



PROGRAMA DE ESTUDIOS INSTITUCIONALES
Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires
gioja@derecho.uba.ar

Experticia, argumentación y reforma.

Las propuestas y estrategias del Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y el Ministerio Público ante la emergencia argentina*

*Documento elaborado por Sebastián Guidi** & Juan Nieto****

I.- Introducción	2
II.- Sobre la composición y metodología del Consejo	4
II.a.- El pluralismo del Consejo.....	5
II.b.- El método de trabajo del Consejo	7
II.c.- Sobre este Consejo y su desorientación teleológica	9
III.- Metodología del Informe	12
IV.- Análisis de las propuestas	15
IV.1.- Tribunal Federal de Garantías.....	16
IV.2.- Reforma al recurso extraordinario federal.....	21
IV.3.- Consejo de la Magistratura.....	23
IV.4.- Juicio por jurados.....	25
V.- Conclusiones	26
VI.- Epílogo	26

* Documento de trabajo del Programa de Estudios Institucionales del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires) coordinado por Marcelo Alegre y Roberto Gargarella.

** Abogado (UBA). Magister y doctorando (Yale). guidi.sebastian@gmail.com.

*** Abogado (UBA) docente UNSAM. joasnieto@gmail.com.

I.- Introducción

En julio de 2020 el Presidente de la Nación evocó a la Corte Suprema nombrada por Raúl Alfonsín para anunciar una reforma que recuperara el prestigio perdido del Poder Judicial argentino¹. Con ese recuerdo, y con la idea de lograr una reforma “sobre la base de pasos firmes y amplios consensos”², dictó el decreto N° 635/2020 creando un *Consejo Consultivo* que en el plazo de noventa días le “elevant[ía] [...] propuestas y recomendaciones” acerca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Consejo de la Magistratura, el Ministerio Público, el juicio por jurados y la transferencia de la Justicia ordinaria a la Ciudad de Buenos Aires (aunque, por algún motivo, sólo en materia penal).

Desde ese momento, la prensa y la dirigencia política se abalanzaron a criticar o alabar al *Consejo* basándose en la identidad de sus integrantes, en un supuesto plan de impunidad que fomentarían, o en predicciones acerca de cómo el *Consejo* funcionaría o las propuestas que se estimaba que realizarían (muchas de las cuales, por cierto, no se verificaron³). Sin embargo, y algo curiosamente, luego de presentadas las propuestas en su informe final (en adelante, el *Informe*) entre noviembre de 2020 y enero de 2021⁴, la conversación pública siguió girando alrededor de esas conjeturas en lugar de atender al contenido de las casi mil páginas que podrían, o no, haberlas corroborado.

En este trabajo, nos proponemos tomarnos el *Informe* seriamente como un documento elaborado por expertos y destinado a evaluar el funcionamiento de las instituciones judiciales argentinas y proponer reformas a ellas. Este análisis persigue un doble propósito. En

¹ Palabras del Presidente de la Nación, Alberto Fernández, durante la presentación del proyecto de ley de Organización y Competencia de la Justicia Federal y creación del Consejo Consultivo, 29 de julio de 2020, disponible en:

<https://www.caserosada.gob.ar/informacion/discursos/46991-palabras-al-presidente-de-la-nacion-alberto-fernandez-durante-la-presentacion-del-proyecto-de-ley-de-organizacion-y-competencia-de-la-justicia-federal-y-creacion-del-consejo-consultivo-desde-la-casa-rosada>

² Considerandos del decreto 635/2020.

³ Se especuló especialmente sobre si el *Consejo* recomendaría la ampliación de la Corte Suprema. Finalmente, el *Consejo* no se expidió como cuerpo acerca de la cuestión, más allá de algunas manifestaciones individuales de algunos consejeros.

⁴ La cuestión de las fechas es en sí interesante. El decreto 635/2020 dio al *Consejo* “noventa días” para presentar su informe, sin aclarar si éstos eran hábiles o corridos. El *Consejo* interpretó lo segundo, y fijó la fecha para presentar su trabajo el 18 de noviembre de 2020. Télam difundió ese día que el *Informe* estaba completo (<https://www.telam.com.ar/notas/202011/535527-consejo-consultivo-informe-presidente-reforma-justicia.html>). Cabe destacar que el bloque oficialista del Senado estaba urgido por recibir las recomendaciones del *Consejo* para avanzar con la media sanción a la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal. Al momento que los senadores trataron el proyecto, anunciaron que el *Consejo* había recomendado la reducción del mandato del Procurador General y la reducción de la mayoría necesaria para su designación en el Senado (véase la declaración del presidente de la Comisión de Justicia del Senado, Oscar Parrilli, en la reunión de comisión del 20 de noviembre de 2020, <https://youtu.be/1Tsx9J7jiKE?t=930>). Sin embargo, la página de presidencia difundió únicamente el capítulo que contenía sus conclusiones recién el 23 de noviembre (en este link: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/reforma-judicial-recomendaciones-del-consejo-consultivo-para-el-fortalecimiento-del-poder>).

A pesar del valor que se le asignaba al *Informe* desde el oficialismo, el *Consejo* entregó las recomendaciones completas al Presidente recién el 10 de diciembre (<https://www.pagina12.com.ar/311211-justicia-federal-alberto-fernandez-recibio-el-informe-del-co>) y se conocieron en la opinión pública recién el 12 de enero, a través del blog *Palabras del derecho* (<https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/2176/El-informe-completo-del-Consejo-Consultivo-para-la-reforma-de-la-Justicia-Federal>). En algún momento, el sitio web de la Presidencia de la Nación subió el *Informe* a su página (https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/consejo_consultivo_para_fortalecimiento_poder_judicial.pdf).

primer lugar, visto que el Presidente de la Nación ha anunciado que basará algunas de sus iniciativas en propuestas contenidas en el *Informe*, deseamos proveer a la opinión pública de un documento corto y accesible que explique críticamente la labor del *Consejo* y evalúe sus propuestas. Si bien aún no se conocen los detalles de los planes del Poder Ejecutivo, basar sus propuestas acríticamente en el contenido del *Informe* sería un error: como desarrollamos a continuación, las reformas más significativas propuestas por el *Consejo* no sólo no vienen a resolver problemas genuinos, sino que además generarían inconvenientes importantes sobre los que no se ha reflexionado lo suficiente. En segundo lugar, y en otro plano, deseamos rescatar al *Informe* como representativo de un modo de hacer derecho en la Argentina que privilegia el argumento de autoridad por sobre el rigor analítico y la información empírica.⁵ Como denunció Carlos Nino hace tres décadas, la academia jurídica argentina suele evitar la confrontación franca de ideas y el escrutinio mutuo de la producción académica, en un ejercicio de cordialidad mal entendida⁶. Para ganar legitimidad académica, documentos como el *Informe* deben estar sujetos al máximo escrutinio posible de los argumentos que desarrollan y métodos que emplean.

Con estos objetivos, este documento procede de la siguiente manera. En la Parte II discutiremos brevemente acerca del rol de los expertos en el diseño de políticas públicas democráticas (II) y en cómo se ajusta el trabajo del *Consejo Consultivo* a dicho diseño. A la luz de este ideal, evaluamos la manera en la que se integró el *Consejo* (II.a), su modo de funcionamiento (II.b) y su orientación valorativa (II.c). Mostraremos que el *Consejo Consultivo* trabajó sin una clara noción de los objetivos que deberían perseguir sus propuestas, autopercibiéndose en ocasiones como un organismo democrático o representativo con facultad para decidir la orientación de las reformas, en lugar de uno técnico o experto limitado al desarrollo de las alternativas disponibles para la satisfacción de los objetivos definidos democráticamente. En la Parte III analizaremos la metodología utilizada en el *Informe*, que procede mayormente a través del análisis de normas jurídicas, desatendiendo la evidencia empírica acerca del funcionamiento de las instituciones a las que recomienda reformar. En la Parte IV analizaremos algunas de las propuestas del *Consejo* (en particular, aquellas que el Presidente de la Nación aseguró que retomaría en su agenda legislativa de este año; a saber, reforma de los recursos ante la Corte Suprema, creación de un Tribunal Intermedio, reforma al Consejo de la Magistratura e instalación del juicio por jurados⁷). Nuestras breves consideraciones sobre estas propuestas concretas pretenden mostrar las falencias del *Informe*, permitiendo concluir la necesidad de pensar con más seriedad acerca de las cuestiones a reformar (Parte V). Por último, en el epílogo (Parte VI) presentaremos razones adicionales que explican la importancia que debemos asignarle al *Informe*. No estamos solamente frente a un conjunto de propuestas incapaces de resolver las diferentes problemáticas de la administración de justicia,

⁵La crítica se dirige a un modo de hacer derecho en el país, del cual el *Informe* es un exponente ilustrativo. Sin embargo, en un *Informe* de casi mil páginas, no faltan pasajes en los que algunos consejeros se muestran conscientes de las limitaciones de la disciplina jurídica para afrontar los problemas de la institucionalidad argentina. Así por ejemplo el consejero Palermo (244-252) hace un esfuerzo por situar las reformas propuestas a la Corte Suprema tanto desde su rol institucional deseable como en su posible funcionamiento práctico. De modo similar, el consejero Ferreyra sitúa la empresa reformista en el contexto social de la judicialización de la política (161) y advierte sobre la futilidad de las reformas institucionales que no estén acompañadas de un ímpetu transformador de la cultura jurídica (167). Independientemente de que pueda o no compartirse estas consideraciones, creemos que esta línea de reflexiones habría podido iluminar de mejor modo la tarea del *Consejo*.

⁶ Véase Carlos Santiago Nino, *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992, págs. 122-124.

⁷ Si bien el *Informe* eleva más propuestas al Poder Ejecutivo, nos concentramos en éstas por considerar, a partir de su mención por parte del Presidente, que tienen mayor relevancia jurídica y política. De todos modos, haremos mención a algunas otras propuestas cuando sean ilustrativas de las falencias axiológicas o metodológicas que observamos y no como objeto de estudio en sí mismas.

sino también ante iniciativas con aptitud para dificultar el panorama actual y debilitar, aún más, nuestra delicada institucionalidad.

II.- Sobre la composición y metodología del Consejo

El rol de los expertos en el diseño de políticas públicas ha sido puesto en el centro del debate público durante la pandemia de COVID-19. Con fundamento en la “ciencia” se implementaron políticas que han restringido libertades públicas sin la debida deliberación democrática⁸ (problema que ha sido observado no sólo en la Argentina sino a lo largo y ancho del planeta⁹). Más allá del acierto o no de las políticas puntuales, el efecto de esta tecnocratización del debate posee riesgos democráticos obvios. Como observa Sheila Jasanoff, “[c]uando a un área de actividad intelectual se le asigna la etiqueta de ‘ciencia’, las personas que no son científicos quedan de facto impedidos de cualquier opinión sobre su sustancia”¹⁰.

La tarea de asesorar técnicamente al poder político (y la de criticar ese asesoramiento) es delicada. Es deseable y bienvenido que quienes tienen responsabilidad de gobierno tengan el mejor asesoramiento técnico antes de emprender reformas o implementar políticas públicas¹¹. Pero este asesoramiento no debe ser fetichizado, y encuentra dos límites fundamentales.

En primer lugar, la orientación política del asesoramiento experto debe estar dado por fuera de la experticia en sí misma¹². Como afirma Harold Laski, el experto “*es un servidor invaluable y un amo imposible*”¹³. Esta limitación sirve para enfrentar dos peligros: que los políticos encubran fines inconfesables dentro de la legitimidad del saber experto, o que sean los propios expertos los que, bajo la excusa de proveer soluciones “técnicas”, deslicen sus propias concepciones del bien o de lo correcto¹⁴.

En segundo lugar, cuando los órganos políticos deciden acudir a este tipo de comisiones, es esencial que la comunidad disciplinaria (en este caso, los operadores y académicos del derecho) ejerza la crítica de modo abierto a la ciudadanía, en forma que todas y todos puedan entender qué es lo que está en juego, las implicancias de las distintas opciones y los

⁸ Sobre esto trata el informe anterior del Programa de Estudios Institucionales, “*Cuidar la vida y la Constitución: La limitación de derechos durante la emergencia*”, 13 de julio, disponible en http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/2020_pandemia-y-constitucion-lunes-13-de-julio.pdf

⁹ Sobre esto, véase Gilad Abiri y Sebastián Guidi, *The Pandemic Constitution*, Columbia Journal of Transnational Law (en prensa), págs. 39-42 del manuscrito disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3797023

¹⁰ Sheila Jasanoff, *The Fifth branch: Science advisers as policymakers*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, pág. 14.

¹¹ Y, de hecho, es posible que en la Argentina consultemos a los expertos demasiado poco (y no en exceso). Piénsese por ejemplo en las sucesivas reformas previsionales de las últimas tres décadas -es decir, el mayor componente del gasto público argentino- que fueron llevadas adelante sin un análisis técnico de la sustentabilidad del sistema.

¹² En el contexto de la discusión sobre el *Consejo Consultivo* ver Sebastián Guidi, “Reforma judicial: antes que expertos, necesitamos acuerdos”, *Infobae*, 6 de agosto de 2020.

¹³ Citado en Alfred Moore, *Critical Elitism: Deliberation, Democracy, and the Problem of Expertise*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pág. 10.

¹⁴ Según Sheila Jasanoff, el lenguaje y el carisma científico pueden producir “*el efecto de naturalidad, neutralidad, facticidad, objetividad e inevitabilidad como modos de despolitización*” (Sheila Jasanoff, “Science and Democracy”, en Ulrike Felt y otros (editores), *The Handbook of Science and Technology Studies*, MIT University Press, Cambridge, 2017, pág. 266.

límites de lo que puede ser dicho desde la autoridad epistémica que da la experticia¹⁵. Por dicho motivo, este documento de trabajo pretende democratizar el acceso al conocimiento, mostrando de modo accesible las conclusiones del Consejo que asesoró al Presidente para que la opinión pública forme sus opiniones sin estar obnubilada por la presunta inaccesibilidad del conocimiento experto.

