

# El juez en el sistema republicano



DR. MAXIMILIANO TORICELLI  
Doctor en Derecho U.N.L.  
Profesor de Derecho Constitucional  
en la Facultad de Derecho de la U.N.R.  
y en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
de la P.U.C.A.

## 1. Introducción

Uno de los aspectos que siempre ha generado controversias doctrinarias es la falta de periodicidad del cargo del juez en el régimen republicano.

Dentro de los tres poderes del Estado, el único cargo permanente es precisamente el del juez, y por ello muchas veces se ha propuesto que los magistrados duren un tiempo determinado e incluso que sean elegidos por voto popular.

A nuestro modo de ver, esta consideración parte de un error, de considerar que un régimen es más democrático o más republicano cuanto más se vota.

La democracia es una forma de Estado (porque abarca la relación del elemento poder sobre la población) que permite la participación ciudadana en la toma de decisiones, y que requiere como elementos indispensables para su configuración el reconocimiento de libertades y el respeto por las diferencias. No todos los regímenes así llamados son igualmente democráticos.

Mientras mayor sea el nexo de derechos y tolerancia, habrá mejores posibilidades de participación comunitaria.

En cuanto a la palabra «república», si bien suele tener una significación vulgar semejante a la de «democracia», existe entre

ambas una distinción entre género y especie<sup>1</sup>, dado que la democracia puede tener variantes monárquicas (cuando el ser jefe de Estado es hereditario, como en España, Gran Bretaña y Holanda) o republicana (cuando surge de la elección popular, sea directa o indirectamente, como en los Estados Unidos de América, Francia o Italia).

En definitiva, la República es sólo una de las modalidades de la Democracia, que se caracteriza precisamente por la periodicidad de la función del Jefe de Estado<sup>2</sup>.

Precisamente la Democracia, y su subespecie la República, tienen mayores posibilidades de realización cuando al juez se le conceden ciertas garantías, y entre ellas, la estabilidad.

La idea de Montesquieu fue asegurar una división de poderes que asegurara al ciudadano contra los desbordes del gobernante y en ese sentido dijo que «*no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Si no está separado del Poder Legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.*

*Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la*

*misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares»<sup>3</sup>.*

A este diseño de división de poderes lo adoptó Estados Unidos de América y fue receptado por nuestra Constitución.

Se reconoció al Judicial como un poder del Estado, independiente de los poderes políticos, que no sólo tiene por misión resolver los conflictos entre particulares, sino que también está a cargo del control de constitucionalidad de toda la actividad estatal, y es el intérprete final de la Carta Magna.

Semejante responsabilidad corresponde a un poder en desventaja con respecto a los demás, por lo que va a requerir un equilibrio especial para asegurar su funcionamiento.

Advertía Hamilton que *«quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentran separados, el Judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El Ejecutivo no sólo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la*

*comunidad. El Legislativo no sólo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El Judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el Tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento»<sup>4</sup>.*

El adecuado funcionamiento del Poder Judicial se estructura desde arriba hacia abajo.

Resultan fundamentales la capacidad, independencia y honestidad de los magistrados, por lo que se vuelve imprescindible un adecuado sistema de selección, junto con el otorgamiento de las garantías necesarias para llevar adelante su cometido.

El cúmulo de las labores que actualmente le toca atender, con una sociedad que reclama de manera más activa el efectivo ejercicio de sus derechos, y que los canaliza por este órgano estatal, exige también que se cuente con colaboradores capacitados y medios técnicos adecuados, que permitan una mayor eficacia en la prestación del servicio.

Por ello también es conveniente que se organicen tribunales suficientes para atender los requerimientos de la pobla-

ción y que se los dote de las herramientas técnicas necesarias para desarrollar su labor.

En nuestro sistema federal existen dos poderes judiciales: el nacional y el provincial (desarrollado en las constituciones respectivas).

La importancia que la Constitución federal le otorga a este poder se patentiza en que no se limita a regular la organización de la justicia nacional y otorgarle las garantías necesarias para desarrollar su cometido, sino que le exige a las provincias que aseguren un poder judicial local, fijando garantías mínimas para asegurar su correcto desempeño.

## 2. El procedimiento de selección de magistrados

La selección de jueces adecuados es sumamente importante para el desarrollo de la actividad en sí.

A diferencia de los restantes poderes del Estado, la función técnica que cumplen los jueces requiere un grado de conocimiento específico que ha hecho que este poder sea reservado exclusivamente a los profesionales del Derecho.

Existen, en el derecho comparado, diversos sistemas de selección de jueces. Con ciertas variantes, los más

comunes son los de elección popular, cooptación y designación por parte de los poderes ejecutivos.

El sistema de elección popular, que no contó con mayores adeptos, se utilizó en algunos Estados de los Estados Unidos de América, así como en ciertos tribunales de la ex Unión Soviética. El principal cuestionamiento pasa por las dificultades del electorado de conocer calidades técnicas y personales de los candidatos a ocupar cargos, lo que dificulta excesivamente la capacidad de elegir al más adecuado. Además, al ser los jueces los garantes de los derechos de las minorías, el dejar sometido a decisión mayoritaria esa protección puede tornarse desaconsejable.

Si los jueces dependieran de los partidos para su postulación, cómo aseguraríamos su independencia, cuando precisamente uno de los cuestionamientos a los parlamentos actuales es su íntima vinculación con el partido gobernante al que pertenecen.

