de los jueces frente a posibles presiones políticas. A este objetivo apuntan la creación del consejo de la magistratura y el jurado de enjuiciamiento” (Alasino y Alfonsín, 1995, p. 1928). Sin embargo, si revisamos los debates de la Convención no encontramos, al menos en estos términos, esta pretensión de despolitización.

Las discusiones sobre el Consejo de la Magistratura se concentraron en las sesiones del 27 al 29 de julio y el 1° de agosto de 1994, y ninguna de las intervenciones puso de relieve la necesidad de despolitizar los procesos de selección o remoción de personas magistradas. De hecho, la palabra “despolitizar” no es utilizada en el debate. En la sesión del 1° de agosto, Alfonsín y Alasino pronunciaron los discursos de cierre sobre los aspectos más importantes del “Núcleo de Coincidencias Básicas” —dentro del cual estaba el Consejo de la Magistratura⁴—. Alasino, en un discurso breve, se limitó a mencionar la creación del Consejo, sin brindar precisiones sobre sus objetivos (Convención Nacional Constituyente, 1994, p. 2635). Alfonsín, por su parte, postuló que “una Constitución no es simplemente un texto sino también una práctica compleja y, para ella resulta fundamental su interpretación”

⁴ La declaración de la necesidad de la reforma constitucional realizada por el Congreso mediante la Ley 24.309 estuvo precedida por el “Pacto de Olivos”, rubricado el 14 de noviembre de 1993 por Menem y Alfonsín. El 13 de diciembre firmaron un convenio complementario, que fue la base del proyecto de declaración de reforma que se presentó en el Congreso, y que fue aprobado sin modificaciones. El proyecto incluía el “núcleo de coincidencias básicas” que establecía el articulado de los asuntos más sustanciales de la reforma, y debía ser aceptado o rechazado en su totalidad en la Convención Constituyente. Este “núcleo” se encontraba garantizado por “cláusula cerrojo” que establecía que toda modificación que realizara la Convención sobre las “coincidencias” sería nula.

(Convención Nacional Constituyente, 1994b, p. 2630). Y para desarrollar esta práctica interpretativa resulta fundamental “conocer la intención del legislador, en este caso de los señores convencionales constituyentes y particularmente de nuestro bloque” (Convención Nacional Constituyente, 1994b, p. 2630). Es por esta razón que Alfonsín intentó delimitar la voluntad de la UCR con esta fórmula interpretativa genérica:

toda norma que pueda implicar alguna limitación a la independencia del Poder Judicial, a la independencia e imparcialidad de la composición del Consejo de la Magistratura y de la independencia y de las facultades de la Auditoría General de la Nación, aunque no contradiga el texto que sancionamos, debe considerarse que vulnera el espíritu de la Constitución y contradice la intención del constituyente. Por el contrario, las facultades del Congreso en el control del gobierno deben interpretarse ampliamente (Convención Nacional Constituyente, 1994, p. 2631).

Tenemos un documento de convencionales constituyentes en el que se plantea la necesidad de despolitizar el proceso de selección y remoción de juezas y jueces, pero en los debates de la convención tal necesidad no se expresa —o al menos no de ese modo—. Entonces, ¿debemos tener en cuenta el documento o los debates? La respuesta no es sencilla, y da cuenta de los inconvenientes e incertidumbres que presenta el originalismo de la voluntad, incluso cuando su pretensión es la contraria: dar certezas sobre la interpretación constitucional. No es mi intención enfocarme en el originalismo, sino sembrar dudas sobre la pretensión de despolitización como justificación de la existencia del Consejo de la Magistratura, y no solo por estos problemas del originalismo sino porque me resulta conflictiva la idea misma de despolitización. Me incomoda emplear el concepto de politización en términos peyorativos, porque creo que los procesos emancipatorios necesitan no de menos sino de más politización. Y porque este gesto “antipolítico”, a menudo, no se traduce en procesos emancipatorios sino en lógicas reaccionarias, o de mera administración y gestión de lo existente. Tampoco me parece apropiado sustituir la idea de politización por partidización —también con un uso peyorativo—, puesto que los partidos políticos, incluso con las transformaciones (o crisis) actuales, son un modo de organizar y conformar las identidades colectivas que son constituyentes de lo político. A la luz de estas incomodidades, me pregunto: ¿Cuál es el sentido de “despolitización” cuando aludimos a deficiencias de los procesos de

selección y remoción de personas magistradas? ¿Tenemos disponibles otros conceptos más precisos? Creo que sí.