II.a.- El pluralismo del Consejo

La discusión acerca de la composición, e incluso de la existencia del *Consejo*, se ha formulado en términos de “*pluralismo*”: para el Presidente de la Nación y sus funcionarios¹⁶, el *Consejo Consultivo* fue conformado de modo “*plural*”, con “*pluralidad de miradas*”¹⁷. Es posible que este compromiso retórico con la pluralidad haya ido incluso más allá de lo exigible. Después de todo, el Presidente ha concebido al *Consejo* como un cuerpo de asesores presidenciales, y por eso pudo crearlo a través de un decreto autónomo (y no, como el propio *Informe* erróneamente consigna, a través de un decreto de necesidad y urgencia¹⁸). La integración de un equipo de asesores presidenciales no tiene por qué ser representativa del espectro político y, desde este punto de vista, las críticas que ha recibido por su supuesta parcialidad (por ejemplo, llamándolo “*Comisión Beraldi*”¹⁹) serían injustificadas.

Sin embargo, cuando se intenta presentar como “plural” algo que no lo es, entonces sí aparece un déficit importante. De hecho, ésta ha sido una crítica reiterada en dirigentes de la oposición al gobierno y en algunos comunicadores, que han poroteado los “votos” en el

¹⁵ Uno de los debates centrales en este punto es precisamente “*cómo sabemos cómo, cuándo y por qué limitar la participación en la toma de decisiones técnicas de modo que el límite entre el conocimiento del experto y el del lego no desaparezca*” (Moore, obra citada, pág. 7, citando a Harry Collins y Robert Evans, *Rethinking Expertise*, University of Chicago Press, Chicago, 2007, pág. 10).

¹⁶ Ver por ejemplo, *Telam* 29 de julio de 2020 “Losardo destacó la "pluralidad" y la "solvencia académica" del Consejo Consultivo”, <https://www.telam.com.ar/notas/202007/496152-losardo-destaco-la-pluralidad-y-la-solvencia-academica-del-consejo-consultivo.html>

¹⁷ Entrevistado por las periodistas Victoria Ginzberg y Nora Veiras, el Presidente Fernández les pidió que no fueran “*ansiosas*” respecto de la integración del *Consejo* pues estaba “*intent[ando] hacerlo mucha pluralidad y con mucha seriedad académica*”.

<https://www.pagina12.com.ar/279467-alberto-fernandez-la-reforma-judicial-se-presentara-esta-sem>

Una vez recibido el Informe, el Presidente también destacó la “*pluralidad de miradas*” del *Consejo* (“El Presidente destacó "la pluralidad de miradas" en las recomendaciones para mejorar la Justicia”, *Diario El Argentino*, 10 de diciembre de 2020, <https://www.diarioelargentino.com.ar/noticias/211313/el-presidente-destaco-la-pluralidad-de-miradas-en-las-recomendaciones-para-mejorar-la->).

¹⁸ Sobre este punto cabe realizar una digresión. Lamentablemente el uso de decretos de necesidad y urgencia en nuestro país es tan frecuente que muchas veces se denuncia que el presidente de turno realiza determinados actos por decreto de necesidad y urgencia cuando en realidad se trata de decretos simples (como por ejemplo cuando el presidente Macri designó “en comisión” a dos miembros de la Corte Suprema: fue una decisión institucional lamentable, pero no un DNU). Algo similar ocurrió en esta ocasión, cuando algunos criticaron, erróneamente, la creación del *Consejo Consultivo* por haber sido realizada a través de un DNU. El consejero Gil Domínguez reaccionó a esta crítica, acusando a su colega de “mentir” de manera “lamentable” y “decadente”. Sin embargo, a pesar de esto, el dictamen de mayoría firmado por Gil Domínguez asegura, erróneamente, que el *Consejo Consultivo* fue creado por DNU (205). Véase la entrevista a Andrés Gil Domínguez en *4 días*, 15 de diciembre de 2020, disponible en <https://youtu.be/drGAqx7nw6Q?t=18>.

¹⁹ La expresión fue acuñada por Carlos Pagni y desde entonces se popularizó en las críticas al *Consejo* (véase Carlos Pagni, “La comisión Beraldi”, *La Nación*, 30 de julio de 2020).

seno del *Consejo* para predecir resultados presuntamente digitados por el gobierno como la ampliación de la Corte Suprema²⁰.

Alguna versión de esta crítica es compartible: de modo más obvio, el pluralismo del *Consejo* está limitado por el hecho de que la totalidad sus integrantes son profesionales del derecho²¹. El grupo de asesores elegidos por el presidente Fernández no estuvo integrado por miembros con experticias fundamentales para su cometido (por ejemplo, no hay académicos especializados en reforma o gestión judicial) y la filiación política de su membresía se encuentra desbalanceada en favor del partido de gobierno²².

Sin embargo, aun si el Presidente hubiera tenido éxito en crear un *Consejo* lo suficientemente plural (fatalmente difícil en un cuerpo de once miembros), la importancia de esta característica debe ser correctamente situada. El pluralismo en un cuerpo no equivale a su representatividad democrática. Por supuesto, es deseable que exista diversidad en su conformación por razones epistémicas: una mayor diversidad de puntos de vista puede arrojar luz sobre asuntos que la homogeneidad de sus integrantes podría ocultar. Pero de ningún modo el *Consejo* se integró -como aseguraron en el *Informe*- “*en clave democrática [en virtud de] la paridad de género, [...] su carácter federal y la pluralidad en cuanto a trayectorias académico/profesional de sus integrantes*” (7²³).

Por esta razón también resulta desconcertante que el Consejo destaque que “*se ha priorizado alcanzar la mayor cantidad de consensos, no sólo por la fortaleza que ello significa, sino por la relevancia de las temáticas en estudio en el que arribar a propuestas o recomendaciones por unanimidad constituye una gran labor y esfuerzo colectivo en clave democrática*” (21-22). Nuevamente, la idea de que alcanzar consensos al interior del *Consejo* es “*democrática*” sólo cobraría sentido si el *Consejo* fuera, o representara, una comunidad política. Sin embargo la validación del *Consejo* y de sus integrantes gravita exclusivamente en su experticia, entonces el mecanismo de decisión interna por votación no agrega autoridad técnica, ni la transforma en autoridad democrática.

²⁰ Sobre el conteo de votos, véase por ejemplo Hernán Capiello, “Reforma judicial: en el consejo asesor del Presidente ya hay una mayoría para ampliar la Corte”, *La Nación*, 3 de agosto de 2020. Entre los periodistas que han hecho esta crítica se destaca Carlos Pagni (véase Pagni, “La comisión Beraldi”, artículo citado, “*Ese equipo de sabios tiene como misión convalidar una remodelación de la Corte que ya está decidida*”). Entre políticos opositores, véase por ejemplo Paz Rodríguez Niell, “Ernesto Sanz: “La UCR no se va a prestar al plan del Gobierno para aumentar los jueces de la Corte””, *La Nación*, 28 de julio de 2020 (“*Cualquiera que entienda mínimamente algo del tema sabe desde hoy cuál será el dictamen. Es la crónica de un dictamen anunciado*”).

²¹ Por supuesto, una visión posible es que sólo los abogados puedan opinar sobre la cuestión de la reforma judicial con carácter experto. Sin embargo, esta no parece ser la posición de la mayoría del *Consejo*, que al momento de dictaminar sobre la integración del Consejo de la Magistratura opinan que para lograr la “*democratización del sistema*” la “*representación [de los académicos] no podría estar concentrada y así cerrada en profesionales del derecho sino, por el contrario, debería integrarse con académicos/as y científicos/as provenientes de otros campos del saber con la mayor oxigenación y consecuente riqueza que se deriva de este tipo de decisiones*” (367-368).

²² Más allá de las simpatías políticas de cada uno de los miembros, Carlos Beraldi y León Arslanian ocuparon cargos políticos en gobiernos justicialistas, tanto en Provincia de Buenos Aires como en el Estado Nacional, y Marisa Herrera fue candidata a senadora suplente del Frente de Todos en las últimas elecciones. No hay entre los miembros restantes filiaciones políticas tan claras como éstas. El ejemplo predilecto para mostrar pluralidad ha sido que Inés Weinberg de Roca fue la candidata de Mauricio Macri a ocupar la Procuración General. Sin embargo, esto no equivale a una pertenencia partidaria (si así lo fuera, habría que computar a la mayoría de los jueces y juezas que integraron el *Consejo* como justicialistas en virtud de los gobernadores que los designaron).

²³ Los números entre paréntesis hacen referencia a las páginas del *Informe*.

II.b.- El método de trabajo del Consejo

Para entender mejor lo que el *Consejo* podría haber sido y no fue, tal vez resulte útil compararlo con un antecedente histórico relevante: el Consejo para la Consolidación de la Democracia (CCD). La comparación no es caprichosa: tanto periodistas cercanos al gobierno²⁴ como alguno de los consejeros²⁵ han realizado explícitamente este paralelismo, que viene naturalmente a la mente para un presidente que cita frecuentemente a Raúl Alfonsín (incluso en la conformación de este *Consejo*²⁶) y que ha invocado el valor de la experiencia del CCD en otras oportunidades²⁷.

Es conveniente recordar cómo procedió aquel Consejo para contrastarlo con éste. El CCD fue integrado por destacados representantes de los partidos políticos más importantes de su época, de instituciones religiosas y referentes culturales. El CCD, además, se trasladó a todas las capitales provinciales, en las que se reunió con representantes de todos los poderes del Estado e incluso presenció procesos de reforma de las constituciones locales. Por último, invitó y recibió a líderes políticos destacados del país y del mundo, incluyendo, notablemente, a Italo Luder, el candidato a presidente más reciente del principal partido opositor²⁸.

Si era el CCD el modelo al que el *Consejo Consultivo* aspiraba, desde su creación debió haber actuado como caja de resonancia de la política representativa, garantizando que cada sector político tenga algún tipo de participación en su seno. Así, mientras la discusión en el *Consejo* mantendría su carácter experto, los sectores con representación popular mantendrían su voz y su escrutinio sobre el proceso que da lugar a las recomendaciones.

Si éste fue el modelo que inspiró la creación del *Consejo Consultivo*, no fue el reflejado en el decreto 635/2020. Su integración no ha buscado replicar el espectro político argentino (y, además, aquellos consejeros identificados como opositores en el debate público, no han intervenido en el *Consejo* en representación de partido político alguno²⁹). Tampoco el decreto ha dado al *Consejo* un mandato de reunir consenso social o apoyo político.

Sin embargo, si el *Consejo Consultivo* hubiera interpretado que era éste su modelo a seguir, podría haber suplido la falta de representatividad y pluralismo de su integración con un método de trabajo que lo hiciera sensible al pluralismo existente en la sociedad. No fue lo que ocurrió. Si bien el *Consejo* escuchó a diferentes expositores (en ponencias de diez minutos [18]), no estableció criterio alguno que determinara la elección de ciertos actores del sistema

²⁴ Mario Wainfeld, “Qué piensa y qué hará Alberto Fernández”, *Página/12*, 23 de febrero de 2020, <https://www.pagina12.com.ar/249109-que-piensa-y-que-hara-alberto-fernandez>

²⁵ El Consejero Gil Dominguez sostuvo que el trabajo del *Consejo Consultivo*, con menos recursos y en menos tiempo “no tiene nada que envidiarle” a experiencias históricas como el Consejo para la Consolidación de la Democracia (CCD). Véase la entrevista a Andrés Gil Dominguez realizada por Iván Schargrodsky contenida en el link <https://youtu.be/G1nKFLMuWx4?t=65> Estará en juicio de cada lectora, en todo caso, comparar el Informe con los dictámenes del CCD.

²⁶ *Supra* nota 1.

²⁷ Así por ejemplo en el decreto de creación del Consejo Económico y Social (decreto 124 de 2021).

²⁸ Véase Consejo para la Consolidación de la Democracia, *Reforma constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Eudeba, Buenos Aires, 1986, págs. 19-21, disponible en http://www.derecho.uba.ar/academica/catedras_libres/pdf/reforma-constitucional-dictamen-preliminar-para-la-consolidacion-de-la-democracia.pdf

²⁹ En el contexto de la creación del Consejo el dirigente Ernesto Sanz textualmente dijo “No conozco a Weimberg de Roca ni sus razones para aceptar el cargo -dijo Sanz-. Pero desde ya me alegro de que no pudiera pasar por el Senado como Procuradora. Si no se da cuenta de lo que implica estar en esa comisión, tampoco podría liderar el Ministerio Público”. Ver entrevista *supra* nota 20.

judicial y no de otros. Por ejemplo, Estela de Carloto (sic) y Taty Almeida aparecen representando genéricamente a los “*organismos de derechos humanos*” (21), sin que sepamos si esta representación alcanza a organizaciones como la CORREPI, ACIJ o la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos.

Algo similar ocurre con los organismos públicos consultados. Si bien el *Informe* asegura que se invitó a los organismos cuya reforma el Presidente propicia (18), el consejero Gil Domínguez manifestó públicamente que no se realizaron consultas formales con la Corte Suprema porque así lo prefería el Presidente³⁰. No sabemos qué otras preferencias hizo saber el presidente Fernández a los consejeros, ni cuáles fueron sus fundamentos, pues estas comunicaciones no están documentadas.

No parece que el *Consejo* haya suplido la falta de pluralidad en su integración con un método de trabajo que lo hiciera permeable a la pluralidad existente en la sociedad. Todo cuanto conocemos de este proceso es que el trabajo colectivo del *Consejo* se redujo a 23 encuentros por medio de videoconferencia³¹, en los que diferentes consejeros exponían un tema “*a modo de disparador*” (8). A éstos pueden agregarse tres encuentros, también por videoconferencia, con expositores de diferentes organismos seleccionados, como señalamos, con un criterio no exteriorizado y sin que, aparentemente, estas invitaciones se hayan realizado de modo abierto a otras organizaciones que desearan participar³². A la mención de las 23 reuniones el *Informe* agrega la “*gran cantidad de trabajos individuales y/o en duplas y/o tríos*” (11) y “*destaca [...] la creación de una herramienta (sharepoint) para almacenar y compartir documentos*” (11). Los trabajos y materiales preparatorios con los que contaban los consejeros no se han hecho públicos.