En el sistema de cooptación es el propio Poder Judicial el encargado de designar a sus pares. El inconveniente de esta forma de selección es la ausencia de renovación que suele tener el cuerpo, al existir una clara preferencia en la selección de aquellos candidatos que se encuentran desempeñándose dentro del Órgano, en desmedro de los abogados de la matrícula.

El método de la designación por el Poder Ejecutivo ha sido el utilizado por los Estados Unidos de América y al que nuestra Constitución de 1853 adhirió. Con la reforma de 1994, este sistema sufrió una profunda transformación, dado que si bien sigue siendo el Presidente –con acuerdo del Senado– quien los designa, se encuentra limitado a una terna de candidatos que eleva el Consejo de la Magistratura.

Pero la sola designación es insuficiente para lograr el equilibrio pretendido y por ello se han asegurado a los jueces distintas garantías, con el fin de asegurar su independencia e imparcialidad, tanto colectivas como individuales. Nos centraremos aquí en las dos más importantes, la intangibilidad de las remuneraciones y la estabilidad en el cargo<sup>5</sup>.

### 3. Intangibilidad de las remuneraciones

El art. 110 de la Const. nacional establece que «*los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones*».

Esta garantía tiene como finalidad que los magistrados estén ocupados sólo del dic-

tado de sentencias y en la satisfacción de sus necesidades personales y familiares<sup>6</sup>.

Al comentar una cláusula similar a la existente en nuestra Constitución, los autores de El Federalista exponían que «*ésta es la disposición más aceptable que se habría podido idear. Se comprenderá fácilmente que las fluctuaciones en el valor de la moneda y en la situación de la sociedad hacían inadmisibles el establecer en la Constitución una tasa fija para esta remuneración... Era necesario, por lo tanto, dejar a la prudencia de la legislatura que variara las sumas que hubiera proveído, de acuerdo con los cambios de las circunstancias, pero con restricciones tales que pusieran fuera del alcance de ese Cuerpo el empeorar la situación de los individuos. Así un hombre podría estar seguro de la situación en que se hallare, sin que le desviara del cumplimiento de sus deberes el temor a que se lo colocara en condición menos favorable. La cláusula que se ha citado combina ambas ventajas. Los salarios de los funcionarios judiciales podrán alterarse de tiempo en tiempo, a medida que lo requieran las circunstancias, pero nunca para disminuir los emolumentos a que tiene derecho un juez determinado en la época en que ingresa al servicio. Se observará que la convención ha establecido una diferencia entre remuneración del presidente y la de los jueces. La del primero no puede ser aumentada ni disminuida; la de los segundos no admite disminución*»<sup>7</sup>.

La doctrina de nuestros autores reconoce este principio. Así se dijo que «*la fijación de las remuneraciones judiciales –aparte del tema de su indexación– tiene que atender distintas situaciones: a) posibilidades económicas de una sociedad; b) necesidad de atraer a la judicatura a los mejores abogados, y c) proporcionar a los jueces una vida estable. Bajas remuneraciones producen un plantel judicial generalmente mediocre, cuando no desaprensivo y hasta venal. Por lo demás, un poder judicial poco calificado será, habitualmente genuflexo con relación a quienes lo designan, con el consiguiente peligro para la ciudadanía*»<sup>8</sup>.

En el mismo sentido se expresó que «*tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestro país han sostenido que esta intangibilidad debe ser asegurada preservando el Estado, como mínimo, la retribución pagada a cada magistrado con inmediata posterioridad a la fecha de su juramento, evitando cualquier clase de disminución, ya sea directa, mediante la reducción del monto monetario nominal, ya indirecta, por falta de adecuada actualización de los valores monetarios nominales, en épocas de inflación. En otras palabras, debe mantenerse incólume la cantidad de bienes y servicios que el titular puede adquirir con su remuneración*»<sup>9</sup>.

Desde hace unos años genera controversia el alcance del impuesto a las ganancias sobre el salario de los magistrados

e importantes voces, incluso defensoras de la intangibilidad de las remuneraciones, propugnaron su pago<sup>10</sup>.

Otros autores distinguieron «*según que el impuesto grave al salario (réditos, ingresos brutos, etc.) de aquel cuya materia imponible no se encuentre vinculada directamente a la remuneración (capitales, sellos, transferencia, inmobiliario, automotores, lotería, etcétera). Para el primer supuesto creemos que la prohibición constitucional impide de cualquier modo gravarlo y de esta manera lo ha interpretado la Corte Suprema al señalar que ‘la ley de réditos es violatoria del art. 96 de la Const. nacional, en cuanto impone una contribución sobre el sueldo de los magistrados judiciales de la Nación’. Esta solución se explica por sí misma en la medida en que este tipo de impuestos importa una concreta disminución en la remuneración del magistrado, pero no ocurre lo mismo respecto de aquellos impuestos en que, como señalamos, es otra la materia imponible; y siendo ello así, corresponde que los jueces los paguen del mismo modo que cualquier otro habitante del país*»<sup>11</sup>.

La Corte Suprema se expidió en diversas oportunidades sobre el tema que nos ocupa. En su desarrollo jurisprudencial desechó todo tipo de disminución del salario, sea de manera directa, mediante algún impuesto, o en modo indirecto, debido a los procesos inflacionarios.

Tales por ejemplo los casos «Bonorino Perú», del 15 de noviembre de 1985, donde, integrada por conjueces, resolvió que el proceso inflacionario afectaba la intangibilidad de las remuneraciones<sup>12</sup>.

