

NOTA

ALGUNAS CLAVES PARA ENTENDER LA REFORMA JUDICIAL QUE PROPONE LA “DEMOCRATIZACIÓN DE LA JUSTICIA” EN ARGENTINApor **Jorge O. Bercholz**

Doctor en Derecho Político

Especialista en Sociología Jurídica,

Universidad de Buenos Aires.

La intensa polémica en torno a la reforma judicial para democratizar la justicia que impulsó el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner en Argentina, hace necesario diferenciar y desagregar las ponencias y posiciones de los sujetos e instituciones activas en el debate, en tres niveles de discusión.

El primero de ellos es de coyuntura y actualidad política cruda, donde los enunciadores tienen en la mira las elecciones y el posicionamiento ante el electorado. El segundo es de carácter genérico, de diseño institucional pero de tipo filosófico-prescriptivo. El tercer nivel es el referido al núcleo duro del diseño institucional, a los motivos y objetivos de la reforma judicial, el qué, por qué, para qué y cómo de la democratización de la justicia aquí y ahora y para el caso concreto. Veamos.

El primer nivel de discusión, el más transitado por todos los actores relevantes del debate resulta difícil de compartir y participar en él. Los argumentos son descalificadores, las contrapartes no se escuchan, lo que pueda debatirse sólo es útil para reforzar los efectos cognitivos preexistentes. Se argumentó de un modo apocalíptico o heroico, según el origen del enunciado y, sin pudor, se esgrimieron falsedades e inexactitudes.

El segundo nivel podríamos encuadrarlo en un marco de discusión de filosofía política y teoría del Estado. Se trata de un tipo de discusión genérico y prescriptivo, en el cuál los argumentos rondaron el eje prodemocrático-participativo, esgrimido por el gobierno, versus la división de poderes, los frenos y contrapesos, el control de gestión republicano, esgrimido por la oposición y, en general, por las organizaciones que aglutinan a jueces y abogados.

El tercer nivel, el más pertinente y conducente, la discusión técnica específica del caso concreto del Poder judicial en la Argentina y su relación con los otros poderes políticos del Estado, y las características concretas de la reforma compuesta por seis proyectos de ley, no fue el más transitado. Es entendible, se trata de temas técnicos, complejos, no marketineros, sin gancho para el consumo masivo, salvo un excesivo reduccionismo y simplificación de sus tensiones e implicancias, a fin de hacerlos medianamente comprensivos para el público masivo y para la “bajada” de consignas mediáticas.

Uno de los temas de alto impacto del discurso presidencial de apertura de las sesiones del Congreso el pasado 1 de marzo, fue el anuncio de un plan para democratizar la justicia. Ello, no es una novedad en los discursos presidenciales, no solo de la actual Presidente, sino desde 1983 a la fecha, pues a medida que la democracia, entendida como régimen político de gobierno del Estado, se fue consolidando, el enunciado del concepto estuvo relacionado a ideas más sustantivas.¹ A lo Bobbio, se usó el término

en el sentido de “democratizar la democracia”, expandirla como practica para la toma de decisiones en las agencias del Estado y de designación de sus agentes a todos los ámbitos posibles, no solo al proceso de selección, reclutamiento y remoción del personal político que ocupa roles en la administración estatal.

El contexto

La coyuntura política nos muestra distintos disparadores que han motivado al gobierno en la propuesta de la reforma judicial. La demora en la resolución judicial del conflicto con el Grupo Clarín y, por ende, el estado de virtual “suspensión” de la ley de servicios audiovisuales; la parálisis en la que se encuentra el Consejo de la Magistratura generando una demora inusitada en el proceso de designación de jueces y la consecuencia de un hecho gravísimo, la enorme cantidad de juzgados de distintos fueros que carecen de juez titular y se hallan ocupados por jueces subrogantes y/o interinos; y las demoras también excesivas en el avance de los procesos por violación de los derechos humanos en ocasión de la represión del terrorismo de Estado. Pero también existen cuestiones estructurales e históricas, que preexisten a la coyuntura política y que deben ser tenidas en consideración.