Esta opacidad no es inusual en los ámbitos de decisión pública. Lo que llama la atención es que el *Consejo* la replique al mismo tiempo que recomienda que las deliberaciones de la Corte Suprema se hagan públicas para “*favorece[r] los principios de transparencia y publicidad en los debates, la rendición de cuentas y el control de la sociedad de la actividad judicial*” (268). En su apoyo el *Consejo* recuerda que “*todos los demás órganos colegiados de nuestra democracia, como las dos cámaras del Congreso y el Consejo de la Magistratura, deliberan públicamente, mientras que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no lo hace*” (268). En esta enumeración faltó, se ve, el propio *Consejo Consultivo*.

³⁰ Así, el consejero Gil Domínguez expresó: “[N]osotros oportunamente invitamos a todos los órganos que estaban incluidos en el decreto, invitamos a la Corte Suprema de Justicia. Lo hicimos a través del Presidente de la Nación y de la Ministra de Justicia. Después si el Presidente no consideró oportuno políticamente invitar a la Corte Suprema, no la invitó”, entrevista con Facundo Pastor en el programa *4 días* del 15 de diciembre de 2020, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=drGAqx7nw6Q&t=73s&ab_channel=RevolucionPopular2 De todos modos, en la misma entrevista aclaró que han dialogado “*informalmente*” con “*alguno de los miembros de la Corte Suprema*”. Una declaración similar en Patricia Blanco, “Gil Domínguez analizó el trabajo de la comisión de juristas que asesoró a Alberto Fernández: “Nos hubiese gustado mucho dialogar con los miembros de la Corte Suprema”, *Infobae*, 18 de noviembre de 2020 (“Nos [habría] gustado mucho poder dialogar con los miembros de la Corte Suprema de Justicia. Nosotros lo solicitamos en un principio. Pero eso después de la decisión, de naturaleza política, corrió por el Presidente y el Ejecutivo. Como se generaron varios hechos jurídicos y políticos ajenos a la labor del consejo, se resolvió no invitarlos”).

³¹ El calendario original planificaba 24 reuniones, aunque al cancelarse una de ellas “*por razones de fuerza mayor*” (8) no se consideró apropiado reprogramarla sino que se trató lo correspondiente a esa reunión dentro de otra.

³² A tal punto que, aparentemente, el *Consejo* recibió únicamente tres comunicaciones no solicitadas: una por parte del presidente del Superior Tribunal de Justicia de La Rioja, a través del Presidente de la Nación, otra por parte del Sindicato Unión Obreros y Empleados Municipales de San Juan y una última por las “*mesas de discusión*” de la Asociación de Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público Fiscal de la Nación (21).

II.c.- Sobre este Consejo y su desorientación teleológica

Desprovisto de representatividad política, pluralismo social, o consenso partidario, al *Consejo Consultivo* sólo le queda la legitimación proveniente de su saber técnico. Esto acarrea una consecuencia relevante: como todo órgano de asesoramiento técnico, puede asesorar sobre medios, pero no sobre fines. Lo verdaderamente deseable habría sido que el *Consejo* realizara sus recomendaciones luego de un acuerdo social y político amplio para identificar qué debe ser modificado y en qué dirección³³. Ante la ausencia de tal acuerdo, y ante la renuncia del Presidente a indicarle al *Consejo* hacia dónde orientar sus recomendaciones³⁴, el *Consejo* se encontró a la deriva.

Aquí es donde vuelve a cobrar relevancia la autopercepción del *Consejo* como un órgano “democrático”. Sin un Congreso o un Presidente que le digan qué hacer, el *Consejo* no tuvo más remedio que introducir sus propias preferencias al momento de elegir hacia dónde debía ir la Justicia argentina³⁵, arrogándose una legitimidad democrática en el ejercicio de esa tarea de la que -desde luego- carece. Lo que es más grave, sin una orientación política precisa los consejeros podrían confundir, aun de buena fe, sus intereses profesionales o corporativos con el interés general (lo que se muestra de modo algo obscuro, por ejemplo, cuando, al momento de dar su opinión al Presidente, algunos consejeros optaron por reproducir textualmente, sin aviso, el texto de dictámenes realizados a pedido de otras instituciones cuyos intereses no son necesariamente los mismos que los del Presidente o los de la democracia³⁶).

El *Consejo*, sin liderazgo externo y sin mayorías estables o alineadas políticamente, postuló horizontes que luego no persiguió. Pueden mencionarse algunas instancias notables de esta desorientación normativa de la que adolece el *Informe*. En primer lugar, la que tal vez sea más llamativa, es que en sus propuestas para reformar el Consejo de la Magistratura anuncian que desean un Consejo de la Magistratura más “democrático”³⁷, lo que además estaría en línea con uno de los anunciados pilares fundamentales de la labor del *Consejo*, como sería “*democratizar el servicio de justicia*” (57-60). Así, elevar las representaciones corporativas (abogados, jueces y académicos) en detrimento los representantes de los poderes electos por la ciudadanía (legisladores nacionales y representante del Poder Ejecutivo) serviría para quitar al Consejo de la Magistratura su naturaleza “*político-partidaria*” en consonancia con el fallo *Rizzone* de la Corte Suprema (367). La contradicción interna de ambos postulados salta a la vista: tal vez sea acertado reducir la participación de representantes políticos en el Consejo de la Ma-

³³ Véase Guidi, *supra* nota 12.

³⁴ Entrevistado por Página/12 el 19 de julio de 2020 (*supra* nota 17), el Presidente sostuvo que “[su] opinión no importa[ba]”. En el anuncio de creación del *Consejo Consultivo* (*supra* nota 1) explicó que “no esta[ba] en [su] ánimo condicionar al Consejo”.

³⁵ Por ejemplo, al realizar sus propuestas para la reforma de la Corte Suprema, la mayoría del *Consejo* empieza por “transparentar el ideal regulativo que la orienta” (206) basado en “premisas” cuyo origen no revelan. Otras consejeras se unen a la mayoría en este punto específico (821).

³⁶ Por ejemplo, el consejero Gil Domínguez copia la totalidad de sus consideraciones acerca de la designación y duración del mandato del Procurador y Defensor Generales de la Nación (725-740) de un dictamen que había realizado a pedido de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional en el contexto de un proyecto de reforma del Ministerio Público impulsado por el gobierno de Mauricio Macri. Véase el dictamen original en <https://www.amfjn.org.ar/2018/03/19/dictamen-para-la-amfjn-sobre-el-ministerio-publico/>

³⁷ Así, el dictamen de mayoría pondera varias veces que su propuesta de ampliación del número de académicos en el Consejo de la Magistratura resulta “*democratizador*” (367) y que otorgar a cada estamento igual cantidad de representantes es la postura que “*mejor se condice con la aludida democratización*” (369).

gistratura, órgano pensado para equilibrar representaciones corporativas y políticas. Lo que es muy extraño es ampliar representaciones corporativas en beneficio de la “*democratización*” del sistema. O al menos, de hacerlo, habría que aclarar qué noción de “*democracia*” manejan los consejeros que se riñe con las consideraciones “*político-partidarias*”.

Otro episodio muy notable de desorientación normativa es el referente al federalismo. Las ocho páginas dedicadas al asunto (50-57) consisten en definiciones algo genéricas, sin ni una mención a qué problemas presenta el Poder Judicial actual en términos de federalismo, qué exige el federalismo en la organización judicial o qué debería modificarse. Sin embargo, al recorrer las propuestas puede verse un énfasis en que el problema para el *Consejo* parece limitarse a garantizar la integración “federal” de algunos organismos como la Corte Suprema (205) o el Consejo de la Magistratura (392). Esta integración federal, por cierto, parecería ser garantizada por que sean los naturales de “las provincias” quienes integren esos órganos (y no, como prevé nuestro sistema institucional, por el modo federal en el que se designan estos funcionarios, con intervención del Senado³⁸).

Este énfasis contradice el espíritu profundamente unitario del propuesto *Tribunal Federal de Garantías*, con competencia para revisar la totalidad de las sentencias provenientes de los tribunales superiores de provincia³⁹. La mayoría del *Consejo* parece contemplar el federalismo con más resignación que entusiasmo: “[p]ara bien o para mal el federalismo es un rasgo que debemos aceptar de nuestra forma de organización política”, lo que implica “*aceptar*” un límite a la revisión federal de sentencias provinciales (230). De hecho, uno de los miembros del *Consejo* incluso se ha opuesto a que este tribunal se cree con asentimiento de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires a través de tratados interprovinciales⁴⁰. Así, el tribunal creado por el Congreso Nacional, concursado en el Consejo de la Magistratura Nacional y nombrado por el Presidente con acuerdo simple del Senado⁴¹ revisará las sentencias del sistema judicial de

³⁸ Existe en la Argentina un uso coloquial del término “federal” que equivale a diversidad geográfica (así, por ejemplo, tenemos un Campeonato Federal de Asado o se dice que el “Bailando por un Sueño” es federal por reclutar participantes en varias localidades). Sin embargo, no es éste el sentido en el que la teoría política y la Constitución Nacional usan el término cuando refieren a una organización del Estado en la que los entes federados se dan sus propias normas y participan en un gobierno federal común.

El *Consejo* es un órgano conformado por única voluntad del Presidente de la Nación, sin consultar a ningún gobierno provincial ni al Senado. Ante esta conformación, la integración diversa del *Consejo* (“federal” según el *Informe* [7], utilizando el sentido coloquial de la expresión) difícilmente lo convierta en “federal” en el sentido constitucional de la expresión.

³⁹ Véase *infra*, Parte IV.1. Esta contraposición es correctamente realizada por el consejero Ferreyra (113-114), aunque aclara que para él el *Tribunal Federal de Garantías* “no podría ser acusado de alterar las autonomías de las provincias” (169).

⁴⁰ Andrés Gil Domínguez, “El art. 125 de la Constitución argentina y la creación del Tribunal federal de revisión de sentencias arbitrarias (o Tribunal federal de garantías)”, 8 de marzo de 2021, <https://underconstitucional.blogspot.com/2021/03/el-art-125-de-la-constitucion-argentina.html>

⁴¹ Este tribunal sería inferior a la Corte Suprema, por lo que no cabría otro modo de designar a sus integrantes según el art. 99 inc. 4° de la Constitución Nacional. Así lo reconocen expresamente el consejero Gil Domínguez y la consejera Herrera (906), mientras que el resto no hace mención a la cuestión, tal vez por considerarlo obvio. Sin embargo, en una entrevista brindada luego de la presentación del Informe, la consejera Herrera revé su posición, afirmando que el procedimiento ordinario de designación de jueces es inadecuado para el tribunal intermedio y que debería establecerse un procedimiento *ad hoc*, por el cual el Presidente solicita a cada gobernador un candidato y una candidata, de los cuales elegirá a uno o una para conformar un tribunal de veinticuatro miembros con acuerdo de dos tercios del Senado (entrevista en *Mood Jurídico*, <https://youtu.be/5hxdzTaw3z4?t=985>, minuto 23:50). Un sistema como este sería muy probablemente declarado inconstitucional por no respetar el artículo 99 inc. 4°.

todas las provincias (que serán compensadas por la integración “federal” de este tribunal⁴²). La idea de un tribunal intermedio es cuestionable por varios motivos, como veremos más adelante. Lo que es notable es que una propuesta tan abiertamente unitaria, cuya necesaria consecuencia es que miles de sentencias provinciales que hasta hoy quedaban firmes sean revisadas por un tribunal federal, se defiende bajo la bandera del fortalecimiento del federalismo sin mayores aclaraciones⁴³.

Veamos un último ejemplo algo más complejo pero tal vez más elocuente de esta desorientación normativa: la propuesta de algunos consejeros de incorporar una “acción abstracta de inconstitucionalidad” (217-223), mediante la que cualquier ciudadano -incluso sin sufrir un perjuicio particular- podría solicitar la declaración de inconstitucionalidad de cualquier ley del Congreso. En primer lugar, es esperable que semejante innovación aparezca fundamentada en consideraciones exhaustivas acerca del rol de los jueces y de la interpretación constitucional en la democracia.

No es el caso. El *Informe* dedica cuatro (217-220) de las siete páginas en las que se ocupa del tema a explicar que esta propuesta sería constitucional (aunque con argumentos poco convincentes⁴⁴, que incluyen citar al clásico fallo *Sojo* para decir exactamente lo contrario de lo que el fallo dice ¡mediante el artilugio de citar su disidencia!⁴⁵). Otras dos páginas (221-222) están dedicadas a describir la acción análoga existente en la Ciudad de Buenos Aires.

Lo único que se dice para justificar la conveniencia de esta acción es que esta podría “garantizar] la plena vigencia del artículo 75 inciso 22 (y con ello el control de convencionalidad interno) en temas de trascendencia institucional y que en términos democráticos acerque a la Corte Suprema de Justicia a la sociedad” (220). Además, se dice que “[e]sta propuesta se halla en línea con los principios de democracia, deliberación, tutela judicial efectiva, acceso a la justicia, gratuidad en los trámites, asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes e inviolabilidad de la persona” (218). Por supuesto, en ningún momento se explica de qué modo esta acción logra este objetivo en mayor medida que el sistema de control de constitucionalidad difuso existente (lo que resulta particularmente lla-

⁴² El consejero Palermo hace énfasis en la integración del tribunal respetando criterios de representación federal (234). La consejera Herrera propuso luego que el tribunal sea integrado por un integrante por cada provincia (“Uno por provincia, más federal que eso no hay”, minuto 19:36 de la entrevista citada en la nota anterior).

⁴³ Aquí cabe destacar que todas las consejeras y todos los consejeros provenientes de los poderes judiciales locales, se opusieron, con fundamento en el federalismo, a la creación de un tribunal federal con competencia para revisar las decisiones de los tribunales de provincia (232, 233 y 294).

⁴⁴ Ver, desarrollo en IV. b.