En la causa «Vilela» entendió que «*la intangibilidad de los sueldos de los jueces es garantía de la independencia del Poder Judicial, de forma que cabe considerarla, juntamente con la inamovilidad, como garantía de funcionamiento de un poder del Estado.*

*La garantía de irreductibilidad de los sueldos está conferida en común al ‘órgano institución’ y al ‘órgano individuo’, no para exclusivo beneficio personal o patrimonial de los magistrados sino para resguardar su función en el equilibrio tripartito de los poderes del Estado, de forma que la vía abierta en esta causa no tiende tanto a defender un derecho de propiedad de los actores como particulares, y a título privado, sino la ya referida garantía de funcionamiento e independencia del Poder Judicial, cuya perturbación la ley suprema ha querido evitar al consagrar rotundamente la incolumidad de las remuneraciones judiciales... Es decir, que otorgando a los jueces una situación jurídica sin duda peculiar –inamovilidad, intangibilidad de la remuneración– se le asegura a la sociedad, al pueblo, la estricta vigencia del Estado de derecho y del sistema republicano de gobierno»<sup>13</sup>.*

Esta doctrina fue posteriormente reiterada en las causas «Bergna»<sup>14</sup>, «Grieben»<sup>15</sup> y «Carbone»<sup>16</sup>.

Por acord. 6, del 13 de febrero de 1996, y con motivo de la sanción del art. 18 de la ley 24.624, que suspendía el pago de montos de escalafón derivados de promociones, ascensos, antigüedad, etc., la Corte Suprema admitió que, si bien esa norma comprendía al Poder Judicial, lo hacía «con la salvedad de que, como es reiterada la doctrina en esta materia, no podrá afectarse la intangibilidad de la remuneración de los magistrados judiciales ni miembros del Ministerio Público, de acuerdo a lo prescripto por los arts. 110 y 120 de la Const. nacional (Fallos, 307-II:2174, entre otros)».

Por muchos años, el Congreso nacional entendió la garantía referida con el alcance dado por la Corte Suprema, por lo que eximió a los jueces, mediante el art. 20 inc p) de la ley 20.628 del Impuesto a las Ganancias. En 1996, dictó la ley 24.631<sup>17</sup>, derogando la exención referida.

Esta norma fue declarada inválida por el tribunal cimero, quien en uso de atribuciones institucionales, y basado en los poderes implícitos, dictó la acord. 20/96, en la cual declaró «la inaplicabilidad del art. 1º de la ley 24.631, en cuanto deroga las exenciones contempladas en el art. 20, incs. p y r, de la ley 20.628, texto ordenado por decr. 450/86, para los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación»<sup>18</sup>.

Es por ello que la AFIP y su antecesora (la DGI) nunca aplicaron la mencionada normativa. No se efectuó descuento alguno ni a magistrados ni a funcionarios judiciales ni del Ministerio Público, tanto provinciales como nacionales<sup>19</sup>.

A criterio del máximo tribunal, en una adecuada interpretación de las normas constitucionales, la intangibilidad de las remuneraciones es una garantía entendida de manera absoluta, que no permite la disminución de los haberes de modo directo –por ningún tipo de impuesto– ni indirecto –por procesos de depreciación monetaria–.

Por ello, los salarios de los magistrados judiciales no pueden ser alterados por el Impuesto a las Ganancias, máxime cuando se vive un proceso inflacionario que afecta esa garantía.

No debe olvidarse, como bien advertían los autores de *El Federalista*, que la garantía procura que el magistrado no sufra disminución alguna de su salario con posterioridad a su ingreso, con lo que la incorporación actual del Impuesto a las Ganancias sobre dicha remuneración afecta de manera inconstitucional la referida garantía.

Este modo de asegurar la independencia debe ser cuidadosamente equilibrado.

Si a los jueces no se les permite ejercer ninguna función remunerada –dado que

se encuentran limitados a la docencia universitaria, la que no suele ser bien paga–, es lógico que como contrapartida el salario sea digno, y no pueda ser disminuido por ninguna causa, ni directa, ni indirectamente.

La prerrogativa alcanza también a los magistrados provinciales y es extensiva no sólo a la remuneración en actividad, sino también en pasividad porque el art. 110 de la Carta Magna es de aplicación ineludible por las provincias, dado que constituye una garantía mínima del sistema republicano (se encuentra consagrada en beneficio no sólo del magistrado sino, fundamentalmente, de la sociedad), y –por imperio del art. 5º de la Const. nacional– las provincias deben respetarlo<sup>20</sup>. Ello no implica desconocer un margen de actuación a las provincias, a fin de reforzar las garantías de independencia.

La Corte Suprema se pronunció a favor del reconocimiento de la aplicación de la garantía de la intangibilidad a los jueces provinciales y abrió el recurso extraordinario presentado por un magistrado contra la sentencia del Superior Tribunal de Río Negro que no había hecho lugar a la actualización de los haberes desfasados por depreciación monetaria, por considerar que ello era una función propia del Poder Legislativo<sup>21</sup>, doctrina reiterada en diversos precedentes<sup>22</sup> y ampliada y precisada en «Scarpati», donde se admitieron mecanismos de actualización mo-

netaria más favorables que los aplicados en el orden federal<sup>23</sup>.

Esta doctrina la hizo extensible a los magistrados en pasividad, aun cuando admitió cierta disminución en los ingresos con motivo del pase a retiro (p.ej., el 85% del salario en actividad), entre otros en los precedentes «Piccirilli»<sup>24</sup>, «Fernández Prego»<sup>25</sup>, «Fabris»<sup>26</sup>, «Argüello Varela»<sup>27</sup>.