Para desentrañar el significado de un significante podemos identificar el plano de la semántica —el significado de las palabras—, de la sintaxis —el modo en que el orden de las palabras impacta sobre su significado— y la pragmática —las modalidades en que son usadas las palabras—. A partir del giro lingüístico, la semántica se define por la pragmática: el significado de un significante está configurado no por su semántica o su sintaxis, sino por su uso. Cuando se lee, incluso con los problemas del originalismo, que el objetivo de incluir al Consejo de la Magistratura fue despolitizar el proceso de selección y remoción de personas juezas, entiendo que se usa despolitizar para aludir a la supresión de la discrecionalidad, y para remediar la falta de parámetros claros, precisos y estables para elegir y destituir a personas magistradas. De hecho, y para acudir a un gesto originalista, sospecho que la supresión de la discrecionalidad se asemeja a la pretensión de imparcialidad puesta de relieve por Alfonsín en su discurso de cierre de la Convención. Si esto es así, me parece más adecuado usar discrecionalidad en lugar de politización. Es un concepto más preciso, que se usa para aludir a un elenco más acotado y delimitado de fenómenos, y nos focaliza en los asuntos más neurálgicos del proceso de selección y remoción de juezas y jueces. En lo que aquí me interesa, nos sitúa frente a la pregunta sobre el modo de delimitar y alcanzar un proceso de selección sujeto a criterios claros y estables, y no a manos que muevan una rosca.

V. El proceso de selección de personas juezas

En una democracia representativa los mecanismos de selección de autoridades políticas merecen especial atención. Si bien estamos acostumbrados a apelar a la democracia representativa, la adjetivación representativa es cuanto menos problemática para la democracia. En la democracia ateniense del siglo V a.C., más allá del ámbito de deliberación y decisión de la Asamblea, el dispositivo para ocupar los espacios de toma de decisión y de gestión era el sorteo. ¿Por qué? Por un fuerte compromiso con la igualdad y la alternancia entre los ciudadanos —categoría que excluía a las mujeres, metecos, extranjeros, y esclavos—. Entre los ciudadanos el sorteo garantizaba el principio igualitario según el cual cualquiera puede gobernar (Rancière, 2005, pp. 47-48), y por ello la democracia más que el gobierno de la mayoría representaba el gobierno de cualquiera (Rancière, 2010, p. 55). Además, el sorteo

garantizaba el principio —también con raíces igualitarias— de la alternancia y la rotación en el cargo (Manin, 2006, p. 42).

Frente a la tradición democrática apoyada en el dispositivo del sorteo, el diseño del sistema representativo estuvo anclado en un dispositivo diferente, ajeno a la democracia: la elección. Las revoluciones de los siglos XVII y XVIII se fundaron en el principio del consentimiento, sus diseños institucionales no se justificaron a la luz de la igualdad o la alternancia propias de la democracia, y ni siquiera tuvieron en cuenta —ni para rechazarlo— el sorteo (Manin, 2006, p. 110). Lejos de la tradición igualitaria propia de la democracia, quienes teorizaron y contribuyeron a diseñar las instituciones representativas entendían que “los representantes electos debían sobresalir respecto de la mayoría de sus electores en cuanto a riqueza, talento y virtud” (Manin, 2006, p. 119). Originariamente, la elección de representantes fue concebida como una herramienta aristocrática y no igualitaria, pero ese origen se tensionó, en términos democráticos, hacia fines del siglo XIX y principios del siglo XX con la universalización del sufragio y la supresión de requisitos para acceder a cargos públicos. Con estas modificaciones, la matriz aristocrática y no igualitaria de la elección se combinó con la igualdad de voz y voto para elegir, y con la igualdad de poder de cada persona para no reelegir a quienes fueron electos. Con estas transformaciones, las elecciones pasaron a ser “*simultánea* e indisolublemente igualitarias y no igualitarias, aristocráticas y democráticas” (Manin, 2006, p. 185).

Esta ambivalencia democrática y no democrática, igualitaria y no igualitaria, que es propia del sistema representativo, no se encuentra en el Poder Judicial, que no es elegido mediante sufragio universal, y sus cargos son vitalicios. Es por esta razón que sus procesos de selección merecen ser observados con especial atención.