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

También en España y durante la transición democrática abierta con el fin de la larga dictadura franquista, existía desconfianza respecto a los jueces. En ese sentido dijo la doctrina española que: “... Los constituyentes de 1978 tampoco confiaron mucho en la conciencia constitucional de los jueces entonces en activo...”³; “...la regulación del recurso de inconstitucionalidad y su atribución a un Tribunal de vigilancia o control de la legislación ordinaria fue considerado por el portavoz del partido mayoritario en la izquierda como una medida de profundización de la democracia...”⁴; “... la falta de tradición de los Tribunales ordinarios hispanos en la aplicación de la Constitución , conectada a la tolerancia de amplios sectores de la Magistratura con

2. BERCHOLC JORGE O., *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto a los otros poderes políticos del Estado*, (1935-1998), Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 39-41

3. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE en “*Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*”, CEC, Madrid 1993, p. 74.

4. GREGORIO PECES BARBA, en “*Trabajos Parlamentarios. Constitución Española*”, pág.3452 II, cortes Generales, 1980.

el régimen precedente , generó una desconfianza política no expresa hacia Jueces y Tribunales...”⁵

Una interpretación literal de la idea fuerza “democratizar la justicia”, debería entenderse como la adaptación de los principios formales democráticos de participación en el proceso de toma de decisiones, de igualdad a efectos de designaciones sin privilegios estamentales y/o procedimentales, y de aplicación de las reglas de las mayorías a tales fines.

También se pueden esbozar diseños “democratizadores” pero más apegados a las ideas “democrático-representativas”, por ejemplo, aumentar el número de jueces en los más altos tribunales a fin de lograr una base de funcionarios judiciales que permita una óptima representación sociológica-espejo de los distintos clivajes representables de nuestra sociedad.

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

Los proyectos de reforma

Tres de los proyectos anunciados por la Presidente en el acto llevado a cabo el 8 de abril en el Museo del Bicentenario de la Casa Rosada no han generado notorias polémicas, y se encuadran dentro de lo que hemos denominado vías tendientes a obtener visibilidad y transparencia contra la tradicional opacidad del poder judicial. Así, los proyectos de ingreso igualitario al Poder Judicial, de declaraciones juradas patrimoniales de carácter público y de publicidad obligatoria de los fallos de la Corte y otros altos tribunales no han merecido, en general, mayores reparos. Luego, los tres proyectos de mayor densidad y profundidad en el diseño institucional, y por ello, más discutidos.

La propuesta de crear Cámaras de Casación (ya existe en materia penal) para los fueros civil y comercial, laboral y de la seguridad social y contencioso administrativo federal, resulta muy interesante y tiene varios años de debate y antecedentes en la doctrina. Esta reforma tiene dos aspectos muy positivos. El primero, quitar sobrecarga de trabajo a la Corte Suprema, uno de los problemas más serios en el desempeño del tribunal, y desmalezar la avalancha de casos que llegan al Tribunal permitiéndole una aplicación más estricta del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial, mediante el cual puede rechazar, incluso sin fundamentación, los casos que considere que no revisten cuestión federal o de importancia institucional suficiente y sólo seleccionar los casos que considere relevantes, tal cual ocurre en dos de los más prestigiosos tribunales de control de constitucionalidad difuso -como en EEUU y Canadá- que resuelven entre 100 y 200 casos por año, cooptados por decisión de los propios jueces, del universo de casos que llegan a dichas cortes para ser resueltos. Visto así, también se debilita el argumento de la mayor demora que las nuevas cámaras pueden generar. No puede haber más demora que la que