En definitiva, la intangibilidad de las remuneraciones abarca tanto los salarios que perciben los magistrados judiciales en actividad como los haberes que, a consecuencia de ello, revisten en condición de pasividad.

#### 4. Estabilidad

Otro de los pilares sobre los que se asienta la independencia del Poder Judicial es la inamovilidad de los magistrados.

La Constitución nacional establece que los jueces duran en su cargo mientras dure su buena conducta (art. 110). Esta inamovilidad sufrió sus embates en los últimos tiempos, tanto mediante la pretensión de disminuir el alcance de la garantía colocando topes de edad como mediante la designación de jueces subrogantes en vacancias definitivas.

Al comentar una cláusula de la Cons-

titución de Nueva York, que adoptaba como límite de edad del magistrado los 70 años, los autores de *El Federalista* sostenían que «*han de ser muy pocos los que no reprobren esta disposición en la actualidad. No hay empleo con relación al cual resulte menos oportuno que el de los jueces. Las facultades de discurrir y de comparar se conservan intactas bastante después de esa edad en los hombres que le alcanzan, y cuando además de esta circunstancia consideramos que pocos hombres sobreviven a su vigor intelectual y lo improbable que sería el que una proporción importante y más o menos numerosa de la judicatura estuviera simultáneamente en la situación descrita, estaremos dispuestos a convenir en que las limitaciones de En una república donde no abundan las este género son muy poco recomendables. fortunas y las pensiones no son convenientes, el quitar a los hombres de los cargos en que sirvieron a su país larga y fielmente, y de los que depende para su subsistencia, a una edad demasiado avanzada para que puedan buscar alguna otra ocupación que les permita vivir, debe justificarse desde el punto de vista humanitario con algún pretexto más plausible que el derivado del peligro imaginario de una judicatura inhabilitada por la edad*»<sup>28</sup>.

También la Corte Suprema entendió que cuando se dejaba en manos de otros poderes la disposición del cargo judicial, la cláusula que así lo establecía era contra-

ria a los principios constitucionales. En la causa «Iribarren», que versaba sobre el alcance que posee el art. 88 de la Constitución santafesina<sup>29</sup>, sostuvo que «*la trascendencia de tales efectos excede el marco del derecho público local y se proyecta al ámbito de vigencia de la Constitución nacional, pues si bien ésta garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones, el ejercicio de ellas y la elección de sus autoridades, les impone expresamente el deber de asegurar la administración de justicia (art. 50). Proclama su supremacía sobre las constituciones y leyes locales (art. 31) y encomienda a esta Corte su mantenimiento (art. 116). Y es evidente que choca frontalmente con el citado deber la disposición que transforma en precaria la situación de los jueces que arriban a una determinada edad, sin limitación alguna en el tiempo, dejando en manos de los otros poderes provinciales la disposición de sus cargos.*

*Que, ante situaciones como la de autos, en la que se comprueba que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, en el sentido que da al término la ley fundamental, y que constituye uno de los pilares del edificio por ella construido con el fin irrenunciable de afianzar la justicia, la intervención de este tribunal federal no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su fun-*

cionamiento, asegurando el acatamiento de aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución nacional (Fallos, 301:804).

Que es del caso recordar que esta Corte ya señaló: Que la interpretación del pensamiento que informa el art. 5º en cuanto a su contenido real ha sido formulada por Estrada en los siguientes términos: 'la Constitución de los Estados Unidos sólo garantiza una forma republicana de gobierno. La Constitución argentina garantiza dos cosas: una forma republicana de gobierno y el goce y ejercicio efectivo y regular de las instituciones. De suerte que si en Norteamérica solamente está obligado el gobierno federal a amparar a un Estado cuando su forma de gobierno ha sido invertida, en la República Argentina está obligado el gobierno federal a amparar a las provincias cuando la forma republicana ha sido corrompida, es decir cuando ha sido interrumpido el ejercicio regular de las instituciones cuyo goce efectivo ella garantiza. Y es de total evidencia que no puede ser de otro modo, ya que el sistema político adoptado y las garantías proclamadas en un estatuto, cuando no tienen en la práctica efectividad y realización ciertas, lejos de hacer la felicidad del pueblo, lo sumen en la desgracia y en el oprobio' (Fallos, 154:192).

De esta misión del gobierno federal no hay razón para excluir al Poder Judicial,

en la medida en que le quepa ejercer las funciones que las cláusulas constitucionales citadas le atribuyen (Fallos, 310:804, antes mencionado).

Que, con particular hincapié en la cuestión que subyace en el caso; es necesario señalar que la independencia de los jueces hace a la esencia del régimen republicano y su preservación no sólo debe ser proclamada sino respetada por los otros poderes y sentida como una vivencia insustituible por el cuerpo social todo. Al respecto, ha dicho la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica que una justicia libre del control del Ejecutivo y del Legislativo es esencial, si existe el derecho de que los procesos sean resueltos por jueces exentos de la potencial dominación de otras ramas del gobierno ('Unites States v. Will', 449 U.S. 200, 217-218; 1980).

Que, en sentido coincidente, en oportunidad de pronunciarse en materias afines a la que plantea el sub examine, esta Corte Suprema ha sostenido que nuestro sistema constitucional ha sido inspirado en móviles superiores de elevada política institucional con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley.