⁴⁵ La Corte Suprema en el caso *Sojo* ejerció por primera vez en la historia argentina el control judicial de constitucionalidad de las leyes al invalidar una norma del Congreso que -a criterio de la Corte- ampliaba su competencia originaria (la que le permite actuar como primera y única instancia) más allá de lo previsto en el texto de la Constitución. La Corte defendió su propia independencia al impedir que el Congreso ampliara -por medio de una ley- el alcance de la competencia originaria y al mismo tiempo, instituyó la facultad de control de constitucionalidad de las leyes no expresada en el texto de constitucional de 1853-60.

Es difícil transmitir por fuera de la disciplina jurídica la gravedad de citar la disidencia del fallo *Sojo* como si hubiera sido la resolución del caso. El fallo *Sojo* (es decir, su mayoría, no su disidencia) se ha citado en infinitas ocasiones y la doctrina del pronunciamiento de la mayoría se ha consolidado de manera estable y sin fisuras, mientras que el voto disidente no ha tenido, hasta ahora, ninguna repercusión. La mejor analogía que se nos ocurre es que esta cita equivale a afirmar que Adolfo Rodríguez Saá ganó las elecciones presidenciales de 2003 (omitiendo que lo hizo sólo en una mesa de Necochea).

Por último, cabe aclarar que de acuerdo con la propia doctrina propiciada por el *Consejo*, según la cual los jueces inferiores deben seguir la doctrina de la Corte (262), deberían declarar esta acción inconstitucional inmediatamente por incumplir con la doctrina del fallo *Sojo*.

mativo: el debate entre control difuso y abstracto de constitucionalidad tiene décadas de rica literatura encima, de la que en el *Informe* no hay ni noticias⁴⁶).

En segundo lugar, y lo que es peor, este escueto fundamento normativo parece ir en contra de una agenda razonable de despolitización de la justicia. Como ha sido argumentado con frecuencia en el derecho constitucional comparado, las acciones abstractas de inconstitucionalidad politizan enormemente a las cortes supremas, obligándolas constantemente a tomar partido en cada disputa política coyuntural⁴⁷. Esta acción directa de inconstitucionalidad tendría política pero no diálogo: procede *antes* de que el diálogo institucional tome cuerpo⁴⁸, dando a la Corte la *primera* palabra en la cuestión de la constitucionalidad de la ley⁴⁹.

Descartado el pluralismo en la composición del Consejo y en su método de trabajo, y develada su insuficiente orientación normativa sólo queda evaluar el Informe por sus méritos académicos intrínsecos. A eso dedicamos lo que queda de este documento.

III.- Metodología del Informe

El principal problema con el *Informe* es que procede mayormente a través de la interpretación de normas, desentendiéndose del funcionamiento real de las instituciones sobre las que realiza recomendaciones. Esto no es sorprendente si tenemos en cuenta cuál es la experiencia de la mayoría de los integrantes del *Consejo*, mayormente integrado por juristas teóricos y

⁴⁶ Véase por ejemplo Victor Ferreres Comella, “The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization?”, en *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, Año 2004, págs. 461-491.

⁴⁷ Así lo ha notado por ejemplo el prestigioso estudioso del derecho constitucional comparado Wojciech Sadurski: “[P]arece obvio que en el proceso de considerar una ley en abstracto, la corte se comporta mucho más como un cuasi-legislador que como un órgano judicial, y la implicancia para la separación de poderes es mucho más grave que cuando el control se limita a la decisión de casos concretos. Una de las razones de esto es que el control abstracto, cuando se dirige (como suele suceder) a una ley recientemente aprobada, trae a la corte al centro de una controversia política”, véase Wojciech Sadurski, “Constitutional Review in Europe and in the United States: Influences, Paradoxes, and Convergence”, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1754209

El constitucionalista estadounidense Bruce Ackerman, al realizar recomendaciones a las nuevas democracias del bloque del este en la década de 1990, realizaba la siguiente ponderación del sistema de constitucionalidad difuso de su país (similar al argentino): “[S]i una corte debe esperar un reclamo específico por parte de un individuo común, tal vez tome un tiempo antes de que una disputa fuertemente politizada entre en el despacho de los jueces. Este lapso provee a la corte de un valioso recurso político en su lucha por mantenerse como parte del nuevo orden constitucional. Después de uno o dos años, una iniciativa ardientemente resistida puede haber perdido parte de su impulso original. Un fallo judicial que podría haber llevado a la corte a un batalla perdida contra una mayoría parlamentaria enfurecida, dos años más tarde puede ser recibida de un modo más mesurado”, Bruce Ackerman, *The Future of the Liberal Revolution*, Yale University Press, New Haven, 1992, pág. 108 (traducimos de la versión inglesa, pero hay edición castellana: Bruce Ackerman, *El futuro de la revolución liberal*, Ariel, Barcelona, 1996).

⁴⁸ Sobre la cuestión del diálogo en el control judicial pueden consultarse los trabajos publicados en Roberto Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014. Sobre la necesidad de que los procesos institucionales se desarrollen a lo largo de tiempos que permitan la reflexión y el diálogo, véase Ming-Sung Kuo, “Against instantaneous democracy”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 17, Año 2019, Págs. 554–575.

⁴⁹ Resulta interesante que el rol previsto por el Consejo para la Corte Suprema parece ir en contra de los deseos del Presidente de la Nación, que deploró la “politización de la justicia y la judicialización de la política” (*Palabras del Presidente Alberto Fernández en la Apertura del 139 período de sesiones ordinarias, del Honorable Congreso de la Nación Argentina*, 1 de marzo de 2021, disponible en <https://www.casarosada.gob.ar/informacion/discursos/47566-palabras-del-presidente-alberto-fernandez-en-la-apertura-del-139-periodo-de-sesiones-ordinarias-del-honorable-congreso-de-la-nacion-argentina-caba>).

nadie que haya realizado estudios empíricos acerca del funcionamiento del Poder Judicial (por no hablar de especialistas en gestión de las organizaciones o disciplinas similares).

La prescindencia del *Informe* de la información empírica no es, por supuesto, exclusiva del *Consejo* ni enteramente su culpa. La academia jurídica argentina ha incorporado muy lentamente los estudios empíricos a su currícula, y la cuestión continúa siendo vista como secundaria o ajena a la disciplina. Aún en la actualidad, muchos de los estudios empíricos acerca del funcionamiento de las instituciones judiciales argentinas se publican en revistas extranjeras, no son traducidos al castellano y rara vez forman parte del debate jurídico interno.

Sin embargo, el problema no es sólo que mucha de la información necesaria para reformar seriamente el sistema de justicia no ha sido compilada o procesada para su utilización, sino que el *Consejo* ha parecido creer que la inspección del funcionamiento empírico de las instituciones sobre las que opinó no formaba parte de su tarea. De modo más evidente, en algunos casos, por propia confesión de los consejeros, los temas fueron discutidos y dictaminados *antes* de recibir la (de por sí escasa) información empírica que solicitaron para tal fin. Así, por ejemplo, el propio Informe reconoce que la información solicitada al Ministerio de Justicia les fue suministrada los días 11 y 30 de noviembre (13). Sin embargo, según el calendario del propio *Consejo*, las cuestiones vinculadas al Ministerio Público y la transferencia de la Justicia Nacional ya se habían decidido, y las vinculadas al juicio por jurados se decidieron el día 12 (9).

En los pasajes en los que el *Consejo* sí parece querer apoyarse en información, no parece preocupado por obtener información relevante sino meramente ilustrar conclusiones obtenidas de antemano. Por tomar un ejemplo, en un *Informe* destinado a evaluar y proponer reformas a la Justicia Federal, se destinan cuatro páginas (35-38) a enumerar varones y mujeres presentes en los superiores tribunales provinciales (cuya situación, desde ya, no corresponde a un *Informe* dedicado a analizar la justicia federal). Luego de esta enumeración, hay un párrafo destinado a replicar el contenido de la gacetilla de prensa del Informe 2019 de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵⁰, que incluye el conjunto de personal en las justicias locales, nacional y federal sin distinción. Sólo una oración está destinada específicamente a la brecha de género en la justicia federal, refiriéndose únicamente al número de magistradas y magistrados sin ninguna desagregación (39). Por supuesto, esto no se debe a que muchos de estos datos no hayan sido ya producidos en numerosas investigaciones⁵¹.

Lo interesante es que esta orfandad casi absoluta de datos no impidió al *Consejo* realizar propuestas. Algunas de éstas (como los “*protocolos de violencia de género y acoso laboral*”, o la “*capacitación y formación continua en género de conformidad [...] con la ley Micaela*”, “*entre otras tantas acciones positivas*”) (49) sin dudas son razonables, pero es precisamente su nivel de generalidad las que las vuelven razonables. ¿Hay sectores de la Justicia más machistas que otros? ¿De qué manera fallan los protocolos existentes en materia de violencia y acoso? ¿De qué manera falla

⁵⁰ “La Corte Suprema publicó la actualización del Mapa de Género de la Justicia Argentina”, *Centro de Información Judicial*, 5 de marzo de 2020, <https://www.cij.gov.ar/nota-36835-La-Corte-Suprema-public-la-actualizaci-n-del-Mapa-de-G-nero-de-la-Justicia-Argentina.html>

⁵¹ El propio informe de la Corte Suprema cuya gacetilla el *Informe* replica tiene un nivel de desagregación bastante más sofisticado. Por dar un ejemplo de estudio empírico sobre la cuestión de género en el Poder Judicial, véase María Eugenia Gastiazoro, *Género y trabajo: mujeres en el poder judicial*, Centro de Estudios Avanzados, Córdoba 2013, disponible en http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/cea-unc/20161116032848/pdf_1199.pdf

la formación en materia de género? Algo similar ocurre cuando advierten que la agenda de inteligencia artificial que el propio *Informe* propugna podría tener efectos adversos en materia de género (49-50), citando sólo una nota de divulgación y no aclarando siquiera mínimamente en qué aspectos podrían producirse estos sesgos. Sin una pista sobre estas cuestiones, el *Informe* no agrega mucho a lo que ya sabíamos.

Los ejemplos de esta utilización algo torpe de algunos guarismos pueden multiplicarse. Veamos otro ejemplo muy elocuente: el *Informe* introduce tablas que “contabilizan” los países de América Latina en los que se incluyeron ciertos “pilares” en materia de incorporación de inteligencia artificial (69-75). Así, nos informa que cuatro países se han propuesto contar con “integridad para una justicia confiable” mientras otros seis buscan una “justicia eficiente, oportuna y eficaz” (70). Este procesamiento de la información muestra otro sesgo del *Informe* sobre el que volveremos más adelante: el *Consejo* parece creer que la solución a los problemas de la Justicia argentina se alcanza con la redacción correcta de las normas (incluso las que declaran principios generales), desentendiéndose de sus condiciones materiales de concreción o del comportamiento de los agentes del sistema y sus incentivos.

Pero incluso en el plano del trabajo con normas, el *Informe* no agrega mucho a la mera enunciación. Si bien nos parece que los principios destacados no tienen ninguna singularidad relevante, y que lo peculiar en todo caso sería alguna legislación que se comprometiera con el “principio de justicia ineficaz”, o “administración de justicia inaccesible”, tampoco -en el *Informe*- aparece un análisis de las implicancias normativas o consecuencias prácticas de los principios relevados, o un argumento acerca de cuáles conviene traer a nuestra legislación.

En ocasiones, el tratamiento de la “información” relevada no arroja mayores consecuencias sobre las recomendaciones o el análisis del estado de situación. Sin embargo, en algunos casos, como ocurre en el análisis del funcionamiento del Ministerio Público, el maltrato de los pocos datos incorporados lleva a consecuencias abiertamente contraproducentes. El *Informe* concluye que el Ministerio Público Fiscal ha desatendido sus funciones no penales simplemente contando los fiscales destinados a cada área sin detenerse a evaluar qué funciones cumple cada uno, cuántas causas exigen su intervención y por qué serían necesarios⁵².

El *Informe* denuncia que el Ministerio Público Fiscal no cumple con su función constitucional en materia penal, “lo cual se lo observa a la luz de los escasos recursos institucionales- recursos destinados a este fin” (sic, 676). Las páginas siguientes (676-679) se limitan a contar los fiscales destinados a uno y otros fueros, corroborando que, efectivamente, hay más fiscales en materia penal que en el resto de los fueros. Denunciar que hay más fiscales penales que no penales, sin contrastar con la cantidad de causas de unos y otros o sus funciones en ellas, y concluir de ello que hay un problema con los fueros no penales equivale a decir que hay un problema en el sistema de salud porque hay más pediatras que alergistas.

Los ejemplos recogidos no son selecciones malintencionadas de párrafos accesorios en un informe de más de 900 páginas. Se trata de fallas severas en el tratamiento de los que, para los propios consejeros, constituyen los cuatro ejes ordenadores (agenda digital, género, federalismo y democratización del servicio de justicia) de las propuestas elevadas al Presidente. En lo que sigue, analizaremos algunas de las propuestas concretas del *Consejo*, mostrando cómo la crítica a esta desorientación normativa y metodológica no responde a un preciosis-

⁵² Por si hiciera falta aclararlo, la intervención de los fiscales en materia penal es inevitablemente mucho más intensa que en otros fueros en los que el Ministerio Público no tiene la carga de impulsar la acción.

mo académico, sino que advierte sobre el impacto en las reformas elevadas al Presidente y acogidas por él⁵³.

IV.- Análisis de las propuestas

De las propuestas elevadas por el *Consejo* algunas están orientadas a legislar reglas que actualmente existen en la jurisprudencia, sin resolver sobre sus implicancias – lo cual sí resultaría novedoso. Por ejemplo, el *Informe* propone convertir en ley la doctrina del carácter vinculante a los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación vigente desde al menos “*Cerámica San Lorenzo*” pero, más allá de una referencia de dos consejeros a la posibilidad de remover jueces por su apartamiento de doctrinas vinculantes (262)⁵⁴, nada se dice de los remedios que deberían adoptarse frente al apartamiento del precedente de la Corte Suprema y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos consejeros, por cierto, ni siquiera mencionan el precedente *Cerámica San Lorenzo*⁵⁵, por lo que mucho menos realizan un diagnóstico acerca de su cumplimiento.