En los términos de la Constitución de 1853, las personas juezas de la CSJN eran elegidas por la presidencia de la Nación con el acuerdo de la mayoría simple del Senado (art. 86, inc. 5). Este mecanismo se mantuvo con la reforma de 1860 (art. 86, inc. 5), con las leves reformas de 1866 y 1898, y con la potente reforma de 1949 (art. 83, inc. 5). En el marco de la dictadura militar del período 1955-1958, la Constitución fue anulada por una proclama dictada el 27 de abril de 1956, firmada por Pedro Eugenio Aramburu, que además restituyó la validez de la Constitución de 1853 con las reformas de 1860, 1866 y 1898. En 1957, todavía dentro de un gobierno dictatorial, una Convención Constituyente reformadora agregó el artículo 14 *bis*, incluyó la facultad del Congreso de dictar el Código de Trabajo y Seguridad Social, y luego

perdió el quórum para sesionar, manteniendo el sistema de elección de personas juezas. Finalmente, la reforma de 1994 incluyó las siguientes novedades: 1) las personas juezas de la CSJN son elegidas por el Poder Ejecutivo con el acuerdo de dos tercios de las personas presentes del Senado, en una sesión pública; 2) las personas juezas inferiores a la Corte son elegidas por el Poder Ejecutivo con el acuerdo del Senado, con la mayoría de las presentes, sobre la base de una terna vinculante que el Consejo de la Magistratura debe elevar al Poder Ejecutivo. La terna surge de un proceso de selección que incluye un concurso de oposición, antecedentes y una entrevista con las personas postulantes. Finalmente, el Decreto 222/2003, dictado el 19 de junio de 2003 por Néstor Kirchner, estableció un procedimiento previo al envío al Senado de los pliegos para integrar la CSJN, y el Reglamento de la Cámara de Senadores regula las audiencias públicas que deben celebrarse en la Comisión de Acuerdos como paso previo para dictaminar y elevar los pliegos al pleno de la Cámara.

A. Los sesgos favorables a las personas judiciales en el proceso de selección

De acuerdo con la ley que regula el funcionamiento del Consejo, la aprobación de los concursos y la elevación de las ternas la define el plenario del Consejo con dos tercios de los miembros presentes (art. 13, inc. c de la Ley N 24.937 y modificatorias). Sin embargo, los aspectos sustanciales del proceso de selección no se encuentran regulados en la Ley sino en el Reglamento de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes para la Designación de Magistrados del Poder Judicial de la Nación, aprobado mediante la resolución del Consejo N° 7/2014⁵.

Antes de revisar críticamente algunos aspectos del Reglamento, es importante poner de relieve que el Reglamento es un problema en sí mismo. ¿Por qué? Porque el proceso de selección, y fundamentalmente los puntajes de cada una de las instancias de evaluación, no se definen en el ámbito del Congreso, que tiene la legitimación de la elección popular, sino que queda regulado por las lógicas corporativas del Consejo. En términos constitucionales no existe ningún obstáculo para que el Congreso defina con precisión el procedimiento, ni defina los puntajes. De hecho, la Constitución establece que el funcionamiento del Consejo debe establecerse por Ley, y si bien es esperable que cuente con un reglamento interno, cuestan encontrar razones que fundamenten que es preferible que sea el Consejo corporativo, y no el

⁵ Esta resolución fue modificada por las siguientes: 95/15, 412/16, 235/18, 269/19, 266/19, 289/19, 291/19, 73/20, 171/20, 186/20, y 210/20.

Congreso representativo, el que establezca los criterios de selección. En este sentido, a nivel subnacional, en las provincias de Córdoba, Corrientes, La Pampa, Mendoza, Neuquén, Río Negro, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tucumán han sido las Legislaturas, y no los Consejos, las que han definido las características y puntajes de las instancias de evaluación.

El Consejo elabora la terna tras un proceso que incluye un concurso de oposición, antecedentes y una entrevista. La prueba de oposición consiste en la proyección de una resolución o sentencia sobre un caso hipotético confeccionado por un jurado. Este formato tiene un sesgo favorable a quienes forman parte de la estructura judicial porque plasma en el examen una práctica que les resulta cotidiana, y representa una dificultad para quienes tienen otras trayectorias profesionales. Además, en la evaluación escrita hay aspectos que quedan fuera: gestión judicial y habilidades para procesos orales, entre otros. Incorporar parte de estos aspectos implicaría abandonar el anonimato, o incluso apelar a otros formatos de evaluación, pero sin mayores dificultades la estructura escrita podría incluir otros aspectos.