Tal sistema, se dijo, se ha estructurado sobre un pilar fundamental: la independencia propia del Poder Judicial, requisito necesario para el control que deben ejercer los

jueces sobre los restantes poderes del Estado (Fallos, 310:804, citado; 312:1686, disidencia del juez BELLUSCIO)<sup>30</sup>.

Tenemos, entonces, que la Constitución nacional fija una garantía mínima en cuanto a la estabilidad de los magistrados que no puede ser soslayada por las provincias.

Pese a estas contundentes afirmaciones, el art. 99, inc. 4, de la Const. nacional, en su párr. 2º expresa que «un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de 75 años. Todos los nombramientos de magistrados, cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite».

Este artículo se complementa con la cláusula transitoria undécima que establece que «la caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el art. 99, inc. 4, entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional».

Su redacción presenta varias objeciones.

En primer lugar, establece un sistema que afecta enormemente la independencia de los jueces, al dejar su continuidad en el cargo a las vicisitudes de decisio-



nes políticas, dependiendo de la voluntad del Poder Ejecutivo de turno el enviar o no sus pliegos para nuevo acuerdo.

Hay diversas maneras de garantizar la independencia del Poder Judicial en razón de la estabilidad en el cargo. No todas ellas son igualmente eficaces.

Establecer que el magistrado durará una determinada cantidad de años en su cargo y que luego cesará sin posibilidad de renovación alguna no afecta la independencia del juez, aunque las desventajas que la inestabilidad genera, hacen que dicha fórmula no sea la más aconsejable.

No vulnera la referida garantía de independencia hacer cesar automáticamente a un magistrado cuando alcance una edad determinada, siempre que tenga asegurada la subsistencia en condiciones equivalentes a las que tiene como activo.

Aun cuando este sistema no sea violatorio de la independencia del juez, sí es claramente discriminatorio, dado que no le permite a una persona ocupar el cargo en razón de su edad, sin importar su idoneidad para desempeñarlo.

Sí, en cambio, resultan contrarios a la independencia los mecanismos que dejan en manos de otro Poder –generalmente, el Ejecutivo– el arbitrio para decidir la continuidad o no de los jueces en sus funciones, como ocurre en este caso.

Lo segundo que merece criticarse de la norma es qué sucede cuando el magistrado cumple los 75 años, dado que no surge con claridad si automáticamente pierde su cargo, a menos que lo nombre el Poder Ejecutivo, o si continúa hasta que se designe un nuevo sucesor. La interpretación literal de la norma se inclina por la primera de las opciones expuestas.

Un tercer aspecto que genera controversias es si esta norma es aplicable a los magistrados que ingresaron al Poder Judicial antes de la reforma. Importantes voces se alzaron contra esta posibilidad<sup>31</sup>.

Por último, se discute si la Convención contaba con la habilitación suficiente para introducir este artículo.

El tribunal cimero se pronunció al respecto en la causa «Fayt», declarando la nulidad del párrafo referido. Aunque la cláusula afecta fuertemente la garantía de independencia del Poder Judicial, el argumento de la Corte Suprema se centró en la ausencia de habilitación.

En el consid. 14 sostuvo *«que no puede razonablemente admitirse que, con motivo de la reforma de una cláusula relativa a las atribuciones del Poder Ejecutivo nacional, a saber, la intervención del señor Presidente de la Nación en la designación de los magistrados federales –art. 99, inc. 4, Const. reformada– materia que estaba explícitamente habilitada puesto que el art. 86, inc. 5, del texto*

*anterior, había sido incluido en el art. 2º, inc. a, de la ley 24.309–, la Convención reformadora incorpore una cláusula nítidamente extraña a las atribuciones del Poder Ejecutivo de la Nación, puesto que todo lo concerniente a la inamovilidad de los jueces es inherente a la naturaleza del Poder Judicial de la Nación y configura uno de los principios estructurales del sistema político establecido por los constituyentes de 1853, al punto que es uno de los dos contenidos sobre los que se asienta la independencia de este departamento y que ha sido calificada por el tribunal, antes que de un privilegio en favor de quienes ejercen la magistratura, como una garantía en favor de la totalidad de los habitantes (Fallos, 319:24)»*<sup>32</sup>.

Si bien la solución fue dada a un caso concreto, la norma no tuvo aplicación alguna; ningún magistrado de más de 75 años fue cesado ni sometido a nuevo acuerdo.

La Constitución Nacional, en el art. 110, eligió el mejor sistema de independencia, por cuanto consagra una estabilidad que sólo puede ser dejada sin efecto por el mal desempeño, o la comisión de delitos.

Por ello, el párr. 3º del inc. 4 del art. 99 debe ser suprimido en una futura reforma constitucional.

El derecho a la estabilidad comprende también la prerrogativa del juez de no

ser ascendido ni trasladado sin su consentimiento, a menos que ese traslado sea debido a un cambio de sede del tribunal en el que se desempeña y dentro de un radio razonable<sup>33</sup>.

Un recurso utilizado en la actualidad para vulnerar la garantía de los jueces es la designación como subrogantes, especialmente cuando existen vacancias definitivas.

Este mecanismo se utiliza tanto a nivel nacional como en determinadas provincias, con el agravante en alguna de ellas, como ocurre en Santa Fe, de que el sistema de designación constitucional es por parte del Poder Ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa, por lo que no existe la excusa de tener que efectuar una designación con cierta premura por los tiempos que demora la elección por parte del Consejo de la Magistratura (dado que en el caso referido es sólo un órgano asesor creado por decreto y no un partícipe constitucional necesario).

