

Análisis Jurisprudencial de la Corte Suprema

Parte General

Federico G. Thea

Alejandro García
Ariana Garrido
Demián Iglesias Seifert
Gonzalo Kodelia
Darío Kusinsky
Leonardo Limanski
Isaías Losada Revol
Silvina Rodríguez
Fabio Sánchez

COLECCIÓN MORRAL DE APUNTES

Análisis Jurisprudencial de la Corte Suprema

Análisis Jurisprudencial de la Corte Suprema

Parte General

Federico G. Thea

Alejandro García
Ariana Garrido
Demián Iglesias Seifert
Gonzalo Kodelia
Darío Kusinsky
Leonardo Limanski
Isaías Losada Revol
Silvina Rodríguez
Fabio Sánchez

1ª edición, marzo de 2017

© 2017, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2017, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISBN: en trámite

Universidad Nacional de José C. Paz

Rector: **Federico G. Thea**

Vicerrector: **Héctor Hugo Trinchero**

Secretario General: **Darío Exequiel Kusinsky**

Director General de Gestión de la Información y Sistema de Bibliotecas: **Horacio Moreno**

Jefa de Departamento Editorial: **Bárbara Poey Sowerby**

Diseño de colección: **Amalia González**

Arte y maquetación integral: **Jorge Otermin**

Publicación electrónica - distribución gratuita



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc)

Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

A Agustina y Juan Ignacio

A Alberto y Julia

Índice

Prólogo	19
Capítulo 1. La ubicación y el rol institucional de la Corte Suprema	27
I. Introducción	29
1. Naturaleza y funciones generales del Poder Judicial Federal	29
1.1. El concepto de “caso judicial”	30
1.2. La legitimación	33
2. La organización judicial argentina en el orden federal	37
3. La Corte Suprema de Justicia de la Nación: poder del Estado y tribunal de resolución de conflictos.	
Las funciones constitucionales de la Corte Suprema	39
4. La Corte Suprema de Justicia de la Nación	40
4.1. Jueces de la Corte Suprema	40
4.2. Integración de la CSJN: la Ley N° 26183	43
4.3. Marco normativo para la preselección de candidatos para la cobertura de vacantes. El Decreto N° 222/03	43
4.4. Nombramientos “en comisión”	44
5. El rol institucional de la Corte Suprema y la importancia de su jurisprudencia	47
II. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y guías para su análisis	51

1. Caso “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. Ley 25.873 - dto. 1563/04 s/amparo” (2009). CSJN, <i>Fallos</i> 332:111	51
1.1. Introducción al caso “Halabi”	51
1.2. Resumen del Dictamen de la Procuradora General	55
1.3. Resumen del Fallo de la Corte Suprema	60
1.4. Resumen de la disidencia parcial de los doctores Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay	72
1.5. Guía para la lectura y el análisis del caso “Halabi”	74
2. Caso “Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro” (2015). CSJN, <i>Fallos</i> 338:280	76
2.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema	76
2.2. Guía para la lectura y el análisis del caso “Colegio de Abogados de Tucumán”	90
3. Caso “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento” (1999). CSJN, <i>Fallos</i> 322:1616	92
3.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema	92
3.2. Resumen de la disidencia del doctor Bossert	101
3.3. Guía para la lectura y el análisis del caso “Fayt”	103

Capítulo 2. El control de constitucionalidad 105

I. Introducción	107
1. Modalidades del control de constitucionalidad	107
2. El control de constitucionalidad en Argentina. Principales características	109
3. La “dificultad contramayoritaria” del control de constitucionalidad	111
4. La multiplicidad de criterios de interpretación constitucional de la Corte Suprema	117
5. El control de constitucionalidad y de convencionalidad. El control de oficio	124