En mayor o en menor medida, las personas juezas resuelven casos que están atravesados por desigualdades de redistribución, reconocimiento y representación (Fraser, 2008), y uno de los dispositivos —no el único, ni el más eficiente— para evitar que las decisiones judiciales reproduzcan estas desigualdades es que las personas juezas cuenten con elementos conceptuales para detectar las desigualdades, algo que debería ser evaluado en los exámenes. Hace algunos años el Laboratorio de Estudios sobre Administración Judicial de la UNPAZ revisó el temario de los concursos publicados entre octubre de 2010 y octubre de 2018, y de 144 temarios solo 10 incluyeron asuntos sobre desigualdades por redistribución o reconocimiento (Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial, 2019). Sobre las desigualdades de géneros, en reformas de 2019 y 2020, el Consejo incorporó como requisito para la inscripción a concursos tener aprobado un curso sobre perspectiva de género (arts. 7 y 11 del Reglamento), y que los casos permitan “evaluar la perspectiva de género” (art. 31 del Reglamento). Estos cambios representan un avance, pero muy limitado. Por una parte, siguen sin revisarse aspectos de injusticias por redistribución y representación, y por otra, el parámetro de “evaluar con perspectiva de género” resulta impreciso: ¿tenemos criterios estables para delimitar lo que ello significa? ¿Cómo impacta su uso, o su ausencia, en la calificación del examen?

Para resolver algunas de las falencias enumeradas, a la proyección de la resolución, el examen podría agregar preguntas conceptuales sobre asuntos vinculados a las desigualdades

por redistribución, reconocimiento y representación en clave jurídica, pero también filosófica, económica, histórica o sociodemográfica. Además, añadir estas variables morigeraría el sesgo favorable hacia las personas judiciales que tiene el examen práctico.

B. La discrecionalidad y la antigüedad en la evaluación de antecedentes

El artículo 35 del Reglamento de Concursos regula la calificación de antecedentes, con diversos puntajes de acuerdo con los cargos a concursar. De todas maneras, para todos los cargos los antecedentes deben ser calificados sobre cien puntos, distinguiendo entre: 1) antecedentes profesionales, que cubren hasta setenta; 2) antecedentes académicos, que alcanzan treinta.

Dentro de los antecedentes profesionales se reconocen: a) trayectoria, hasta treinta puntos; b) especialidad, hasta cuarenta puntos. Los antecedentes en el Poder Judicial o en el Ministerio Público se califican en función del cargo desempeñado y la antigüedad. Otros antecedentes laborales se califican en función de la antigüedad, sin importar el cargo, y tienen menos puntaje que los antecedentes en el Poder Judicial o el Ministerio Público. Por ejemplo, para un cargo de primera instancia, a partir del quinto año, una persona secretaria de Primera Instancia suma 2,5 puntos por año, mientras que una investigadora del CONICET suma dos.

Los treinta puntos que acreditan los antecedentes académicos se distribuyen en: a) publicaciones, hasta diez puntos; b) docencia, hasta diez puntos⁶; c) posgrados, hasta diez puntos.

El sistema asigna un 70% del puntaje a la antigüedad —dividida en trayectoria y especialidad—. ¿Es esto un problema? Sí, porque no hay razones para que el simple paso del tiempo se transforme en un mérito. En estructuras como el Poder Judicial o el Ministerio Público, y en la abogacía litigante, no existen mecanismos eficaces de rendición de cuentas; no hay evaluaciones periódicas, control de gestión y los colegios de la abogacía se preocupan más por cobrar las matrículas y cuidar las incumbencias de las personas matriculadas que por realizar un control del ejercicio profesional. No contamos con criterios para identificar si la antigüedad da cuenta de un trabajo meritorio, y en el Poder Judicial de la Nación —en el Ministerio Público es distinto— tampoco hay mecanismos de evaluación para el ingreso y los ascensos. La extraordinaria relevancia de la antigüedad tiene como contrapartida que la

⁶ Erróneamente se incluyen en este apartado —con un máximo de dos puntos— las presentaciones en Congresos.

formación profesional y los antecedentes académicos se encuentran subvaluados —treinta sobre cien puntos—, y que otros antecedentes, como el ejercicio del litigio en patrocinios jurídicos gratuitos o la participación en proyectos de extensión o vinculación universitaria, ni siquiera cuentan.