Incluso, para casos especiales, las leyes también prevén la designación de conjueces que alteran el sistema.

El juez está obligado a no participar en aquellas causas donde pueda verse afectada su imparcialidad<sup>34</sup>, por tener relación con alguna de las partes o un interés particular en el resultado del pleito. Una vez agotado el reemplazo con

magistrados de otro turno o competencia material, se recurre a la designación de una lista de conjueces formada por abogados de la matrícula que reúnan las condiciones para ser miembros de los tribunales que les toca suplir.

Estos conjueces no tienen ninguna de las garantías fundamentales que requiere la Constitución para preservar el adecuado funcionamiento del servicio de justicia, dado que si bien se remunera su labor –en algunos casos, dado que en el orden provincial muchas veces la tienen como carga pública sin contraprestación económica– no gozan ni de las garantías de estabilidad en el cargo ni de las compatibilidades necesarias para lograr un adecuado equilibrio en el desarrollo de su tarea.

Aunque vemos que hay serias dificultades para llenar estas vacancias, especialmente en lugares donde los fueros están conformados por pocos magistrados, se deben buscar soluciones que otorguen mayores garantías a los justiciables, como el de recurrir a magistrados de otras competencias territoriales o a jueces pertenecientes a las justicias provinciales, que cuentan con las garantías que requiere la Constitución.

Pero más controvertido aún es el cubrimiento de vacancias mediante los denominados «jueces subrogantes».

A nivel federal, la ley 25.876 había modificado las atribuciones del Consejo

de la Magistratura, debido a la demora que existía en el llenado de las vacantes definitivas, otorgando a este órgano constitucional la atribución de «*dictar los reglamentos que establezcan el procedimiento y los requisitos para la designación de jueces subrogantes en los casos de licencia o suspensión de su titular y transitorios en los casos de vacancia para los tribunales inferiores*»<sup>35</sup>.

Como consecuencia de esta normativa, el Consejo dictó la res. CM 76/04, reglamentando la mencionada atribución. En este reglamento se otorgaba la facultad de designar subrogantes a las cámaras respectivas, entre una lista de jueces de otra nominación o grado, jueces jubilados, abogados de la matrícula o secretarios, si el reemplazo era por un período de sesenta días o menos; pero si el período era mayor, luego de la designación provisoria, la Cámara debía enviar al Consejo una terna para que analizara los antecedentes y, en su caso, realizara una entrevista, y definiera quién ocuparía la subrogancia.

El sistema fue declarado inconstitucional por varios magistrados, pero atento el caos que la nulidad de las actuaciones así realizadas podía causar, la Corte Suprema emitió la acord. 7/05, mediante la cual decidió mantener la validez de las actuaciones cumplidas por los jueces subrogantes, hasta tanto ella decidiera en definitiva, sin perjuicio de invitar al Poder Ejecutivo y al

Consejo de la Magistratura a que procedieran a llenar las vacancias.

Como resultado de la elevación del expediente «Rosza», el alto tribunal declaró que «el régimen de subrogaciones aprobado por la res. 76/04 del Consejo de la Magistratura, en la medida en que no se adecua a los parámetros constitucionales, en particular, en cuanto autoriza un método de nombramiento circunscripto a la intervención exclusiva de organismos que operan en el ámbito del Poder Judicial (tribunales orales, cámaras nacionales de apelaciones o cámaras federales y, para algunos supuestos, Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura), es inconstitucional».

En su razonamiento expresó «que la Constitución contiene un procedimiento de designación de magistrados en el que resulta necesaria la participación del Consejo de la Magistratura, del Poder Ejecutivo y del Senado de la Nación. Este sistema no excluye la implementación de un régimen de jueces subrogantes para actuar en el supuesto de que se produzca una vacante –y hasta tanto ésta sea cubierta por el sistema constitucional antes descripto– a los efectos de no afectar el derecho de las personas a contar con un tribunal que atienda en tiempo oportuno sus reclamos. Este régimen alternativo y excepcional requiere de la necesaria intervención de los tres órganos mencionados. En tal sentido,

*esta Corte Suprema ha sostenido enfáticamente que resulta indispensable para la designación de los magistrados y el ejercicio de la función judicial, en sintonía con los principios de independencia e inamovilidad de los jueces, la intervención obligatoria del Poder Ejecutivo –después de 1994, debe añadirse, precedida de la selección y emisión de propuestas en ternas vinculantes formuladas por el Consejo de la Magistratura–, con acuerdo del Senado, de conformidad con los preceptos de la Constitución nacional y la forma representativa de Gobierno. De ello se infiere, contrario sensu, que la garantía de independencia del Poder Judicial, requisito necesario para el control que deben ejercer los jueces sobre los restantes Poderes del Estado, se vería gravemente afectada si el sistema de designaciones de subrogantes no ponderara la necesidad y grado de participación de los tres órganos de poder referidos en relación con los fines que se persiguen con la implementación de dicho sistema. Asimismo, cabe señalar que, a los efectos de no vulnerar la mentada independencia, es indispensable que este régimen de contingencia respete los principios y valores que hacen a la naturaleza y esencia del Poder Judicial en un Estado Constitucional de Derecho, adaptándolos a las particularidades de excepción de un mecanismo de suplencias. También resulta imprescindible que la selección de estos magistrados esté presidida de un criterio de razonabilidad».*

Pese a considerar inconstitucional el régimen, su sentencia fue dictada con efectos hacia el futuro. La Corte Suprema decidió «mantener en el ejercicio de sus cargos a quienes han sido designados para ejercer la función jurisdiccional en los tribunales que se encuentran vacantes hasta que cesen las razones que originaron su nombramiento o hasta que sean reemplazados, o ratificados, mediante un procedimiento constitucionalmente válido que deberá dictarse en el plazo máximo de un año»<sup>37</sup>.