Hay otras propuestas que sí serían verdaderas innovaciones, pero al momento de proyectar sus implementaciones el *Consejo* no analiza los obstáculos constitucionales que supondrían. Es lo que sucede con la sugerencia de crear una acción abstracta de inconstitucionalidad. Según el sistema propuesto, como ya vimos, los habitantes podrían -en cualquier momento- cuestionar la constitucionalidad de una ley del Congreso ante la Corte sin necesidad de un caso concreto. Pero el *Consejo* auspicia la creación por ley de esta acción sin advertir impedimentos constitucionales serios. En primer lugar, es posible entender que la propuesta amplía la competencia originaria de la Corte, lo cual está vedado por la jurisprudencia de la Corte desde el fallo *Sojo* en adelante⁵⁶. En segundo lugar, la propuesta permitiría el ejercicio del control de constitucionalidad apartándose del también histórico requisito de “caso”⁵⁷. Además, al prever un novedoso reenvío al Congreso para que éste insista sobre la vigencia de la ley con un plazo perentorio de tres meses y con mayoría de dos tercios, el *Consejo* está también proponiendo modificar el régimen constitucional de formación y sanción de leyes, obviando que semejante reforma sería posible solamente por medio de una convención constituyente.

Estos escollos constitucionales tal vez tengan alguna manera de ser sorteados, pero lo notable es que no son siquiera mencionados por los expertos jurídicos que se limitan a citar

⁵³ Véase *supra* nota 49, discurso de apertura de sesiones ordinarias del Presidente Alberto Fernández.

⁵⁴ Referencia que, por otra parte, no es realizada como parte de las propuestas al Poder Ejecutivo (912).

⁵⁵ Sí lo hace el consejero Ferreyra (180).

⁵⁶ La ampliación de la competencia originaria de la Corte por ley debería superar la jurisprudencia que desde “*Sojo*” sostiene que “[n]o es dado a persona o poder alguno, ampliar o extender los casos en que la Corte Suprema ejerce jurisdicción exclusiva y originaria por mandato imperativo de la Constitución Nacional”. Los consejeros parecen creer desembrazarse de esta objeción refiriendo a la disidencia del fallo *Sojo* (véase *supra* nota 45).

⁵⁷ La creación por ley de una acción popular abstracta también debería superar la jurisprudencia que tradicionalmente entiende que la existencia de caso es un requisito constitucional del art. 116 de la CN y no solamente una exigencia legal. En 1863, en el tercer litigio que debió resolver desde su instalación, la Corte Suprema afirmó que ella “no podía intervenir sino para reparar agravios inferiores por sentencia judicial pronunciada en pleito entre partes” CSJN, Fallos 1:27, *in re* “causa III”, resuelto el 26/10/1863 y también CSJN, Fallos 2:253, *in re* “*Pérez, José Roque en representación de la Provincia de Mendoza*”, resuelto el 14 de noviembre de 1865. Más recientemente, en “*Halabí*”, también se mantuvo el recaudo de caso incluso para los conflictos colectivos, que por su alcance podían haber permitido un mayor relajamiento de la exigencia.

la disidencia del caso “*Sojo*” como si fuera el derecho vigente y la doctrina que prevaleció en la doctrina posterior de la Corte⁵⁸.

Los ejemplos son varios. Por brevedad y relevancia, en esta sección realizaremos un breve análisis de aquellas propuestas del *Consejo Consultivo* elegidas por el Presidente de la Nación para su agenda legislativa de este año.

IV.1.- *Tribunal Federal de Garantías*

Con matices importantes⁵⁹, los consejeros proponen crear un *Tribunal Federal de Garantías* para resolver aquellos planteos que soliciten la revisión de sentencias arbitrarias y que actualmente tramitan ante la Corte Suprema, bajo el entendimiento de que las sentencias arbitrarias son actos inconstitucionales.

Esta propuesta, que ha sido recogida por el Presidente⁶⁰ y calificada de “brillante” por el Ministro de Justicia Martín Soria⁶¹, se basa en la identificación de tres problemas analíticamente distintos. En primer lugar, la Corte Suprema estaría expuesta a una sobrecarga de trabajo que no puede abarcar (225). En segundo lugar, esta excesiva carga de trabajo distraería a la Corte de su rol natural de cabeza del Poder Judicial, que debería resolver pocas causas de trascendencia. Por último, al dejar una cantidad importante de recursos sin resolver de modo fundado, estaría violando los derechos de los litigantes.

Según el *Consejo Consultivo*, estos problemas se resolverían con un *Tribunal Federal de Garantías*, que resolvería las apelaciones por causa de arbitrariedad tanto de los poderes judiciales de las provincias como de la justicia federal⁶². Así, dispensada de esta ingrata tarea, la Corte podría ocuparse de las cuestiones de derecho federal verdaderamente importantes mientras que los litigantes tendrían asegurada una revisión judicial exhaustiva.

Tanto el diagnóstico como el remedio, veremos, presentan problemas serios que el *Informe* no resuelve.

El primer diagnóstico (la sobrecarga de trabajo de la Corte) es interesante porque es alcanzado sin que se le haya consultado a la Corte Suprema por su propia carga de trabajo y

⁵⁸ Véase *supra* nota 45.

⁵⁹ Herrera y Gil Domínguez recomiendan la creación de un Tribunal Federal de Sentencias Arbitrarias que revisará las decisiones jurisdiccionales dictadas por las Cámaras de Apelaciones Federales, la Cámara de Casación Penal y los Superiores Tribunales de Justicia (233). Ferreyra también propone un Tribunal Federal de Garantías que “conocerá sobre sentencias definitivas o equiparables que adolezcan de manifiesta arbitrariedad pronunciadas por el Superior Tribunal de la causa, según la determinación del respectivo orden jurídico” (189). Palermo y Sbdar proponen que ese tribunal sólo revise las sentencias del fuero federal. Arslanian y Beraldi postulan la creación de una segunda Cámara Federal de Casación en materia no penal. Battaini, Kogan y Weinberg sugieren eliminar la jurisdicción por arbitrariedad de sentencia creada pretorianamente y rechazan la idea de un tribunal federal que revise sentencias provinciales, ya que “menoscabar[ía] el sistema federal y desconocer[ía] la autoridad de los tribunales superiores locales como última instancia antes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (294).

⁶⁰ Ver *supra* nota 49.

⁶¹ Entrevista del entonces diputado Martín Soria del 16 de marzo de 2021, luego de anunciarse su nombramiento como Ministro de Justicia, con Gustavo Sylvestre en el programa *Minuto Uno*, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=pPfUS8CtjPs&ab_channel=C5N, minuto 9:58.

⁶² Así en la versión de los consejeros Gil Domínguez y Herrera, que el Presidente parece haber recogido.

tampoco la citan quejándose de ello⁶³. Tampoco sabemos cómo se compara esta carga de trabajo con la de tribunales comparables en otros países o a nivel provincial. Es verdad que, con la cantidad de causas resueltas anualmente, es imposible que cada juez le dispense a cada expediente la atención personal necesaria (226). Pero también es posible que no sea necesario: muy probablemente una gran cantidad de recursos sea manifiestamente inadmisibles, y alcance con que la burocracia profesional de la Corte reciba órdenes precisas para recomendar su rechazo. Esto es tan antipático como inevitable: mientras exista una Corte Suprema en la cabeza del Poder Judicial recibirá tantas causas como litigantes deseen apelar ante ella con o sin razón para hacerlo. No sabemos si esto es lo que explica la situación al interior de la Corte, pero en todo caso el *Informe* no lo despeja. Dada esta ausencia de esta información, por cierto, tampoco tenemos idea de cuántos jueces tendría que tener el *Tribunal Federal de Garantías* para que sus integrantes sí puedan dedicarle la atención adecuada a cada uno de los expedientes.

El tercero de los problemas observados por el *Consejo*, el hecho de que la Corte rechace una cantidad excesiva -para los consejeros- de recursos extraordinarios y quejas, según el *Informe* afectaría de dos maneras distintas a la función de administración de justicia: por una parte vedaría el acceso a la tutela judicial efectiva mientras por otra dejaría desamparado el derecho que debiera ser tutelado jurisdiccionalmente.

No es claro que el *Consejo* aquí haya detectado un problema genuino. El diagnóstico solamente encuentra sentido a partir de dos suposiciones: *i*) los recursos que la Corte rechaza están mal rechazados y han sido interpuestos en causas en las que existió la afectación de un derecho constitucional; y *ii*) existe un derecho a un control judicial que incluye la revisión de una tercera (o incluso cuarta) instancia judicial⁶⁴. Inferir estadísticamente la primera suposición (*i*) resulta atrevido; predicar la segunda suposición (*ii*) resulta equivocado. Del hecho que los jueces de la Corte carezcan del tiempo material para examinar personalmente cada expediente no se deduce que dichos recursos habrían debido ser concedidos (de hecho, una enorme mayoría de los expedientes llegan a la Corte a través de un recurso de queja, es decir, luego de haber sido fundamente rechazados por el tribunal superior de la causa). Pero a su vez, incluso si se creyera que la revisión actual de la Corte es superficial e insuficiente, en nuestro sistema constitucional no existe un derecho que asegure la posibilidad de llegar recursivamente a un tribunal federal que revise decisiones en las que intervinieron dos instancias anteriores. Si no consideramos que la revisión realizada por las Cámaras de Apelaciones o los superiores tribunales de provincia son suficientes para garantizar los derechos de los justiciables, ¿por qué razón sí lo sería la revisión de este novel *Tribunal Federal de Garantías*? Seguir este razonamiento sin proponer una línea de corte clara lleva a una regresión infinita en la que cada sentencia podría ser arbitraria y por lo tanto debería ser revisada por algún nuevo tribunal a crearse.

En cualquier caso, la creación de un tribunal como el propuesto tiene una aptitud limitada para la solución del supuesto problema. Hoy en día la Corte Suprema (un tribunal

⁶³ Sobre la decisión de no consultar a la Corte Suprema, véase *supra* nota 30. El consejero Gil Domínguez de todos modos consideró que “[l]os hemos escuchado [a los ministros de la Corte Suprema] indirectamente. Los hemos escuchado a través de lo que los conocemos, a través de los artículos que publican, las conferencias que dan... Así que escuchados están” (entrevista citada *supra* nota 30).

⁶⁴ Esto queda claro cuando la mayoría del *Consejo*, al justificar la creación del Tribunal Federal de Garantías, afirma que “[e]l peligro frente a arbitrariedades se ve mitigado por la existencia de otro tribunal revisor, diferente al que dictó la resolución, que controle la arbitrariedad de la sentencia. Esto, con independencia de cuál sea ese tribunal, pues lo relevante es que haya un control y no si es o no la Corte Suprema la que lo ejerce” (229). Lo notable es que el *Consejo* no note que esta advertencia es válida para cualquier instancia a partir de la segunda.

con ciento sesenta años de historia y cuatro mil empleados) realiza el trabajo de analizar en memos internos cada uno de los recursos que le llegan, por más que luego rechace la mayoría de ellos sin exteriorizar su fundamentación. ¿Cuánto tiempo y caballos de fuerza necesitará un tribunal creado de la nada para replicar esa tarea? No tenemos idea, y el *Informe* no da ninguna pista acerca de cómo pensar en este problema.

El problema del rol constitucional de la Corte Suprema, y su desnaturalización a través de la absorción de una gran cantidad de causas por vía de la doctrina de la arbitrariedad conduce a errores y hace que el *Consejo* se precipite. La repetida crítica de que, a diferencia de -por ejemplo- la Corte Suprema de los Estados Unidos, nuestra Corte resuelve miles de casos siendo incapaz de dedicarse la misión de guardián de la Constitución no se encuentra respaldada por los datos disponibles. Como demuestra el estudio realizado por Leandro Giannini⁶⁵, la Corte emite, con fundamentación amplia, muchos menos pronunciamientos de los que se pretende⁶⁶. Esto nos permite verificar que en la práctica la Corte sí opera como el tribunal constitucional doctrinario al que se aspira, y solamente por excepción actúa como tribunal de justicia revisor de sentencias arbitrarias.

Si las conclusiones de Giannini son correctas, es dudoso que pueda afirmarse que la Corte ha desatendido su rol como tribunal constitucional. En todo caso, podría pensarse que el resto de sus tareas dificulta dicho rol, pero esto debe ser demostrado y no meramente postulado (de hecho, el trabajo de Giannini que citamos ni siquiera es mencionado al analizar estos problemas⁶⁷: una vez más, el *Informe* prefiere manejarse con preceptos normativos en lugar de datos empíricos). Además, como vimos, tampoco es para nada claro que esta dinámica lesione los derechos de los litigantes. Pero aun si por hipótesis se admitiera que la Corte efectivamente presenta estos problemas, y que la creación de un *Tribunal Superior de Garantías* podría aliviarlos, el *Informe* no se hace cargo de los difíciles impedimentos constitucionales que dicha propuesta debería sortear.

El proyecto de creación de un tribunal intermedio entra en tensión con el diseño constitucional de la estructura del Poder Judicial porque crearía un segundo tribunal con la “última palabra” acerca de las garantías constitucionales, apartándose de la norma jurisprudencial según la cual la Corte Suprema es la intérprete final de la Constitución, y, simultánea o alternativamente, entra en tensión con el diseño federal al proponer ampliar -en las normas o en los hechos- las competencias de la justicia federal para revisar las decisiones de los tribunales provinciales.

En verdad, los modos de introducir un nuevo tribunal en nuestro sistema revisor de sentencias por arbitrariedad no son muchos y todos tensionan con la Constitución o se vuelven -como mínimo- abiertamente superfluos. Una primera opción de diseño es que el *Tribunal Federal de Garantías* sea exclusivo y excluyente, es decir, que intervenga revisando -por arbitrariedad- las decisiones de los superiores tribunales de las provincias y las de las cámaras federales (de apelaciones y de casación), pero que sus propias decisiones sean irrecu-

⁶⁵ Leandro Giannini, “La producción jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Anales de La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, Núm. 50, año 2020, pág. 791.