ya existe en una Corte sobrecargada de trabajo. La Casación sería la “última palabra”, salvo que la Corte considere que debe decir algo para remediar alguna notoria inconstitucionalidad en temas de interés institucional o federal. Una alternativa, pero que requiere una reforma constitucional, es la de crear salas específicas por materia dentro de la misma Corte Suprema, tal cual ocurre en muchos países y que ha dejado traslucir Zaffaroni recientemente en una conferencia. El segundo aspecto positivo es que puede generar grandes mejoras en la composición técnica de los altos tribunales, pues la especialidad técnica de los jueces a designar puede ser eficazmente resuelta cuando se trata de conformar tribunales con especificidades competenciales, cuestión que en una corte “catch all” es de compleja solución. Dicho de otro modo, para una eficaz definición de las especificidades técnicas de los jueces a designar y también, para el número óptimo de cargos en la Corte, es necesario, previamente, definir el rol que en la ingeniería institucional del poder judicial quiere asignársele a la Corte. Si la Corte viera aliviado su trabajo y sólo se dedicara a temas de relevancia institucional y constitucional, pues quedará despejado el camino para que los jueces que en el futuro arriben a la Corte sean “publicistas”, jueces con experiencia en el área del derecho público, constitucional, administrativo, político y con la sensibilidad y experiencia política necesaria para no ser solamente aplicadores mecánicos de leyes, sino para anticipar y medir los efectos que la aplicación de las normas ocasionarán. Jueces que hagan un análisis de legalidad, claro, pero también de previsibilidad respecto a los efectos que las sentencias generen. Además, asumiendo las responsabilidades políticas que la división funcional del poder les confiere y por ello, trabajando en cooperación, diálogo e interdependencia con los otros poderes políticos del Estado. El diálogo y la cooperación que el Presidente de la Corte, Lorenzetti, viene anunciando y requiriendo, desde hace algún tiempo atrás, en sus discursos de apertura del año judicial. Deben evitarse las lecturas “escolares” sobre la independencia de los poderes.

La propuesta sobre el modo de elección del Consejo de la Magistratura, resulta ser uno de los proyectos más polémicos y ello porque interpela dos conceptos teóricos centrales de la Ciencia política y del diseño jurídico-institucional de un Estado, el principio democrático y de la legitimidad mayoritaria versus los controles republicanos ya citados.

No se debe “demonizar”, como parte de un plan diabólico, la idea de someter a la voluntad popular mediante el voto, a través de las organizaciones políticas autorizadas por la Constitución para la competencia electoral, los partidos políticos, a la elección de los consejeros. Esas críticas “demonizadoras” terminan siendo funcionales al discurso “antipolítica”. Por supuesto que es, de los seis proyectos de ley propuestos, uno de los dos más discutibles y sobre el que se puede contra-argumentar con mayor solidez teórica aunque, por cierto, es un debate que la doctrina viene desarrollando desde el s XVIII. Por un lado los riesgos del democratismo mayoritario y las prevenciones que se generan en ciertas minorías (lo de ciertas no es casual, pues hay muchas minorías que no han sido protegidas por los frenos y contrapesos) con relación a los abusos que las mayorías circunstanciales puedan cometer, por el otro el exceso de republicanismo que, como dijo Guillermo O’ Donnell en *Accountability Horizontal*, Revista Agora nº 8, 1998, “... cuando se convierte en principio dominante, tiende a ser el gobierno paternalista de una élite auto-designada...”.

Por un lado los temores a la suma del poder en manos del gobierno de turno, por otro lado el desequilibrio que implica la existencia de sectores sociales sobre-representados en el Estado (por ejemplo los abogados) y el enorme poder de interpretación judicial de los magistrados que, en los hechos, significa casi el ejercicio de una facultad legislativa, vía sentencias interpretativas de las leyes, siendo que estas actúan como moldes genéricos aplicables a los problemas y conflictos sociales, pero que requieren de

interpretaciones y adecuaciones muy flexibles y creativas para que resulten de eficaz aplicación, a los fines de resolver hechos muy concretos y diversos que se someten a los jueces.