Un año después se dictó la ley 26.376, creando el nuevo régimen de subrogancias. Según esta norma, se designa un juez de igual competencia de la misma jurisdicción, teniendo prelación el de la nominación inmediata siguiente en aquellos lugares donde tengan asiento más de un juzgado de igual competencia, o por sorteo, entre la lista de conjuces confeccionada por el Poder Ejecutivo nacional, cada tres años, que contará con acuerdo del Senado. Los integrantes de esa lista deben ser abogados de la matrícula federal que reúnan los requisitos exigidos por la normativa vigente para los cargos que deban desempeñar.

Este sistema tampoco cumple con las pautas fijadas en el precedente «Rosza», dado que en la designación no interviene el Consejo de la Magistratura.

Aun cuando la Corte Suprema ha conva-

lidado la posibilidad de designar jueces subrogantes, la realidad es que estos magistrados no cuentan con uno de los pilares que aseguran la independencia de los jueces, como lo es precisamente la estabilidad.

Un juez que tiene todas las incompatibilidades que establecen los regímenes respectivos, y que dura en el cargo un plazo de un año o menos, es susceptible de ceder a presiones externas para asegurar su continuidad o prepararse para el desempeño de actividades futuras.

Por ello, las subrogancias no encuadran en nuestro régimen constitucional.

Ahora bien, si se han cumplido con todos los requisitos constitucionales (participación, a nivel federal, de los tres órganos -Consejo de la Magistratura, Poder Ejecutivo y Senado-) y la vacancia es definitiva, el juez no puede ser designado en forma transitoria, dado que en tales situaciones, alcanza el estatus de juez bajo todas las garantías que la Constitución le reconoce.

## 5. Consideraciones finales

El rol del juez en el régimen democrático republicano es trascendente, porque es quien efectiviza el nexo de derechos que asegura a los ciudadanos contra los desbordes del gobernante e incluso de las mayorías.

Para que pueda cumplir su rol es necesario que se fije un fuerte régimen de incompatibilidades, y que se le aseguren las garantías para su adecuado funcionamiento, principalmente las de estabilidad en el cargo e intangibilidad de sus remuneraciones.

Si bien existen distintos sistemas de selección, no es admisible un sistema donde se afecten dichas garantías.

Y es indudable que dado la especialidad y el conocimiento técnico que exige la función, no es posible la designación por medio de sistemas electivos.

Antes que modificar los sistemas constitucionales es importante hacerlos funcionar adecuadamente. Ello es el mejor reaseguro de una verdadera República ■

<sup>1</sup> Antiguamente se entendía a la república como la forma de gobierno representativa, mientras que la democracia era la forma de gobierno directa. Madison expresaba que «en una democracia el pueblo se reúne y ejerce la función gubernativa personalmente; en una república se reúne y la administra por medio de sus representantes» (HAMILTON-MADISON-JAY, *El Federalista*, pág. 53).

<sup>2</sup> Ver nuestro trabajo Organización constitucional del poder, Tomo I, pág. 236 y ss, Astrea, Buenos Aires 2010).

<sup>3</sup> MONTESQUIEU, Del espíritu de las leyes, p. 104.

<sup>4</sup> HAMILTON-MADISON-JAY, *El Federalista*, p. 331.

<sup>5</sup> Para una mayor ampliación del tema ver Organización constitucional..., cit., Tomo II, págs. 95 y ss.

<sup>6</sup> No debe olvidarse que, junto con esta garantía, se han estipulado fuertes incompatibilidades (que hacen también a la independencia), y que no permiten la actividad profesional, el desempeño de empleos públicos o privados (con excepción de la docencia universitaria), ni el ejercicio del comercio como profesión habitual. Ver, en tal sentido, PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. II, p. 190 y siguientes. Este autor propone incluso limitar el ejercicio de la docencia universitaria a los fines de que no afecte el desempeño del cargo.

<sup>7</sup> HAMILTON-MADISON-JAY, *El Federalista*, p. 336 y 337.

<sup>8</sup> SAGÜÉS, ELEMENTOS, T. I, p. 652, y Manual, p. 418.

<sup>9</sup> EKMEKJIAN, Tratado de derecho constitucional, t. IV, p. 257.

<sup>10</sup> Tal por ejemplo, BIDART CAMPOS, en *Compendio de derecho constitucional*, p. 375.

<sup>11</sup> LUNA, *Intangibilidad de las remuneraciones de los jueces*, en PÉREZ GHILOU y otros, «El Poder Judicial», p. 171.

<sup>12</sup> CSJN, 15/11/85, Fallos, 307:2174.

<sup>13</sup> CSJN, 11/12/90, «VILELA, JULIO, y otros c/Estado nacional –Ministerio de Educación y Justicia– s/amparo», Fallos, 313:1375.

<sup>14</sup> CSJN, 6/8/91, «BERGNA, CÉSAR E., y otros c/Estado nacional –Ministerio de Educación y Justicia– s/amparo», Fallos, 314:751.

<sup>15</sup> CSJN, 6/8/91, «GRIEBEN, HÉCTOR, y otros c/Estado nacional –Ministerio de Educación y Justicia– s/sumario», Fallos, 314:764.