⁶⁶ En 2018 la Corte fundó de manera extensa solamente 224 fallos en casos de recursos extraordinarios o quejas. El resto de los pronunciamientos se limitaron a fórmulas como la del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial o la acordada 4/2007 o remisiones a fallos anteriores de la propia Corte o al Dictamen de la Procuración General. Véase Giannini, *supra* nota 65, p. 820.

⁶⁷ Citan genéricamente su tesis doctoral, anterior a esta publicación, pero sin meterse a analizarla.

ribles -incluso si esas mismas decisiones fuesen arbitrarias- ante la Corte Suprema⁶⁸. En este diseño sería el nuevo tribunal quien de manera final resolvería las apelaciones por arbitrariedad de las que hace 112 años se ocupa la Corte. Sin embargo, más allá de las intenciones del *Consejo*, la irrecurribilidad de las decisiones del *Tribunal Federal de Garantías* puede defenderse solamente si: (a) se asume que el Congreso puede regular con amplia discrecionalidad los recursos ante la Corte; o (b) se entiende que en realidad la arbitrariedad no es una cuestión federal y que, como la Corte solamente entiende en cuestiones federales, no debe, ni nunca debió, intervenir en ellas.

Si bien es cierto, como nota el *Informe* (228), que la competencia extraordinaria, a diferencia de la originaria, puede ser reglada por ley, la asunción de (a) no advierte que existen limitaciones constitucionales a esa facultad reglamentaria del Poder Legislativo que impiden que el *Tribunal Federal de Garantías* revise arbitrariedades que la Corte no pueda revisar luego. Los artículos 31 y 108 de la Constitución imponen la supremacía de la Constitución y de la Corte Suprema en su interpretación, lo que significa que es la Corte, y no el tribunal que propone el *Consejo*, la que debe tener la última palabra sobre asuntos que versen sobre la Constitución Nacional. Si las sentencias arbitrarias violan el debido proceso y por ende resultan una cuestión constitucional, la reglamentación legislativa podrá establecer requisitos de forma, pero no podrá, como quizás se pretende, sustraerla por completo de la competencia de la Corte Suprema.

El fundamento enunciado en (b) es más problemático aún. Entender que la arbitrariedad no es una cuestión federal desafía abiertamente la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia, pero además, pondría en crisis al diseño federal. Un tribunal federal, como el que se propone en el *Informe*, es un órgano jurisdiccional del gobierno nacional y en consecuencia su jurisdicción no puede invadir la de los poderes judiciales de las provincias. Las sentencias arbitrarias, cuando versan sobre asuntos de derecho común o de derecho público provincial, pueden -actualmente- ser revisadas bajo la premisa de que no son actos jurisdiccionales válidos y que su existencia misma vulnera la Constitución Nacional. El apartamiento de esa lectura -de nuevo, realizada por la Corte Suprema desde hace más de un siglo- nos enfrentaría descarnadamente al hecho de que por vía de la competencia de la revisión de sentencias arbitrarias, una autoridad jurisdiccional nacional revisaría cuestiones de derecho común o de derecho público local en contradicción con el modo en el que los arts. 5, 75. inc 12 y 121 de la Constitución Nacional han sido interpretados hasta ahora.

Si bien no parece que el *Informe* contemple esta posibilidad, la referencia hecha por el Presidente de la Nación a la posibilidad de crear el tribunal mediante un tratado interprovincial regulado por el artículo 125 de la Constitución⁶⁹ sugiere que no ha sido del todo descartada. Dado que no existen detalles acerca de este plan, nos abstendremos de especular acerca de cómo podría pensarse este tribunal y las virtudes y defectos de cada regulación posible. Pero *a priori* parecería existir un inconveniente fatal: este hipotético tribunal podría evitar la objeción federal del párrafo anterior, pero al costo de crear un tribunal no federal superior a cada superior tribunal provincial (lo que sea muy probablemente contrario a cada una de las constituciones provinciales).

⁶⁸ Esta opción parece ser respaldada por la consejera Marisa Herrera, que explicando el contenido del *Informe* expresó que el litigante tendría que optar si recurrir por arbitrariedad ante el *Tribunal Intermedio* o por cuestiones constitucionales ante la Corte Suprema (véase la entrevista citada *supra* nota 41).

⁶⁹ Apertura de sesiones 2021, *supra* nota 49.

El segundo diseño posible es que las sentencias del *Tribunal Federal de Garantías* sean apelables ante la Corte Suprema, como parece sugerir la denominación de “Tribunal Intermedio” que adoptan algunos consejeros (231)⁷⁰. Esta salida resuelve el *cul-de-sac* constitucional fundando la competencia del nuevo tribunal en las garantías constitucionales vulneradas por las sentencias arbitrarias, del mismo modo que hace la Corte Suprema actualmente. Un sistema en el que se disponga la posibilidad de que las decisiones del *Tribunal Federal de Garantías* sean revisables por la Corte Suprema tendría la ventaja de respetar la jurisprudencia más constante y más antigua que adjudica a la Corte el rol de intérprete y decisor final de todo planteo de supremacía de la Constitución Nacional, sin comprometer normativamente la autonomía de las provincias.

En este caso, la dificultad constitucional deja lugar a una de índole práctica: la creación de un tribunal adicional no evitará que los recursos lleguen finalmente a la Corte, añadiendo un escaño más en el largo camino hasta una sentencia final. La Corte por imperio del artículo 108 de la Constitución Nacional y para preservar su última palabra en la jurisdicción constitucional, deberá revisar (así sea para rechazar) cada recurso contra cada sentencia del tribunal revisor y entonces ¿qué habremos ganado? La CSJN no reducirá su caudal de expedientes a revisar y los justiciables habrán perdido tiempo hasta una sentencia final. El tiempo en los procesos judiciales no es gratuito. Si el *Consejo* planificó las reformas auspiciadas incorporando, como se propuso, una “*perspectiva de género*” (26) y pensando al “*servicio de administración de justicia con un claro compromiso por las personas (justiciables) más vulnerables*” debió, como mínimo, ponderar cómo impactará la prolongación de los procesos en la vida de las mujeres y de las personas en situación de vulnerabilidad que acuden a la justicia. A su vez, el *Informe* también omitió explicarnos qué otras reformas deberían adoptarse -por fuera de la imposición de plazos que actualmente existen y no se cumplen- para que la propuesta de una instancia adicional no termine violando la obligación constitucional de dirimir los conflictos en un plazo razonable.

Por último, queda una tercera opción: el Tribunal Federal de Garantías podría ser legislado como tribunal final, y la irrecurribilidad de sus fallos ser declarada inconstitucional por la Corte Suprema. Ese escenario combina lo peor de todos los mundos. Por un lado provocará un descalabro institucional que podría minar la legitimidad del nuevo tribunal, afectando la confianza de la ciudadanía en sus decisiones e incentivando las apelaciones ante la Corte. Por otro lado, la competencia del nuevo tribunal terminará siendo el resultado espasmos institucionales cruzados y no de un diseño inteligente. El Poder Legislativo al crear un tribunal de garantías opera sobre la idea de que tendrá las competencias y funciones que él le asigna. La Corte Suprema al declarar inconstitucional la regulación de su competencia, lo hace a través del estrecho prisma del control de constitucionalidad y no a través de la visión amplia de un diseño judicial eficiente. Previsiblemente, el resultado será tan cotoso como superfluo.

⁷⁰ El consejero Gil Domínguez afirmó en una entrevista en enero que las sentencias del Tribunal Federal de Garantías serían apelables ante la Corte Suprema, por lo que actuaría como un filtro (Bernardo Vázquez, “La Corte tiene un problema, rechaza el 90% de las causas sin fundamento”, *Clarín*, 16 de enero de 2021. Sin embargo, en una charla dada en marzo, luego de haber conversado con el Presidente Fernández acerca de la cuestión, afirmó que está en discusión si estas sentencias serían o no apelables ante la Corte Suprema (véase la Conferencia sobre Reforma Judicial disponible en https://www.youtube.com/watch?v=cEstnv9pZIo&ab_channel=fund.cijuso, minuto 45:00). La conversación con el Presidente acerca de esta cuestión fue reportada en Maia Jastreblansky, “La trastienda del discurso: una escritura solitaria en Olivos en la que Alberto Fernández sumó el condimento político”, *La Nación Online*, 1 de marzo de 2021.

IV.2.- Reforma al recurso extraordinario federal

Partiendo de un diagnóstico similar al que lo lleva a proponer un *Tribunal Federal de Garantías*, el *Consejo* también sugiere modificaciones al recurso extraordinario federal (REF)⁷¹. De modo casi unánime propone: “[q]ue los artículos 280 y 285 del CPCCN formen parte de una etapa de admisibilidad previa a la tramitación del extraordinario federal”, “reglamenta[r] de manera más clara las causales que justifican el rechazo del recurso o la queja” y “definirse un instrumento informático de acceso público en el que se informen los casos en los que se aplican los arts. 280 y 285” (234). Ninguna de estas propuestas está fundamentada en el dictamen de mayoría, lo que hace difícil apoyarlas o rebatirlas. En particular, resulta particularmente curioso que se proponga “reglamentar de manera más clara las causales” de rechazo de los recursos pero que nada se diga de la orientación de esta reglamentación.

También resulta confuso entender si las diferentes posiciones convergen en algún cambio sustantivo en la “cuestión del 280”. Cuando el *Informe* se detiene en el desarrollo de las diferentes posiciones surge en realidad que algunos miembros de la mayoría van en la dirección contraria: Beraldi y Herrera -por ejemplo- proponen mantener el artículo 280 para las quejas (que en los términos del propio informe constituyen casi la totalidad de casos que conoce la Corte) y Arslanian tampoco “*comparte el deber de fundar como sentencia de mérito la inadmisibilidad del REF*” (235)⁷².

Pero sobre todo resulta difícil entender en qué dirección van las propuestas. El *Informe*, imbuido de una retórica contra la discrecionalidad judicial a la hora de rechazar los recursos extraordinarios, sugiere en realidad un ensanchamiento del artículo 280. Cuando la llamada mayoría propone “*que los artículos 280 y 285 del CPCCN formen parte de una etapa de admisibilidad previa a la tramitación del extraordinario federal, en el que también se analicen los requisitos formales de procedencia*” (234) parece sugerir que los tribunales que hoy reciben los recursos extraordinarios y analizan su admisibilidad -según requisitos más o menos claros de formalidad- hoy puedan recurrir al 280 y sumar una nueva causal de rechazo que -sea en la dosis que sea- siempre será más discrecional que la que tenían hasta hoy. Bajo esta lectura de las modificaciones, los territorios que alcanza el 280 parecen expandirse en lugar de acotarse.

⁷¹ Conviene realizar una breve explicación para lectores no dedicados al derecho constitucional. El REF es la forma más habitual de llegar a la Corte. Las reglas procesales indican que quien quiere impugnar una sentencia debe presentar un REF ante el tribunal que dictó la sentencia cuestionada. Ese tribunal hace un primer análisis de admisibilidad y si considera que no se da algunos de los requisitos formales, indica cuál y rechaza el REF. Si quien impugna la sentencia insiste puede interponer una “queja” ante la Corte. La mayoría de los recursos que recibe la Corte son estas quejas y muchas veces la Corte los rechaza sin más explicación que la cita del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. La crítica recurrente al “280” consiste en que la Corte rechaza un recurso sin una fundamentación más elaborada que la cita de un artículo. Por supuesto, la crítica o defensa del 280 depende del modelo de Corte que tengamos en mente. Pero aquí queremos mostrar cómo el Informe imbuido de esta crítica recurrente al 280 omite demostrar cómo en realidad es una crítica sobredimensionada y por otra parte propone extender espacios de discrecionalidad permitiendo que otros tribunales también puedan invocar el artículo 280.

⁷² Los consejeros Herrera y Beraldi en realidad proponen mantener la mera invocación del artículo 280 para los recursos de queja (235) que, de acuerdo con el propio Informe, constituyen la mayoría de los recursos resueltos por el tribunal. El consejero Arslanian propone mantener la mera invocación del artículo 280, aunque propone la producción de datos vinculados al artículo 280 de manera agregada (235). Los consejeros Ferreyra y Bacigalupo no proponen modificar el artículo 280. El consejero Palermo propone modificar el artículo 280 según el modelo del *certiorari* estadounidense, aumentando (y no disminuyendo) la discrecionalidad de la Corte al momento de no intervenir en causas judiciales (244-252).

Finalmente, no podemos concluir esta sección sin advertir que las críticas al artículo 280 parecen sobredimensionadas. Según las propias estadísticas del *Informe* (226), hasta el 90% de los casos que conoce la Corte constituyen quejas contra recursos extraordinarios que un tribunal anterior analizó y denegó por cuestiones formales detalladas. Por supuesto la intensidad y seriedad de ese detalle varía de tribunal a tribunal, pero por regla esa fundamentación exige una cierta motivación concreta pues esos tribunales superiores no pueden hacer uso de la comodidad del artículo 280. Esto es, el 90% de los casos que conoce la Corte, y que son pasibles de recibir la “plancha del 280”, contaron en realidad con un pronunciamiento judicial anterior que consideró que no se daba alguno de los requisitos para que el recurso resulte admisible.

Por otro lado, algunos consejeros realizan algunas consideraciones acerca del deber de la Corte Suprema de fundar, así sea mínimamente, los motivos por los cuales rechaza un recurso extraordinario o una queja. Como lo notan los consejeros Arslanian (236) y Palermo (248), la carga de fundar todos los rechazos (o algunos, como proponen Beraldi y Herrera [235]) resulta contradictoria con el propósito proclamado de aliviar a la Corte de su carga de trabajo.