Debe también tenerse en cuenta que nunca es apolítica o “inocente” la opción de selección de jueces, y que la opción meramente técnica suele encubrir la elección de una justicia “legalista” refractaria de la consagración de derechos colectivos sociales, los que necesariamente implican una cierto nivel de contradicción y una opción respecto de ciertos derechos individuales. En una investigación que realizamos en la Universidad de Buenos Aires sobre la Corte Suprema, se comprobó que durante los gobiernos militares el 58% de los jueces fueron especialistas en derecho privado, o sea “civilistas”, en cambio durante gobiernos constitucionales el 71% de los jueces fueron de formación “publicista”.⁶ Por lo demás, el debate sobre la escasa legitimidad democrática del poder judicial y su carácter contra-mayoritario, que torna indigesto para el “democratismo” el control judicial de los actos normativos de los otros poderes, resulta siempre recurrente (dijimos, desde el S XVIII), incluso en países muy estables institucionalmente como EEUU, Canadá y Alemania. También, señalamos antes, que existen varias investigaciones académicas rigurosas que demuestran el sesgo elitista y auto-referencial de los miembros del poder judicial. Por qué entonces, antes estos datos duros de la realidad, esgrimir sólo argumentos de tipo prescriptivo-ideal-filosófico, de análisis contra-fáctico, que soslayan sesgos y tendencias tan marcados. Por qué no considerar que vía nominal, los abogados están sobre-representados en las instituciones y agencias estatales, y que los jueces, además del sesgo por su origen y prácticas sociales ya mencionado, reservan para sí un enorme poder de interpretación y adecuación de las normas generales a efectos de su aplicación concreta y cotidiana al universo de casos que resuelven y que inciden directamente en la vida de los ciudadanos. Los límites de la articulación teórica entre dos categorías complejas, democracia y república, que no se relacionan automática ni pacíficamente, sin más, son difusos y complejos y siempre sujetos a diseños y rediseños de ingeniería institucional que, finalmente, deberán pasar por el examen de las fuerzas políticas en juego y de las condiciones objetivas de posibilidad para su realización.

Finalmente, el que entiendo, es el más endeble y discutible de los proyectos, el que limita las medidas cautelares contra el Estado. Sin dudas que el disparador del proyecto ha sido el largo conflicto con el Holding multimedia Clarín y las sucesivas medidas cautelares que ha obtenido el grupo y que deja en suspenso aún, la aplicación de la ley de servicios audiovisuales, sancionada hace ya más de tres años. Las medidas cautelares son, en general, otorgadas muy restrictivamente por los jueces y para ello debe acreditarse el gravamen irreparable que se generaría si no se la otorgase y la verosimilitud del derecho de fondo invocado. Si el reclamo contra el Estado es de índole pecuniaria no se vislumbra dónde estaría el gravamen irreparable, el que por otra parte podría acontecer igual ante una medida estatal de fondo (pensemos en una crisis institucional de las características del corralito en 2001-2002) y aunque las cautelares no estuvieran limitadas en el tiempo, como efectivamente ha ocurrido. La situación irritante en la que una ley de fondo, emanada del congreso, sustentada en amplias mayorías obtenidas transversalmente a los partidos, y en suspenso, por la judicialización del caso sobre un tema que responde a decisiones políticas privativas de los poderes soberanos del Estado, debe ser reorientada con suma prudencia. Si bien se trata de una más que dudosa intromisión del poder judicial en ámbitos netamente de decisión política (el diseño de la política comunicacional del Estado), se debería dejar

bien en claro en el proyecto que la limitación debe responder sólo en tanto y en cuanto no se lesionen derechos fundamentales y que sean de plena reparación pecuniaria en caso que el Estado resulte perdidoso. Por otra parte, datos de la investigación referida sobre la Corte Suprema, nos indican que en los procesos en los que el Estado Nacional o sus entes descentralizados han sido parte (tal cual enumera el proyecto de ley), la Corte no presenta diferencias significativas en su *performance*.

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