5.1. El Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad de los tribunales nacionales	129
5.1.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos	131
5.1.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos	132
II. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y guías para su análisis	134
1. Caso “Cerámica San Lorenzo” (1985). CSJN, <i>Fallos</i> 307:1094	134
1.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema	134
1.2. Resumen del voto del juez Fayt	136
1.3. Guía para el análisis y estudio del caso “Cerámica San Lorenzo”	138
2. Caso “Rodríguez Pereyra” (2012). CSJN, <i>Fallos</i> 335:2333	138
2.1. Resumen del Dictamen de la Procuración General	138
2.2. Resumen del Fallo de la Corte Suprema	140
2.3. Guía para la lectura y el análisis del caso “Rodríguez Pereyra”	151
Capítulo 3. La competencia originaria de la Corte Suprema	153
I. Introducción	155
1. Competencias de la Corte Suprema. Introducción	155
2. La Competencia Judicial Federal. Características y materias	157
3. Características de la Competencia Originaria de la CSJN	159
4. Regulación de la Competencia Originaria de la CSJN	161
5. Los casos de competencia originaria y exclusiva de la CSJN	162
5.1. Asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros	162
5.2. Asuntos en los que alguna provincia fuese parte	164
5.2.1. El concepto de <i>causa civil</i> para la determinación de la competencia originaria de la Corte Suprema	165

5.2.2. El concepto de <i>provincia</i> para la determinación de la competencia originaria de la Corte Suprema y la particular situación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	168
---	-----

II. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y guías para su análisis	172
---	------------

1. Caso “Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación” (1887). CSJN, <i>Fallos</i> 32:120	172
1.1. Introducción al caso “Sojo”	172
1.2. Resumen del Dictamen del Procurador General	175
1.3. Resumen del Fallo de la Corte Suprema	176
1.4. Resumen de la disidencia del juez De la Torre	179
1.5. Guía para la lectura y el análisis del caso “Sojo”	183
2. Caso “Barreto, Alberto D. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otro” (2006). CSJN, <i>Fallos</i> 329:759	184
2.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema	184
2.2. Guía para la lectura y el análisis del caso “Barreto”	191
3. Caso “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Provincia de Tierra del Fuego” (2007). CSJN, <i>Fallos</i> 330:5279	192
3.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema	192
3.2. Resumen de la Disidencia de la jueza Argibay (a la que adhiere el juez Zaffaroni)	196
3.3. Guía para la lectura y el análisis del caso “CABA c/ Provincia de Tierra del Fuego”	199
4. Caso “Corrales, Guillermo Gustavo y otro s/ habeas corpus” (2015). CSJN, <i>Fallos</i> 338:1517	201
4.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema	201
4.2. Guía para la lectura y el análisis del caso “Corrales”	203

Capítulo 4. La competencia apelada de la Corte Suprema	205
---	------------

I. Introducción	207
1. Recapitulación	207
1.1. La Competencia Federal Ordinaria. Características y materias	207
2. Competencia por Apelación Ordinaria: el Recurso Ordinario de Apelación ante la CSJN	209
3. Competencia por Apelación Extraordinaria: el Recurso Extraordinario Federal	213
3.1. El Recurso Extraordinario Federal. Requisitos comunes, específicos y formales	215
3.1.1. Requisitos comunes del Recurso Extraordinario Federal	216
3.1.2. Requisitos específicos del Recurso Extraordinario Federal	217
3.1.3. Requisitos formales del Recurso Extraordinario Federal: la Acordada CSJN N° 4/2007	227
4. Recurso de Queja por Apelación Denegada	229
5. Competencia por apelación extraordinaria: el Recurso Extraordinario por Salto de Instancia (<i>per saltum</i>). La Ley N° 26790	229
II. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y guías para su análisis	232
1. Caso “Itzcovich, Mabel v/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ reajustes varios” (2005). CSJN, <i>Fallos</i> 328:566	232
1.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema	232
1.2. Resumen del voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni	236
1.3. Resumen del voto de la jueza Argibay	245
1.4. Guía para la lectura y el análisis del caso “Itzcovich”	248

2. Caso “Anadon, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido” (2015).	
CSJN, <i>Fallos</i> 338:724	249
2.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema	249
2.2. Guía para la lectura y el análisis del caso “Anadon”	260
3. Caso “Estado Nacional - Jefatura de Gabinete de Ministros s/ interpone recurso extraordinario por salto de instancia en autos: ‘Grupo Clarín S.A. s/ medidas cautelares expte. n° 8836/09’” (2012). CSJN, E. 287. XLVIII. PVA	262
3.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema	262
3.2. Guía para la lectura y el análisis del caso “Grupo Clarín s/ <i>per saltum</i> ”	264

Capítulo 5. Régimen constitucional de los decretos delegados y de necesidad y urgencia 265