A este respecto resulta de particular interés la argumentación del consejero Gil Domínguez, quien asegura que el rechazo de recursos extraordinarios sin fundamentación viola lo dispuesto en el fallo *Mohamed*⁷³ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (237-239)⁷⁴. Este argumento es de particular interés porque ha sido realizado por juristas de cercanía con el gobierno⁷⁵ e incluso insinuado por el propio Presidente de la Nación⁷⁶. Sin embargo, su incorrección debe ser puesta de resalto. Como también lo observa el consejero Palermo (249, n. 191), en dicho fallo estaba en cuestión el derecho a la revisión de la condena a través de un recurso ordinario (art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos). El Sr. Mohamed había sido absuelto en primera instancia y condenado en segunda instancia. Así, no pudo apelar su sentencia condenatoria ni siquiera una vez. Sólo pudo interponer un recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema que, al estar restringido a cuestiones de derecho federal, no es un recurso pleno en el que puedan debatirse los hechos y las pruebas del caso. En esas condiciones, el recurso extraordinario no podía satisfacer el derecho a apelar la sentencia condenatoria⁷⁷ (¡así no hubiera sido rechazado mediante el

⁷³Caso *Mohamed vs. Argentina*. Sentencia de 23 de noviembre de 2012 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)

⁷⁴La redacción del *Informe* es ambigua en cuanto a si el resto de los consejeros comparte este argumento. En cualquier caso, el consejero Palermo, que disintió en este punto, aseguró que sí lo hacían (246). También lo expresó en una entrevista posterior. Véase véase Alejandra Dandan, “La legitimidad democrática. El juez Omar Palermo y el rediseño del sistema judicial” en *El cobete a la luna*, 13 de diciembre de 2020, <https://www.elcohetalaluna.com/para-recuperar-la-legitimidad-democratica/> (“Sobre el tema del 280, la mayor parte de mis colegas dijo que es inconvencional”). Al menos la consejera Herrera ha coincidido explícitamente en este punto (véase Andrés Gil Domínguez y Marisa Herrera, “Reformar para transformar: la creación de un tribunal federal de revisión de sentencias arbitrarias”, en <https://underconstitucional.blogspot.com/2021/03/reformar-para-transformar-la-creacion.html>).

⁷⁵Véase por ejemplo Graciana Peñafort, “La corte de los milagros”, *El cobete a la luna*, 6 de diciembre de 2020, en <https://www.elcohetalaluna.com/la-corte-de-los-milagros/>

⁷⁶Véase la entrevista al Presidente Fernández en Horacio Verbitsky, *Axel, Cristina y Lavagna*, *El cobete a la luna*, 12 de enero de 2020, en <https://www.elcohetalaluna.com/axel-cristina-y-lavagna/> (minuto 8:00 de la parte 2).

⁷⁷Véase *Mohamed*, citado, par. 112 (“[E]l sistema procesal penal argentino que fue aplicado al señor Mohamed no garantizó normativamente un recurso ordinario accesible y eficaz que permitiera un examen de la sentencia condenatoria contra el señor Mohamed, en los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana, y también ha constatado que el recurso extraordinario federal y el recurso de queja, en tanto salvaguarda de acceso al primero, no constituyeron en el caso concreto recursos eficaces para garantizar dicho derecho”, el resaltado es nuestro).

artículo 280!⁷⁸). Sin embargo, este derecho podría haber quedado satisfecho con un recurso ante otro tribunal inferior. Nada hay en el fallo *Mohamed* que indique que la Corte Interamericana considere al art. 280 CPCCN en sí mismo contrario a la Convención (de hecho, los abogados del sr. Mohamed solicitaron que la Corte incluyera en su sentencia la obligación del Estado argentino de derogar el art. 280, a lo que la Corte se negó⁷⁹).

IV.3.- Consejo de la Magistratura

En las propuestas relativas al Consejo de la Magistratura (CM) es donde más se percibe la superfluidad del análisis del *Consejo*. Veamos.

El dictamen de mayoría tiene 111 páginas (345-355), de las cuales las primeras veinte son introductorias y de desarrollo histórico (345-364). Recién a partir de la página vigesimoprimer comienza lo que podría llamarse un análisis sobre las cuestiones que el *Consejo* estaba llamado a analizar.

El primer punto es el de la integración del CM (365-397). Después de revisar alguna doctrina y jurisprudencia, el *Consejo* concluye que la mejor manera de garantizar el “equilibrio” constitucional es si todos los estamentos del CM están representados con igual número de miembros. Si bien el Consejo sigue la jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto a que el “equilibrio” entre los estamentos no implica necesariamente igualdad en su número, afirma que “no hay más y mejor equilibrio [que] si todas las representaciones se encontraran conformadas en igualdad, es decir, con el mismo número de integrantes”, postura que es la que “mejor se condice con la aludida democratización” (370). Así, el *Consejo* propone una ampliación del CM a 16 integrantes (cuatro por el estamento de los jueces, cuatro por el de los abogados, cuatro por el de los poderes representativos y cuatro académicos), lo que, nuevamente, “sería una integración absolutamente equilibrada y más democrática en atención a la diversidad y pluralidad que compromete de por sí al ámbito académico y científico” (393).

Esto es todo cuanto se dice acerca de la cuestión de la integración del Consejo de la Magistratura. La difícil cuestión de la integración del Consejo, que ha sufrido múltiples reformas y ha sido objeto de diversos fallos judiciales, está resuelta por la mera interpretación de la voz “equilibrio” como igualdad y del supuesto carácter democrático de esta igualdad.

Sin embargo, ni la igualdad es el perfeccionamiento del equilibrio ni el equilibrio entre corporaciones es democrático. En efecto, al crear el CM, la Constitución consagró un organismo de representación corporativa. Es posible que sea deseable aumentar la representación democrática en este enclave corporativo, pero eso se puede obtener justamente disminuyendo (¡no aumentando!) la representación de las corporaciones de los jueces y de los abogados. El *Consejo* vuelve a confundir democracia con votaciones⁸⁰, sin tener en cuenta quién es el que está votando ni cómo se formó el órgano que vota. El ejemplo de los Estados Generales franceses antes de 1789 deja claro que nada hace pensar que la representación estamentaria sea democrática. Como se recordará, los Estados Generales votaban por estamento (la nobleza, el clero y el “tercer estado”, representativo de la enorme mayoría de la

⁷⁸ Véase el fallo *Girolldi* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos*: 318: 514).

⁷⁹ Fallo *Mohamed*, citado, pars. 158-162. Lo mismo ocurrió en el fallo *López y otros vs. Argentina*, sentencia del 25 de noviembre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), par. 241.

⁸⁰ Como lo hizo al reflexionar sobre su propio funcionamiento, *supra* Parte II.a.

población de Francia). Si bien el tercer estado tenía más representantes en la asamblea, los estamentos estaban igualmente representados al momento de votar, lo que llevaba a un repetido 2-1 en contra del tercer estado. En el razonamiento del Consejo, cabe suponer, esta representación estamental sería equilibrada y democrática.

Sin embargo, hay algo más grave que el hecho de que la interpretación normativa que hace el *Consejo* del artículo 114 CN sea defectuosa, que es precisamente que crea que su tarea queda agotada con realizar interpretación constitucional como si el *Consejo* fuera un órgano cuasi-judicial. En toda la reflexión del *Consejo* acerca de la integración del CM no hay ni una referencia a cómo funcionaron las distintas integraciones del CM en la práctica (si se formaron coaliciones espurias, si la mayoría oficialista impuso su minoría de bloqueo⁸¹, si la conformación más plural del primer CM permitió la proliferación de voces disidentes o realmente entorpeció su funcionamiento, etc.). Tras más de veinte años de experiencia institucional con el CM, seguramente hay muchísimo que aprender para una eventual reforma. Sin esta información, es difícil convencernos de por qué la opinión de los consejeros acerca del significado constitucional de “equilibrio” es más valiosa que la de la Corte Suprema (que ya se ha expedido al respecto) o la de los propios Poderes Legislativo y Ejecutivo.

Algo similar ocurre con la propuesta de que los consejeros de la magistratura ocupen sus cargos de manera exclusiva (395-397), que se propone sin ninguna mención a cómo el ejercicio simultáneo de ambas funciones ha dificultado (o no) el trabajo del CM hasta el momento⁸². Esto se vuelve especialmente relevante cuando se trata de la representación del Poder Legislativo: si bien reemplazar a los diputados y senadores por representantes elegidos por ambas cámaras podría ser razonable, esta decisión conlleva una pérdida en su representatividad. Este balance entre buen funcionamiento y representatividad no es realizado por el Consejo en ningún momento.

Por último, hay en el *Informe* una omisión particular. En su discurso de apertura de sesiones ordinarias de 2021, el Presidente se hizo eco del *Informe* llamando a “despolitizar [el Consejo de la Magistratura], para que los mejores y más capaces magistrados, lleguen a ocupar sus funciones sin condicionamientos”⁸³. Sin embargo, como criticaron muchos en su momento⁸⁴, el Presidente designó en la Cámara Electoral al tercer nominado en la terna correspondiente, por sobre los criterios de mérito e incluso de género (la primera nominada por orden de mérito era una mujer, para un tribunal colegiado en el que nunca ha habido una). No cuestionamos la decisión del Presidente en sí misma, pero sí es ilustrativa de cómo tanto el Presidente como el *Informe* parecen creer que “los mejores y más capaces magistrados” ocupen su puesto depende únicamente de la redacción de alguna norma y no del comportamiento de los actores (¡incluso el propio Presidente!).

⁸¹ En la integración actual del Consejo de la Magistratura, el oficialismo posee casi automáticamente cinco de sus trece miembros (el representante del PEN, dos senadores y dos diputados), que, al representar más de un tercio, alcanza para bloquear las decisiones más importantes del Consejo, que se toman por mayoría de dos tercios.

⁸² De hecho, cinco de los miembros del Consejo Consultivo trabajan como magistradas y magistrados en superiores tribunales de provincia, y esto no les ha impedido, uno creería, desarrollar su labor en el *Consejo Consultivo*.

⁸³ Véase el discurso de apertura de sesiones ordinarias citado *supra* nota 49.

⁸⁴ Véase Gabriel Ziblat, “Con críticas opositoras y feministas, avanza el candidato para la CNE”, *Perfil*, 3 de octubre de 2020.

IV.4.- Juicio por jurados

La superfluidad del análisis del *Consejo Consultivo* también se hace clara en la parte referente al juicio por jurados. Durante quince páginas el *Informe* da contexto histórico y constitucional (807-821) y otras cinco (822-826) están destinadas a consideraciones valorativas generales. Inmediatamente después (826-828) el *Consejo* identifica diecinueve elementos que tienen que ser decididos en cualquier regulación de juicio por jurados. Sin embargo, aclaran, “*se focaliza sólo en algunos debates conflictivos, no así en todos los aspectos que debería contar una ley nacional de juicio por jurado en atención [a] que [...] no es la labor de este Consejo Consultivo redactar proyectos de ley sino brindar recomendaciones a modo de lineamientos generales*” (828). Esta concepción de su propio rol es curiosa, ya que se esperaría que sea la política la que exprese los lineamientos generales y un consejo de expertos provea los detalles. Sin embargo, para la mayoría de las cuestiones debatibles acerca del juicio por jurados, el *Informe* da un pantallazo sobre las posturas existentes, o a veces opta por una postura en unas líneas sin mayor fundamentación. Sobre varios de los temas que enumera, centrales para cualquier regulación, el *Consejo* ni siquiera hace eso.

Veamos por ejemplo la cuestión de si el imputado puede o no renunciar al juicio por jurados (829-830), uno de los “*debates estructurantes*” de la cuestión (829). En la poco más de una página que se le dedica a la cuestión, se enuncian las distintas posturas al respecto de acuerdo con la fundamentación que uno adopte (si el juicio por jurados es un derecho del imputado es renunciable, si es una facultad de la comunidad, no lo es). Sin embargo, dado que el juicio por jurados es tanto uno como la otra, deben ser armonizados de algún modo, lo que exige por lo menos un ejercicio argumentativo para elegir una postura sobre la otra. De más está decir que este ejercicio no se realiza.

En otros asuntos de importancia, como la cuestión de la mayoría exigible (830-832) el *Informe* sí toma postura, aunque algo sorprendentemente. Así, el *Informe* cita algunas opiniones de doctrina que comentan jurisprudencia de las cortes supremas argentina y estadounidense para concluir que “*se puede adoptar el régimen que se considere más adecuado, entendiendo que a la luz de los derechos en juego y la tésis de la figura en análisis, la unanimidad sería la decisión legislativa más adecuada*” (832). Es fácil advertir que estas líneas distan de ser un argumento, y no parece haber nada en apoyo de esta postura más que la autoridad de los consejeros.

Podrían multiplicarse los ejemplos. ¿Para qué delitos debería implementarse el juicio por jurados? El *Informe* enuncia dos opciones (enumerar los delitos o establecer un umbral de pena), y anuncia que la segunda opción “[ha] *tenido mayor acogida*” en el *Consejo*, sin explicar por qué (833). Algo similar ocurre con el umbral de seis años que en definitiva recomienda. En un elocuente giro impersonal, el *Consejo* escribe que “*se sostiene la idea de que el juicio por jurado esté establecido para delitos cuya pena sea mayor a seis (6) años, destacándose de que existe una relación directa entre la defensa del sistema democrático prevista por el art. 36 párrafo quinto de la Constitución argentina respecto de los "delitos de corrupción" y la institución del juicio por jurado*” (834). De nuevo, no sabemos por qué seis años, qué cálculos o consideraciones llevaron a este número, ni por qué aparecen los delitos de corrupción en esta conclusión.

V.- Conclusiones

El contenido de las propuestas del *Consejo* y las consecuencias posibles de su implementación no son azarosos. Como hemos intentado demostrar, son el resultado de un modo de pensar el derecho (divorciado del análisis y la producción de datos de la realidad)⁸⁵; de un modo impulsar e instituir reformas políticas sin procesos deliberativos y consensos estables que aseguren su eficacia; y de una confianza desmedida en la redacción de las normas desentendida de los incentivos y conductas de los agentes.

Como lo muestra el *Informe*, el resultado de estas condiciones de trabajo⁸⁶ no puede ser otro que propuestas incompletas o con defectos serios en su fundamentación y no debe extrañar que las iniciativas elevadas al Presidente estén desorientadas desde un punto de vista valorativo y padezcan serios defectos en la metodología que pretende fundamentarlas.