Además del excesivo puntaje que cobra el paso del tiempo, la evaluación de antecedentes habilita que las y los consejeros utilicen su discreción. Esto sucede en la categoría de especialidad, en la que hay que definir la antigüedad laboral en relación con el fuero a concursar. Algo similar se presenta en la evaluación de antecedentes académicos: en los posgrados —salvo los dos puntos del doctorado— no queda claro el valor de maestrías, especializaciones y diplomaturas⁷, mientras que en las publicaciones no es preciso el sistema de asignación de puntajes cuando hay coautorías, compilaciones, etc. Esta discrecionalidad podría suprimirse con un sistema tabulado de asignación de puntajes, que detalle de manera precisa el valor de cada tipo de publicación, cada tipo de posgrado, cada cargo docente, etc. Además, podrían establecerse mecanismos de evaluación de antecedentes no para cada concurso sino una vez por año, y con validez hasta la próxima evaluación.

C. La discrecionalidad en entrevista personal y la conformación de las ternas

Corregida la prueba de oposición y finalizada la calificación de antecedentes, la Comisión de Selección y Escuela Judicial debe realizar un primer orden de mérito y convocar para una entrevista personal, como mínimo, a las personas postulantes que se ubiquen en los primeros seis lugares. Si no hay mujeres, se deben sumar dos, siempre que hayan obtenido las calificaciones mínimas. Finalizada la entrevista, la Comisión debe aprobar la terna, con un orden de prelación. El resultado de la entrevista no otorga puntaje, pero imprime una discrecionalidad dramática: puede cambiar, sin límites ni criterios, el orden de mérito provisorio. En este sentido, sobre 45 dictámenes emitidos entre enero de 2013 y diciembre de 2016 por la Comisión de Selección y Escuela Judicial, en treinta y uno de ellos, es decir en el 68,8% de los casos, se modificó el orden luego de la entrevista (Benente, 2019).

Esta enorme discrecionalidad en el proceso de selección se reitera, aunque con matices, a nivel subnacional. Tal como se observa en el cuadro 2, solamente las provincias de

⁷ Además, se asignan hasta dos puntos para las capacitaciones en temáticas de géneros, pero no se aclara qué tipo de capacitación (duración, ámbito, etc.) y erróneamente se incluye a la brindada en el marco de la Ley Micaela como un posgrado.

Chaco y Formosa carecen de entrevistas discrecionales en el proceso de selección. Mendoza tampoco tiene entrevista, pero incorpora una instancia discrecional posterior a los exámenes, en la cual sobre diez puntos cuatro se asignan por antecedentes y seis de modo libre por el Consejo.

Por su parte, si a nivel nacional la entrevista permite cambiar discrecionalmente el orden de mérito, a nivel subnacional la regla es que las entrevistas asignan un puntaje. A primera vista esta alternativa parece menos discrecional que la posibilidad de modificar, sin limitaciones, el orden de mérito provisorio. Sin embargo, en buena parte de las jurisdicciones, el puntaje de la entrevista representa un porcentaje alto del total, lo que la vuelve un dispositivo para modificar casi sin límites los órdenes de mérito resultantes de las instancias anónimas o estandarizadas de evaluación.

Cuadro 2. Proceso de selección. Entrevista y otros aspectos discrecionales

| Provincia | Norma que regula puntajes de evaluación. | Entrevista | Puntaje entrevista sobre total | ¿La entrevista permite modificar el orden de mérito? | Otras discrecionalidades |
|--------------|--|------------|---|--|--|
| Buenos Aires | Resolución Consejo | Sí | 33,3 (25% cuando se reactive el examen oral) | - | La terna no se forma con los 3 mejores puntajes, sino que se elige entre los 12 mejores. |
| Catamarca | Decreto | Sí | 30% | - | - |
| Chaco | No hay puntajes definidos por instancias | No | - | - | - |
| Chubut | Resolución Consejo | Sí | No hay puntaje de entrevista. Tampoco del examen escrito y oral | - | Para la conformación de la terna el orden de mérito es irrelevante. |
| CABA | Resolución Consejo | Sí | 20% | - | No queda claro cómo el orden de mérito provisorio se transforma en definitivo. |
| Córdoba | Ley | Sí | 40% | - | - |
| Corrientes | Ley | Sí | 20% | - | - |
| Entre Ríos | Resolución Consejo | Sí | 20% | - | - |
| Formosa | Resolución Consejo | No | - | - | - |
| Jujuy | Sin Consejo en funcionamiento | - | - | - | - |