<sup>16</sup> CSJN, 23/8/91, «CARBONE, EDMUNDO J. c/Estado nacional –Ministerio de Educación y Justicia– s/cobro de australes», Fallos, 314:881.

<sup>17</sup> Esta ley preveía su entrada en vigencia el <%-10> 1º de enero de 1996, aun cuando fue sancionada el 13 de marzo y publicada el 27 de marzo de 1996.

<sup>18</sup> Acord. 20/96, CSJN, 11/4/96, Fallos, 319:24. En los fundamentos se menciona la garantía de intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados (consid. 5º), que se ha mantenido en la reforma

constitucional de 1994 (consid. 7º), se remarca que la intangibilidad no es un privilegio sino una garantía que asegura la independencia del Poder Judicial (consid. 8º) y que dicha «garantía esencial no puede ser afectada por la actividad de los otros poderes del Estado, quienes carecen de atribuciones para modificar, mediante el ejercicio de sus funciones específicas, las previsiones constitucionales impuestas para asegurar la independencia del Poder Judicial: la inmovilidad en el cargo de los jueces y la intangibilidad de las remuneraciones».

<sup>19</sup> En la provincia de Santa Fe se intentó practicar descuentos en pasivos provinciales, varios años después de la modificación legal referida, pero ante la obtención de sentencia favorable al reclamo de los magistrados, por parte de los tribunales de primera instancia, la AFIP no impugnó las decisiones judiciales que así lo establecieron.

<sup>20</sup> En este sentido, BIDART CAMPOS enseñaba que «es muy cierto que en virtud de nuestra estructura federal las constituciones provinciales deben adecuarse a ella en lo que ésta exige de compatibilidad y, como pauta global, es fácil coincidir en que por el art. 5º de la Constitución aquéllas han de estar de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la constitución federal, lo que implica colocar como techo a toda su parte dogmática... en la República Argentina, por imperio de la cláusula que nos ocupa (art. 5º, Const. nacional) la declaración de derechos de la Constitución nacional tiene vigencia en todo el territorio del país, por lo que no es necesario que las provincias incluyan en sus constituciones un bill of rights... aparte no ha de olvidarse que los arts. 14 y 20 lo declaran a favor de todos los habitantes, lo que directamente inviste de su titularidad a todas

las personas que componen la población del Estado, con independencia de la descentralización política de base territorial (Tratado elemental, t. v, p. 32 y siguientes).

<sup>21</sup> CSJN, 12/4/88, «BRUNO, RAÚL O. s/amparo», Fallos, 311:461.

<sup>22</sup> CSJN, 9/8/88, «BUGNONE, ENRIQUE A., y otros s/amparo», Fallos, 311:1390; íd., 19/10/93, «DONTE, FERMÍN J. s/amparo», Fallos, 316:2379.

<sup>23</sup> CSJN, 6/12/93, «SCARPATI, MARÍA C., y otros c/provincia de Buenos Aires s/acción de amparo», Fallos, 316:2747.

<sup>24</sup> CSJN, 15/3/89, «PICCIRILLI, RICARDO H., y otro c/Estado nacional (PEN) s/cobro de australes», Fallos, 312:296.

<sup>25</sup> CSJN, 14/6/89, «FERNÁNDEZ PREGO, JORGE C. s/jubilación», Fallos, 312:975.

<sup>26</sup> CSJN, 6/10/92, «FABRIS, MARCELO H. s/jubilación», Fallos, 315:2382.

<sup>27</sup> CSJN, 30/6/93, «ARGÜELLO VARELA, JORGE M. c/Estado nacional (CSJN) s/amparo», Fallos, 316:1552.

<sup>28</sup> HAMILTON-MADISON-JAY, *El Federalista*, p. 338.

<sup>29</sup> Dice el artículo referido que «los magistrados y funcionarios del Ministerio Público son inamovibles mientras conserven su idoneidad física, intelectual y moral y el buen desempeño de sus funciones. Cesa su inamovilidad a los sesenta y cinco años de

edad si están en condiciones de obtener jubilación ordinaria».

<sup>30</sup> CSJN, 22/6/99, «IRIBARREN, CASIANO R. c/Santa Fe, provincia de s/acción declarativa», Fallos, 322:1253.

<sup>31</sup> JIMÉNEZ, Derecho constitucional argentino, T. III, p. 313.

<sup>32</sup> CSJN, 19/8/99, «FAYT, CARLOS S. c/Estado nacional s/proceso de conocimiento», Fallos, 322:1609.

<sup>33</sup> SAGÜÉS, *Elementos*, T. I, p. 654, y *Manual*, p. 419.

<sup>34</sup> También cuentan los litigantes con la posibilidad de recusar al juez cuando se encuentre afectado por alguna de las causales que prevén los códigos procesales que hagan dudar sobre su imparcialidad.

<sup>35</sup> Se incorporó un inc. 15 al art. 7º. En la normativa se previó que los subrogantes no duren más de doce meses, con una prórroga excepcional de seis meses, y que estos antecedentes no fueran tenidos en cuenta para un concurso definitivo.

<sup>36</sup> Esta acordada tuvo la disidencia de los doctores FAYT (que exhortaba a los órganos correspondientes a proceder a las designaciones) y BOGGIANO (que declaró inconstitucional el régimen).

<sup>37</sup> CSJN, 23/5/07, «ROSA, CARLOS A., y otros/recurso de casación», Fallos, 330:2361.