I. Introducción	267
1. La división de poderes en la teoría política	267
1.1. División de poderes y distribución de funciones	268
1.2. La recepción de la teoría en nuestra Constitución Nacional	269
2. Organización y límites del Poder Ejecutivo	270
2.1. Prohibiciones constitucionales expresas	271
2.2. Función administrativa y facultad reglamentaria	273
2.3. Centralización, descentralización y “doble fractura”	275
3. Decretos delegados y de necesidad y urgencia	278
3.1. La delegación legislativa en la Constitución Nacional	280
3.1.1. Decretos delegados <i>antes</i> de la Reforma Constitucional de 1994	282
3.1.2. Decretos delegados <i>después</i> de la Reforma Constitucional de 1994	285

3.2. Decretos de necesidad y urgencia	294
3.2.1. Regulación constitucional de los decretos de necesidad y urgencia	295
3.2.2. Requisitos sustanciales: las “circunstancias excepcionales”	298
3.2.3. El procedimiento constitucional y la Ley reglamentaria N° 26122	299
II. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y guías para su análisis	302
1. Caso “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional - ley 25.414 - dto. 1204/01” (2008). CSJN, <i>Fallos</i> 331:2406	302
1.1. Resumen del Dictamen de la Procuración General	302
1.2. Resumen del Fallo de la Corte Suprema	311
1.3. Resumen de la disidencia de la jueza Highton de Nolasco	319
1.4. Guía para la lectura y el análisis del caso “Colegio Público de Abogados de Capital Federal”	322
2. Caso “Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto. 558/02 - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986” (2010). CSJN, <i>Fallos</i> C.923.XLIII	324
2.1. Introducción al caso	324
2.2. Resumen del Dictamen del Procurador General de la Nación	326
2.3. Resumen del fallo “Consumidores Argentinos”	331
2.3.1. Resumen del fallo de la mayoría de la Corte Suprema	331
2.3.2. Resumen del voto de la jueza Highton de Nolasco	337
2.3.3. Resumen del voto del juez Maqueda	338
2.3.4. Resumen del voto de la jueza Argibay	339
2.3.5. Resumen del voto del juez Petracchi	341
2.4. Guía para la lectura y el análisis del fallo “Consumidores Argentinos”	342

3. Caso “Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo” (2014). CSJN, <i>Fallos</i> C. 486. XLIII	344
3.1. Introducción al caso	344
3.2. Resumen del fallo “Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo”	346
3.3. Guía para la lectura y el análisis del caso “Camaronera Patagónica”	357

Capítulo 6. El Consejo de la Magistratura	359
--	------------

I. Introducción	361
1. El Consejo de la Magistratura: su “transplante” en la Reforma Constitucional del año 1994	361
2. Atribuciones del Consejo de la Magistratura	366
3. Integración del Consejo de la Magistratura	371
3.1. Duración en el cargo de los miembros del Consejo de la Magistratura	375
3.2. Requisitos para integrar el Consejo	375
3.3. El “equilibrio” como requisito para la integración del Consejo de la Magistratura y la forma de elección de sus miembros	376
3.3.1. El concepto de “equilibrio” para la integración del Consejo de la Magistratura	377
4. La designación de jueces subrogantes y la administración de justicia	380
4.1. La regulación del sistema de subrogancias judiciales	381
4.2. El sistema de subrogancias vigente: la regulación de la CSJN en el fallo “Uriarte”	384
5. A modo de conclusión	387

II. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y guías para su análisis	388
1. Caso “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar s/ acción de amparo” (2013). CSJN, <i>Fallos</i> 336:760	388
1.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema	388
1.2. Resumen del voto en disidencia del juez Zaffaroni	409
1.3. Guía para la lectura y el análisis del caso “Rizzo”	418
1.4. Artículos 2, 4, 18 y 30 de la Ley N° 26855	420
2. Caso “Uriarte, Rodolfo M. y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” (2015). CSJN, <i>Fallos</i> 338:1216	423
2.1. Resumen del Dictamen de la Procuración General de la Nación	423
2.2. Resumen del Fallo de la Corte Suprema	435
2.3. Guía para la lectura y el análisis del caso “Uriarte”	452

Prólogo

El derecho es una expresión de la razón pública y suministra una estructura a nuestra vida en común. Los jueces son instrumentos del derecho y encarnan esa razón. Su función consiste en evaluar la realidad práctica a la luz de los valores que el derecho dota de autoridad, y en hallar luego las vías adecuadas para adaptar la realidad a estos valores.¹

1. Este libro tuvo su génesis a comienzos del año 2013, a modo de apuntes y guías de lecturas para estudiantes, cuando se empezó a dictar por primera vez en la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ) la materia Análisis Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como materia anual y obligatoria del segundo año de la carrera de abogacía.