| Provincia | Norma que regula puntajes de evaluación. | Entrevista | Puntaje entrevista sobre total | ¿La entrevista permite modificar el orden de mérito? | Otras discrecionalidades |
|---|--|------------|--|--|--|
| La Pampa | Ley | Sí | 40% | - | - |
| La Rioja | Resolución Consejo | Sí | 38% | - | El plenario del Consejo puede revisar de oficio las calificaciones de la prueba de oposición y evaluación de antecedentes. |
| Mendoza | Ley | No | - | - | Las personas aprobadas en los exámenes son sometidas a una evaluación que asigna 10 puntos: 4 de antecedentes, 6 a discreción del Consejo. |
| Misiones | Reglamento | Sí | 13,85% | - | No surge con claridad que la terna deba respetar el orden de mérito |
| Neuquén | Ley | Sí | 20% | - | - |
| Río Negro | Ley | Sí | 40% | - | Puede declararse desierto el concurso. Cuando la diferencia de puntaje sea "mínima" en lugar de 3 se pueden proponer hasta 5 postulantes. |
| Salta | Ley y Resolución Consejo | Sí | 25% | - | - |
| San Juan | Ley | Sí | 50% | . | No surge con claridad que la terna deba respetar el orden de mérito |
| San Luis | Ley | Sí | No hay puntajes | No hay orden de mérito | Una comisión evaluadora califica como recomendable o no recomendable, pero el Consejo puede apartarse. |
| Santa Cruz | Resolución Consejo | Sí | El examen suma 200 puntos, la entrevista 100. Los antecedentes no tienen tope de puntaje y no es posible calcular el porcentaje. | - | |
| Santa Fe | Decreto | Sí | No hay puntajes | No hay orden de mérito | Finalizadas las tres instancias de evaluación no hay resultado numérico. No queda claro cómo se conforma el orden de mérito. |
| Santiago del Estero | Ley | Sí | 25% | - | - |
| Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur | Resolución Consejo | Si | No hay puntajes | No hay orden de mérito | Las instancias de evaluación se "aprueban" mediante votación |
| Tucumán | Ley | Sí | 10% | - | - |

Fuente: Elaboración propia.

D. Listas múltiples

A los sesgos favorables a las personas judiciales, al peso exorbitante de la antigüedad en los antecedentes, a la leve discrecionalidad en este examen, y a la vergonzosa discrecionalidad y arbitrariedad de la entrevista, debemos sumar otro elemento preocupante: en caso de que exista más de una vacante para el mismo cargo, sede y especialidad, la Comisión de Selección puede tramitar concursos múltiples, en cuyo caso las ternas deben incluir tres personas distintas para cada cargo (art. 13 A.1 de la Ley N 24.937 y modificatorias). ¿Cuál es el problema de este mecanismo? Por ejemplo, para un concurso con siete cargos, las personas que salieron primera y segunda pueden no ser nombradas porque el Poder Ejecutivo se decide por la tercera persona de la terna, a la vez que quienes quedaron décimo octava y vigésima primera pueden obtener su nombramiento. Resolver este problema no supone eliminar los concursos múltiples, sino establecer un envío de ternas con eliminación escalonada, de modo que ante un envío de pliego al Senado no queden descartadas las otras dos personas de la terna, sino que esta se integre por la siguiente del orden de mérito. De esta manera, tal vez quienes resultaron segunda y tercera tampoco accedan a la magistratura, pero tampoco quienes quedaron décimo octava y vigésimo primera.