Seguir datos equivocados -o libérrimamente interpretados- (como el *Informe* hace con las implicancias del uso del art. 280), conduce a diagnósticos errados e iniciativas contraproducentes. En este texto hemos ofrecido como ejemplos de ambos aquellos que tienen mayor trascendencia o probabilidad de impacto en iniciativas legislativas. Se trata de una modalidad de intervención política que entorpece el debate público, y canaliza la energía reformista hacia propuestas -como la de la creación del *Tribunal Federal de Garantías*- que se arriesgan a traernos nuevas dificultades y demoras sin resolver ningún problema genuino.

Ni el *Informe* ni el *Consejo* son o serán los responsables de las tragedias institucionales de la Argentina, pero sería un error creer que son sus defectos los que los vuelven indignos de atención. Experiencias como las del *Consejo* contribuyen a la “entropía institucional” que hace que cada error potencie el efecto de errores futuros y los vuelva más probables. Frente a la perpetuación de una manera de hacer las cosas que nos ha traído hasta aquí, solamente queda fortalecer la crítica. La aceptación silenciosa de las propuestas del Consejo como alternativas aceptables y razonablemente fundadas, por el contrario, nos impide la dolorosa tarea de pensar, con rigor y sin complacencia, qué es lo que está mal en las instituciones argentinas.

VI.- Epílogo

No podemos soslayar que la actividad del *Consejo* es producto de un contexto que le da lugar. Al discutir el *Informe* como un texto autónomo, separado de las condiciones políticas que lo posibilitaron, nos arriesgamos a caer en la intrascendencia. Por este motivo, de-

⁸⁵ En el caso particular del *Informe* se agrega un problema menos extendido en la academia jurídica que es el de omitir el análisis adecuado de las reglas y la jurisprudencia - al menos para rebatirlas- aplicables a los problemas que se detectan.

⁸⁶ El *Informe* (4-7) y alguno de los consejeros en manifestaciones televisivas dieron cuenta de que el Consejo había llevado adelante la tarea requerida y que lo había hecho en un lapso breve y sin recursos humanos. Reformar aspectos relevantes de nuestro diseño institucional con mano de obra gratuita y con apuro no debería ser motivo de jactancia. Véase la entrevista al consejero Gil Domínguez citada en nota 24, minuto 0:57: “*Si uno compara la labor de este Consejo Consultivo con dos hitos históricos que uno puede tomar en términos de comparación, como el trabajo del Consejo para la Consolidación de la Democracia, que duró cuatro años, con estructura, con recursos, o Justicia 2020, que duró cuatro años con muchísimos recursos, nosotros hicimos un trabajo en tres meses y medio, sin recursos debido a la pandemia, por vía digital, y el informe final [...] no tiene nada que envidiarles a esas dos experiencias históricas*”.

seamos realizar algunas consideraciones fuera de lo estrictamente jurídico que explican el origen de nuestras inquietudes al momento de analizar el *Informe*.

A la fecha de escribir este trabajo, sabemos que el Producto Bruto Interno de la Argentina cayó un 11,8 % durante los primeros tres trimestres del año 2020 a consecuencia de una pandemia que se montaba sobre un delicado escenario macroeconómico⁸⁷. No se puede echar la culpa de esta situación a tal o cual gobierno: el PBI por habitante del país era, antes de comenzada la pandemia de COVID-19, el mismo que el de 1974, pero significativamente peor distribuido: mientras que en 1974 había un 4,65% de pobres, en 2019 había 35,5%⁸⁸. Para peor, no hay consenso en el arco político argentino al momento de explicar esta decadencia y las atribuciones cruzadas de responsabilidad a distintos sectores políticos y sociales domina el tono de la discusión. El hecho de que en el contexto dramático en el que se encuentra el país haya espacio para el debate acerca de cómo es que fundamenta la Corte Suprema el rechazo de algunos miles de recursos al año debe movernos a la reflexión.

Que una disputa simbólica recrudezca en una situación de crisis (como pueden ilustrarlo las horas de televisión dedicadas a debatir turnos y aplicaciones de las aún escasas vacunas) tal vez no sea extraño. Lo que merece una reflexión más profunda es por qué la disputa simbólica en la Argentina gira casi exclusivamente alrededor del derecho, los derechos y los jueces.

Aventuramos una conjetura: nuestro país posee una tradición legalista que entiende que basta con la creación de normas jurídicas para la solución de asuntos extraordinariamente complejos como lo son la generación de riqueza, la educación, o la igualación de la ciudadanía en términos reales. De este modo, las disputas políticas quedan reducidas a posiciones nítidas: quienes buscan “ampliar derechos” contra quienes buscan cercenarlos (sin reparar en que estos derechos están en permanente conflicto). Si se la interroga lo suficiente, esta posición sostendrá que si hay jubilaciones por debajo de la línea de pobreza, en definitiva, es porque no hemos dado aún con las normas que mejor consagren los derechos o porque algún juez no está haciendo su trabajo correctamente. En este temperamento, es lógico que en una situación de crisis discutamos el modo de acceder a la Corte Suprema o la creación de un nuevo tribunal que, munidos de las normas correctas, podrán garantizar más y mejor los derechos.

Esta fantasía juristocrática⁸⁹ es tan imposible como indeseable. Es indeseable: las decisiones políticas (incluso las que involucran la interpretación de nuestros compromisos constitucionales más fundamentales) corresponden a la ciudadanía mediante el ejercicio de la deliberación pública y la consecuente acción colectiva. Pero también es imposible: aun si por hipótesis admitiéramos que los tribunales saben mejor que nosotros qué hacer, como observó famosamente Alexander Hamilton, el Poder Judicial carece de la espada y de la bolsa⁹⁰. A diferencia de los otros poderes del Estado, que pueden lograr el cumplimiento de sus órdenes mediante coerción, sanciones o incentivos, la eficacia de las decisiones judiciales

⁸⁷ Fuente: INDEC (<https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel4-Tema-3-9-47>). Los datos oficiales del cuarto trimestre de 2020 no han sido publicados al momento de la elaboración de este trabajo.

⁸⁸ Fuente: EPH-INDEC. En 1974 se registraba 0,34 de coeficiente Gini mientras que en 2019 se registró 0,434 llegando a 0,451 en el 2020.

⁸⁹ Tomamos el término (y la inspiración de la crítica) de Ran Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2004.

⁹⁰ Alexander Hamilton, “El Federalista n° 78” en Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista*, ediciones varias.

depende, en última instancia, de la legitimidad que inspire en la ciudadanía⁹¹. Alexis de Tocqueville observó hace dos siglos que el poder de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos “*es inmenso, pero es un poder de la opinión. Son omnipotentes en tanto la gente consienta obedecer al derecho, pero no pueden hacer nada cuando lo desprecian*”⁹². La importancia de la legitimidad judicial para la obediencia al derecho ha sido, además, reiteradamente probada empíricamente⁹³. La validación democrática de nuestras normas es tanto una exigencia del autogobierno como una necesidad práctica.

El *Informe* en ningún momento ha mostrado preocupación por la sustentabilidad sociológica de las reformas que auspicia, como lo ilustra muy claramente la propuesta de la acción directa de inconstitucionalidad⁹⁴. Desestimando la dependencia fundamental del Poder Judicial de la legitimidad que otorga la ciudadanía, el *Informe* (y nuestra discusión pública) olvida que las reformas institucionales son impotentes si descuidan la confianza de los ciudadanos. La preservación de la legitimidad institucional debe ser un aspecto central de cualquier reforma que no busque solamente atender necesidades urgentes de la coyuntura, sino que además albergue la modesta ambición de que las decisiones judiciales sean cumplidas y respetadas. Insistir con normas cada vez más precisas y perfectas sin preocuparse por las condiciones que permiten que sean efectivamente cumplidas es algo así como obsesionarse arreglando minuciosamente un auto de carreras de juguete esperando que de tanto arreglarlo un día gane el *Grand Prix* de Francia.

Contra lo que parece suponer el *Informe*, la creciente judicialización de los conflictos habla del fracaso, y no del triunfo, del estado de derecho⁹⁵. Lo que es más, dicha judicialización puede incluso socavar la confianza en las instituciones representativas que habrían debido dar una respuesta a quienes se vieron obligados a acudir a los tribunales⁹⁶. La judicialización de la política, así, puede ser simultáneamente causa y consecuencia de la erosión del estado de derecho⁹⁷. Una agenda que piense el desarrollo del estado de derecho en la Argen-

⁹¹ Véase James L. Gibson, Gregory A. Caldeira y Vanessa A. Baird, “On the Legitimacy of National High Courts”, *The American Political Science Review*, Vol. 92, No. 2 (Jun., 1998), pp. 343-358, p. 343 (“Ni siquiera las cortes más poderosas del mundo tienen el poder de la bolsa o la espada; con recursos institucionales limitados, las cortes dependen inusualmente de la buena voluntad de su audiencia para obtener tanto apoyo como cumplimiento”).

⁹² Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, University of Chicago Press, Chicago, 2000, pág. 142.

⁹³ Pueden consultarse los trabajos de Tom Tyler, especialmente *Why People Obey the Law?*, Princeton University Press, 1990. También son interesantes los trabajos de James Gibson y Gregory Caldeira, como el citado *supra* nota 84.

⁹⁴ Véase *supra* nota 45 y texto circundante.

⁹⁵ Henry M. Hart, Jr., “The Relations between State and Federal Law”, *Columbia Law Review*, Vol. 54, No. 4 (1954), pp. 489-542, pág. 491 (“En una sociedad que funciona bien, la enorme mayoría de las acciones y transacciones nunca llegan a ser cuestionadas, en los tribunales o en cualquier otro lado. El principal *desideratum* es la claridad y la corrección de las normas primarias que rigen estas transacciones y constituyen de ese modo el marco básico de la vida diaria”).

⁹⁶ Véase Catalina Smulovitz, “La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina”, *Desarrollo Económico*, Vol. 48, año 2008, pp. 287-305, esp. p. 304 (“[E]n la arena judicial los actores no necesitan demostrar la extensión de sus reclamos, y que les alcanza con mostrar que una demanda constituye un derecho protegido o que puede llegar a serlo. [...] [E]n el límite esta característica de la judicialización como forma de intervención podría conllevar un cuestionamiento del principio mayoritario que sostiene el vínculo representativo en democracia”).

⁹⁷ Véase por ejemplo, con referencias al caso argentino, Pilar Domingo, “Judicialization of politics or politicization of the judiciary? Recent trends in Latin America”, *Democratization*, Vol. 11, año 2004, págs. 104-126, pág. 123 (“Es importante enfatizar [...] que no se sigue que la judicialización de la política signifique que los principios del estado de derecho (rule of law) y el debido proceso estén necesariamente siendo fortalecidos. La judicialización de la política puede tomar lugar a pesar de la fragilidad del rule of law. Lo que más: refleja un fracaso en estar a la altura de las expectativas del rule of law que representa una carga más en las atribuladas democracias de [América Latina]”, nuestro resultado).

tina tal vez debería estar más preocupada por evitar que las relaciones sociales lleguen a ser conflictos judicializados en lugar de buscar una judicialización impecable.

Sin embargo, si vamos a restringir nuestro análisis al funcionamiento del Poder Judicial, creemos que el *Consejo* ha sido una oportunidad desaprovechada, que debe ser analizada y criticada con independencia de lo que en definitiva ocurra con la reforma judicial que supuestamente la motiva. Reformas institucionales del calibre que plantea el *Consejo* (que tienen el objetivo de construir un “nuevo sistema judicial”⁹⁸) deberían ser intentadas sólo esporádicamente y con la máxima seriedad, por varias razones vinculadas entre sí.

En primer lugar, las reformas institucionales aparejan costos serios, que van desde lo más tangible (como la prolongación de la duración de los procesos, las erogaciones presupuestarias y las ineficiencias derivadas de la ruptura de inercias existentes) al costo inasible pero inescapable de la ruptura de expectativas previas que puede socavar la confianza en el sistema. Por supuesto, es perfectamente posible que los beneficios de las reformas institucionales superen a los costos y las hagan deseables a pesar de ellos. Sin embargo, esta relación entre riesgos y beneficios no es simétrica: la proliferación de reformas multiplica los riesgos y los costos (que son inmediatos) y divide los beneficios (que son diferidos). Reformas que no tengan tiempo de madurar y ser cuidadosamente evaluadas tal vez no lleguen a reportar beneficio alguno, pero sin dudas habrán presentado riesgos y erogado costos.

En segundo lugar, la deliberación pública no goza de recursos ilimitados, sino que la energía deliberativa es un recurso de límites elásticos pero finitos. El “ancho de banda” de la deliberación depende de factores como el centimetrage que pueden ocupar los asuntos públicos en los diarios, la cantidad de horas que puede deliberar una asamblea o las limitadas capacidades de procesamiento y atención de los seres humanos⁹⁹. Sencillamente, el tiempo y la energía que le dedicamos a cada reforma institucional podrían estar siendo dedicados a otros asuntos que sin duda requieren atención en la Argentina, atención que les es negada sistemáticamente.

Por último, si bien los grandes problemas de la Argentina difícilmente sean resueltos mediante la creación de tribunales, acciones legales o recursos de apelación, el manoseo del sistema institucional sí puede comprometer aún más la ya debilitada adhesión al sistema normativo y a la autoridad de lo público. El Poder Judicial necesita un estudio pormenorizado y seguramente reclame reformas profundas. Pero manipular, así sea sólo retóricamente, al Poder Judicial no es gratis, sino que tiene un costo en la confianza que los ciudadanos le prestan. Con esta oportunidad desaprovechada, sólo nos queda desear que la próxima vez se haga en serio.

⁹⁸ Presentación del *Consejo*, en *supra* nota 1.

⁹⁹ Ver sobre “la capacidad de carga” en los foros de deliberación pública el clásico Stephen Hilgartner y Charles L. Bosk, “The Rise and Fall of Social Problems: A Public Arenas Model”, *American Journal of Sociology*, Vol. 94 (1988), pp. 53-78