2. Desde entonces este proyecto fue creciendo silenciosamente, con el aporte de las y los docentes que se fueron integrando al equipo de trabajo, pero fundamentalmente a partir de la activa participación en clase de las y los estudiantes de nuestros cursos, que con sus preguntas y opiniones fueron enriqueciendo año a año estos apuntes de clase, que son la base de este libro que hoy orgullosamente edita y publica EDUNPAZ, la Editorial Universitaria de la UNPAZ.

1. Fiss, O. (2007). *El derecho como razón pública*. Buenos Aires: Marcial Pons, p. 15.

3. El análisis jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación resulta fundamental para el estudio del derecho. Sin embargo, no existe como materia de muchas carreras de abogacía en nuestro país, y mucho menos como una asignatura obligatoria como lo es en la UNPAZ. Esta situación, que al principio de nuestra tarea docente en la UNPAZ, allá por el año 2013, nos planteó un sinnúmero de interrogantes y desafíos, significó asimismo la gran oportunidad –a partir de la necesidad– de generar este libro.

4. Estamos convencidos de la importancia de que los y las profesionales que se forman en nuestras universidades tengan una comprensión acabada del funcionamiento del derecho en la práctica, y para tales fines el análisis de la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal es una pieza clave. Lograr este objetivo exige un abordaje crítico del derecho, que inste a los y las estudiantes a embarcarse en la aventura de pensar, teniendo siempre presente el contexto social, político y económico del cual forman parte y del que forman parte también, como cualquier ser humano, los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este libro pretende ser una herramienta en esa aventura, ofreciendo más que conceptos y supuestas respuestas correctas, muchas preguntas que ayuden a pensar y, por lo tanto, –esperamos– a aprender.

5. Es cierto que a muchas personas no les resulta sencillo tener que encontrarse muy tempranamente en su carrera universitaria con la exigencia de analizar en profundidad fallos de la Corte Suprema –decisiones que no solo abordan cuestiones jurídicas muy complejas, sino que muchas veces lo hacen con un lenguaje judicial demasiado críptico y confuso–. Pero justamente ese es el desafío –y al mismo tiempo la oportunidad– del “análisis”:

- (i) aprender ese lenguaje judicial, no para reproducirlo, sino, por el contrario, para ser capaces de combatirlo desde el rol que tales estudiantes ocupen en el futuro como operadores jurídicos, democratizando la palabra; y,
- (ii) ser capaces de entender los problemas jurídicos complejos que se abordan de manera específica y explícita en cada caso, y también aquellos comunes que atraviesan a todos los fallos elegidos –y que muchas veces están ocultos–, sin pretender en ningún caso encontrar “la solución correcta”. La pretensión es que seamos capaces de entender los

problemas por nosotros mismos, y pensarlos libremente, manteniendo siempre el espíritu crítico.

6. En este sentido, el enfoque que presentamos para la enseñanza del Análisis Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la UNPAZ, y que se ve reflejado en este libro, parte de la premisa fundamental de que la enseñanza del derecho no consiste en dar respuestas únicas y supuestamente ciertas, sino en formular las preguntas correctas y construir –en forma conjunta, entre docentes y estudiantes– posibles respuestas. Siempre provisionales y sujetas a refutación.² Es la aventura del derecho.³

Por ello, entendemos que no corresponde el diseño de un curso de este tipo en base a los contenidos teóricos que los alumnos deberán aprender, conocer o saber de memoria o en forma enciclopédica; sino que está formulado en términos de aptitudes o habilidades jurídicas. A tales fines, los objetivos propuestos deben apuntar básicamente a formar profesionales del derecho que, independientemente de las distintas variantes que elijan para su desempeño profesional, posean herramientas para entender y reflexionar críticamente sobre el derecho y los valores e intereses que subyacen detrás de él; para pensar y diseñar soluciones a problemas concretos y para transmitir, de forma clara y entendible para cualquier persona –no solo para otros profesionales del derecho– su opinión razonada sobre un tema jurídico. En particular, creemos que este libro de Análisis Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación constituye una herramienta útil para entrenar a los alumnos para que puedan:

- percibir al derecho como un todo;
- pensar como abogados, distinguiendo, en la problemática jurídica, los hechos, los conflictos institucionales, los valores, los intereses y las normas implicadas;
- diferenciar el *holding* del *obiter dictum* en las sentencias;
- desprenderse del “mito de la solución correcta”, comprendiendo que

2. Pues “los que no están dispuestos a exponer sus ideas a la aventura de la refutación no toman parte en el juego de la ciencia”. Ver Popper, K. (1973). *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos, p. 261.

3. Profundizar estas cuestiones en Gordillo, A. (2013). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: tomo 1, Parte general*. Buenos Aires: F.D.A.

no es posible descubrir y comprobar la única “solución correcta” para un caso de derecho (aun en el hipotético caso de que dicha solución existiera),⁴ sino que existen argumentos y/o interpretaciones jurídicas más o menos convincentes y, a lo sumo, algunos puntos doctrinarios cuya aplicación es comúnmente aceptada;

- reconocer que lo más importante en el ejercicio profesional del abogado es que encuentre los problemas legales relevantes cuando se enfrenta a una situación fáctica (*sapere vedere*), que, en definitiva, sepa cómo esgrimir argumentos legales (*sapere aude*) y que esté consciente de los valores alentados y afectados por la decisión que pide del tribunal o del órgano administrativo, según corresponda;
- reflexionar sobre el papel de los abogados como “ingenieros legales”, que ayudan a los tribunales y a los órganos administrativos, a desarrollar soluciones innovadoras;
- reconocer que cuando los jueces se esconden atrás del mito de que son meramente “la boca de la ley”, el resultado es la repetición de dogmatismos, sin poner el foco en cómo los principios invocados están vinculados con valores y realidades sociales;
- tomar conciencia de que el derecho, como fuerza dinámica, solamente va a ser realizado cuando el proceso de interpretación de normas esté sujeto al debate y escrutinio estricto y cuando los órganos competentes para la toma de decisiones expresen sus motivaciones valorativas, es decir, cuando expliciten las verdaderas razones de sus decisiones;
- identificar y analizar la razonabilidad de toda norma general o particular en un caso concreto, y la razonabilidad intrínseca de la solución del caso, con independencia de la “norma positiva”; como, finalmente, la razonabilidad de todos los demás aspectos no jurídicos en apariencia, que el caso presente.

7. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene un rol institucional crucial dentro del ordenamiento jurídico y político en la Argentina, puesto que en su tarea de controlar la constitucionalidad de las normas despliega su

4. Recomendamos enfáticamente profundizar esta cuestión en: Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

jurisprudencia por todas las ramas del derecho. La Constitución Nacional, pero también la legislación civil, comercial, laboral, penal y administrativa son constantemente interpretadas y reinterpretadas por los pronunciamientos del Máximo Tribunal de la Nación. Teniendo en cuenta lo anterior, resulta imprescindible realizar un estudio pormenorizado y detallado de su funcionamiento, de las estructuras argumentales que el tribunal crea y recrea en sus pronunciamientos, y del modo en que mantiene continuidades y discontinuidades en su jurisprudencia.

8. En este libro abordamos cuestiones básicas para el análisis de la jurisprudencia de la CSJN: el rol institucional de la Corte Suprema en el sistema jurídico argentino (Capítulo 1); el control judicial de constitucionalidad, su justificación y sus problemas en una democracia, y el impacto del ejercicio de esta función por la Corte Suprema (Capítulo 2); la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tanto originaria (Capítulo 3) como apelada (Capítulo 4); la jurisprudencia de la Corte en materia de control de constitucionalidad del ejercicio de las facultades del Poder Ejecutivo Nacional, y su impacto en el sistema de división de poderes (Capítulo 5); y la jurisprudencia de la Corte en materia de organización del Poder Judicial de la Nación (Capítulo 6).