VI. Discrecionalidad, “rosca” y demoras en la cobertura de vacantes

Que el proceso de selección cuente con amplios márgenes de discrecionalidad no solamente corroe la idea misma de un concurso de antecedentes y oposición, sino que genera otras consecuencias nocivas. Por una parte, incentiva los vínculos promiscuos entre integrantes de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial y de los Colegios de Abogados. Y eso explica que para acceder a la magistratura los incentivos no estén en la formación o el trabajo prolijo dentro del Poder Judicial, sino en ir al “fulbito” —tal como se conoce en la jerga— organizado por los Colegios, a los asados y cócteles donde se asiste para “conocer gente”, y en conseguir alguna reunión con consejeros y consejeras.

Si la “rosca” define varios puntitos en la evaluación de antecedentes, y es definitoria en la entrevista, las personas concursantes tienen altos incentivos para vincularse con las manos que giran esa rosca. Por otra parte, para alcanzar consensos la rosca necesita de tiempo, que impacta negativamente en las coberturas de vacantes. De acuerdo con información del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de abril de 2024, en los juzgados

y tribunales federales hay un 24,3% de vacancias, mientras que en los nacionales, un 30,6% (Ministerio de Justicia, 2024).

Aunque no contamos con la información de la duración de esas vacancias, vale la pena destacar que de acuerdo con el artículo 13.c de la Ley 24.937 (y sus modificatorias) y el Reglamento de Concursos, desde el llamado al concurso hasta la conformación de la terna no deberían pasar más 165 días hábiles, lo que equivale a alrededor de 210 días corridos. Sin embargo, si tomamos el período que se extiende del 5/12/2001 al 28/4/2018, de un total de 771 designaciones, de 671 se puede reconstruir el trazado que va desde la convocatoria a concurso hasta la remisión de la terna, y el plazo promedio fue de 667 días corridos (Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial, 2019). Es muy difícil identificar las razones por las cuales lleva casi dos años conformar una terna, pero la constante rosca para definir algunos puntos de la evaluación de antecedentes y el resultado de la entrevista no solamente impacta negativamente en la salud de las personas “rosqueras” —por excesos de café y asado— y en el funcionamiento del Poder Judicial, sino también en la demora en la cobertura de vacantes.

VII. El Consejo a 30 años de la reforma. Corporativismo, discrecionalidad, rosca y un examen

A treinta años de la reforma constitucional tenemos un proceso de selección de personas juezas que combina sesgos favorables a las personas que ya pertenecen a la estructura judicial o del Ministerio Público, con prácticas discrecionales de un Consejo de la Magistratura de tinte corporativo. Este proceso de selección, aunque tiene algunos parámetros generales establecidos en la Ley, está fundamentalmente diseñado por el propio Consejo de la Magistratura: personas consejeras, designadas en buena parte mediante mecanismos sin legitimidad democrática ni técnica, han producido y reproducido el proceso que he reseñado aquí críticamente. ¿Es esperable que revisen sus prácticas? ¿Tienen incentivos para ello? Creo que algunos rasgos de la evaluación escrita, como la inclusión de determinados contenidos a evaluar, y ciertos aspectos de la evaluación de antecedentes, son susceptibles de ser modificados. Sin embargo, resulta inesperable que las propias personas consejeras reduzcan sus márgenes de discrecionalidad: su acumulación de poder se construye y se mantiene gracias a una red de vínculos interpersonales habilitados y garantizados por esos márgenes de discrecionalidad. La construcción de poder de las personas consejeras depende, al menos en

parte, de recibir aspirantes a la magistratura en sus despachos y prometerles “hacer todo lo posible” para acceder a la terna, de ser invitadas a cenas anuales de colegios de magistrados y abogados, y un tan extenso como patético listado de etcéteras que no solo no contribuyen a mejorar el Poder Judicial, sino que lo empeoran. Con un mecanismo de concursos menos discrecional, y con parámetros más claros y estables, las personas consejeras reducirían ostensiblemente su acumulación de poder, y es difícil pensar que renuncien voluntariamente a ello.

Frente a este escenario, ¿es esperable que el Congreso Nacional asuma las funciones de regular el proceso de selección, de establecer los puntajes de las instancias de evaluación, y de suprimir la discrecionalidad del Consejo? En términos democráticos sería lo deseable, pero no encuentro mayores incentivos para esperar algo así. Una parte del Consejo está integrado por miembros del Congreso, así que allí hay un incentivo negativo para aminorar los márgenes de discrecionalidad. Además, una transformación del Consejo en estos términos implicaría entrar en tensión con las corporaciones judiciales y de la abogacía, y las primeras cuentan con poder de fuego: pueden declarar inconstitucional parte de las regulaciones, desarrollar una ofensiva contra el espacio político que las impulsa, declarando inconstitucional otras normas más sensibles para sus planes de gobierno, o impulsando injustificadas causas judiciales contra personas funcionarias. Dicho de otro modo, las fuerzas políticas que intenten llevar adelante esta transformación tienen muchos incentivos negativos, que difícilmente puedan compensarse con un potente apoyo popular y electoral sobre asuntos institucionales que se vivencian como muy distantes de los asuntos cotidianos.

A la vista de este panorama, ¿cómo estamos en comparación con la situación previa a la puesta en funcionamiento del Consejo de la Magistratura? En términos democráticos, creo que mucho peor, porque antes de la reforma de 1994 la discrecionalidad se situaba en órganos elegidos mediante elecciones universales —Senado y Poder Ejecutivo—, mientras que ahora contamos con la intervención previa de un Consejo del que participan corporaciones sin ninguna legitimidad democrática. En términos de requisitos técnicos para el acceso a la magistratura creo que estamos algo mejor: con todos sus problemas, el Consejo garantiza que quien accede a la magistratura aprobó un examen. De esa rosca que se mueve con manos corporativas lo único que puede rescatarse, a treinta años, es la existencia de un examen.

Referencias bibliográficas

- Alasino, Augusto y Alfonsín, Raúl (1995). Expediente 873. En *Obra de la Convención Nacional Constituyente*, tomo II. Buenos Aires: Centro de Estudios Constitucionales y Políticos- Ministerio de Justicia de la Nación.
- Benente, Mauro (2022). El Consejo de la Magistratura y un fallo que falla. *Jurisprudencia Argentina*, 2022-I (11), 1-5.
- Benente, Mauro (2019). Selección y disciplina de jueces y juezas. En M. Benente (comp.), *Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994*. José C. Paz: Edunpaz.
- Berger, Raoul (1977). *Government by Judiciary*. Cambridge: Harvard University Press.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] (1986). “Juan Bautista Sejean c/ Ana María Zaks de Sejean”, *Fallos*: 308:2268.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] (2013). “Rizzo, Jorge Gabriel s/ acción de amparo c. Poder Ejecutivo Nacional,” *Fallos*: 336:760.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] (2021). “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ E.N. y otros s/ proceso de conocimiento,” *Fallos*: 344:3636.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] (2023). *Estadísticas del año 2023*. <https://www.csjn.gov.ar/transparencia/datos-estadisticos/sentencias/2023>.
- Convención Nacional Constituyente (1994). *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*. Buenos Aires: Congreso de la Nación.
- Dworkin, Ronald (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- Fraser, Nancy (2008). Remarcar la justicia en un mundo de globalización. En *Escalas de justicia*. Barcelona: Herder.
- García Mansilla, Manuel José y Ramírez Calvo, Ricardo (2022). Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de leyes derogatorias. En Gelli, M. A. (dir.), *Suplemento Constitucional N° 2* (pp. 27-57). Thomson Reuters La Ley.
- Guastini, Roberto (1999). *Distinguiendo*. Barcelona: Gedisa.
- Guastini, Roberto (2006). *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial (2019). *Elección de Jueces y Juezas. Demoras y (falta de) criterios*. José C. Paz: Edunpaz.
- Manin, Bernard (2006). *Los principios del gobierno representativo*. Madrid: Alianza.
- Ministerio de Justicia (2024). *Magistrados de la Justicia Federal y Nacional*. <http://datos.jus.gob.ar/ro/dataset/magistrados-justicia-federal-y-de-la-justicia-nacional/archivo/2fe29df6-9562-4933-a8ff-da9aac21bc6d>
- Puga, Mariela Gladys, y Ardoy, Leandro A. (2023). El fallo sobre el Consejo de la Magistratura. Aciertos y debilidades en la decisión de la Corte Suprema. *Revista Jurídica Austral*, 4(1), 207-248.
- Rancière, Jacques (2005). *La haine de la démocratie*. París: La fabrique éditions.
- Rancière, Jacques (2010). ¿Sociedad del espectáculo o sociedad del cartel? En J. Rancière, *Momentos políticos*. Buenos Aires: Capital intelectual.

Real Academia Española [RAE] (2023). *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.7 en línea]. <https://dle.rae.es>