9. Reiteramos: estos temas los abordamos con la finalidad de brindar herramientas básicas (en el sentido que le otorga la Real Academia Española a la palabra: “que tiene carácter de base o constituye un elemento fundamental de algo”); y proponiendo el estudio “teórico” de estos temas con una modalidad más bien práctica: a partir del ejercicio del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación con las cuestiones antes enumeradas. Por ello, cada capítulo del libro está dividido en dos partes: (i) una introducción al tema, que pretende ir al núcleo duro de las cuestiones, sin incurrir en desvíos innecesarios que no hacen más que confundir y perder de vista lo esencial; y, (ii) un Anexo con resúmenes de jurisprudencia seleccionada de la Corte Suprema, que incluye las guías de lectura para su análisis crítico.

El objetivo del libro, entonces, es eminentemente *práctico*: entrenar a los lectores en la tarea de análisis e interpretación de la jurisprudencia de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación. Dicha tarea no solo se renueva con cada nueva sentencia que dicta el Máximo Tribunal, sino incluso con cada nueva lectura que hacemos de la vieja jurisprudencia de la Corte. Y esperemos que las futuras ediciones de este libro sean una prueba de ello.

10. Por último, pero por ello no menos importante, quiero agradecerle a quienes han participado de alguna manera u otra en este libro: a sus coautores: Gonzalo Kodelia, Leonardo Limanski, Fabio Sánchez, Ariana Garrido, Silvina Rodríguez, Alejandro García, Darío Kusinsky, Isaías Losada Revol y Demián Iglesias Seifert; y a quienes me han enseñado o con quienes he discutido las cuestiones que entiendo fundamentales sobre el derecho, sobre su práctica y sobre su enseñanza, y que son los principales responsables de los aciertos –si hay alguno– de la parte que me toca de este libro: Agustín Gordillo, Mónica Pinto, Juan Antonio Travieso, Richard Rawlings, Carol Harlow, Gregorio Flax, Omar Álvarez, Osvaldo Otheguy, Rodrigo Cuesta, Nicolás Diana, Mauro Benente y Juan Martín Barrailh Ortiz.

Capítulo 1

La ubicación y el rol institucional de la Corte Suprema

Federico G. Thea
Gonzalo Kodelia
Leonardo Limanski
Fabio Sánchez

I. INTRODUCCIÓN

1. Naturaleza y funciones generales del Poder Judicial Federal

La Sección Tercera de la Constitución Nacional está dedicada enteramente a la organización del Poder Judicial de la Nación, estableciendo en su artículo 108 que “el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”.

Artículo 108 de la Constitución Nacional:

“El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación no solo es el más alto tribunal de la República Argentina, sino que en tal carácter es el órgano máximo dentro de uno de los tres poderes del Estado: el Poder Judicial.

Por lo tanto, para entender la ubicación y el rol institucional de la Corte Suprema –y, desde ya, para comprender sus decisiones y poder analizar su jurisprudencia, que es el objeto de este libro– debemos comenzar describiendo la

organización judicial argentina en el orden federal y su ámbito de actuación.

La Ley N° 27 de “Organización de la Justicia Nacional”, sancionada en el año 1862, estableció en sus dos primeros artículos las bases para la procedencia de la actuación de los jueces, reglamentando de esta forma el artículo 116 de la Constitución Nacional. Estos requisitos, que se mantienen vigentes (aunque con muchos matices) hasta el día de hoy, son básicamente dos:

- (i) la existencia de un “caso judicial”; y,
- (ii) la legitimación.

Ley N° 27

Artículo 1° – La Justicia Nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes Nacionales, a la decisión de las causas en que se versen intereses, actos o derechos de Ministros o agentes públicos, de simples individuos, de Provincia o de la Nación.

Artículo 2° – Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte.

1.1. El concepto de “caso judicial”

El artículo 116 de la Constitución Nacional dice que la Corte Suprema y los tribunales inferiores de la Nación conocen y deciden *causas*.

Ahora bien, ¿a qué se refiere la Constitución Nacional cuando nos habla de *causas*?

Tal vez una primera aproximación nos la brinda la Ley N° 27, que al reglamentar esta norma, dispuso en su artículo 2° que la justicia federal nunca procede de oficio, ejerciendo su jurisdicción solamente en los *casos contenciosos* en que es requerida a instancia de parte.

Así, se ha dicho que “[l]a primera de las limitaciones al poder de las cortes es que nunca el poder judicial procede de oficio, sino a requisición de parte interesada en una causa particular. Las cortes no pueden aplicar las leyes sino a los casos ocurrentes; su facultad de aplicarlas e interpretarlas, se ejerce sólo aplicándolas a las controversias que se suscitan o traen ante ellas para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones; no puede pedírseles

que emitan su opinión sobre una ley, sino aplicándola a un hecho y señalando al contradictor; ni pueden dar explicaciones sobre teorías que se sustenten cuando no haya casos prácticos a qué aplicarlas, porque el objeto de la jurisdicción nacional es decidir causas y no cuestiones abstractas de derecho. Así, los jueces nacionales, al dictar sus fallos, tienen que limitarse a los puntos controvertidos y no hacer declaraciones que aprovechen o perjudiquen intereses de personas que no han sido partes en el juicio”.¹

Cabe diferenciar dicha imposibilidad de “proceder de oficio”, es decir, fuera de una causa judicial, de la facultad de ejercer el control de constitucionalidad de oficio. La diferencia radica en que el control de constitucionalidad siempre debe ser ejercido en el marco de una causa judicial (causa que siempre debe estar precedida de una petición de parte), sin embargo al momento de resolver dicha causa judicial, los tribunales judiciales pueden –según la actual jurisprudencia de la Corte Suprema– declarar la inconstitucionalidad de las normas de oficio (ver Capítulo 2).

El Poder Judicial nunca puede dictar un pronunciamiento fuera de una causa judicial, pero en el marco de la referida causa judicial puede declarar la inconstitucionalidad de las normas sin petición de parte.

En síntesis, existe *causa* (art. 116 CN) o *caso* (art. 2º, Ley Nº 27) cuando dos (o más) partes no se ponen de acuerdo sobre los hechos y/o el derecho que debe aplicarse a una relación jurídica y, en consecuencia, requieren de un tercero imparcial (un juez) que decida la cuestión. Se advierte, así, que lo esencial es:

(i) La existencia de una *controversia*, fáctica o jurídica.

Esto excluye automáticamente la posibilidad de que los jueces puedan emitir opiniones consultivas. Los jueces no opinan, deciden.

Es importante destacar que la controversia que configura la *causa*, es decir, el punto fáctico o jurídico disputado, puede mutar en el trans-

1. González Calderón, J. A. (1930). *Derecho constitucional argentino: tomo I*. Buenos Aires: Lajouane, pp. 479-485.

curso del proceso y, fundamentalmente, en las sucesivas instancias. La *causa* no presenta un contenido estático sino dinámico a medida que avanza el proceso y se van sucediendo las intervenciones de los distintos tribunales. En efecto, una *causa* puede iniciarse con determinado pleito y ese pleito mutar por los aportes dinámicos de las partes y las sentencias de los tribunales que previenen a la CSJN (como sucedió en los fallos “Fayt”² y “Halabi”³ que estudiaremos en este capítulo).

(ii) Y que dicha controversia sea *actual* en el momento de ser planteada.

Esto significa que no debe tratarse de una controversia aún no planteada (que sea prematura), o bien una ya concluida (lo que deriva en un caso abstracto). Asimismo, la controversia debe ser actual también al momento de ser resuelta, ya que las decisiones judiciales deben valorar las circunstancias imperantes al momento de su dictado.

En síntesis, la existencia de una *causa actual* implica un límite constitucional y legal para la actuación del Poder Judicial, la que solo queda habilitada si aquella resulta configurada. Esto es de suma importancia en sistemas –como el nuestro– en los cuales corresponde al Poder Judicial controlar la constitucionalidad de leyes del Congreso y actos del Poder Ejecutivo, ya que implica un aporte al equilibrio de poderes que impone restricciones de base constitucional a dicho control.

La causa como límite de actuación judicial fue reconocida desde los fallos pioneros de la CSJN y, desde ese momento, como negación de pronunciamientos consultivos o abstractos.⁴

Así, más recientemente, la CSJN explicó en el fallo “Halabi” (que estudiamos en este capítulo) que, en todos los supuestos de intervención judicial, la comprobación de la existencia de un *caso* es imprescindible, ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Y precisó, además, que el *caso* tiene una configuración típica diferente según la categoría de derechos invocados.

2. CSJN (1999). “Fayt”. *Fallos* 322:1616.

3. CSJN (2009). “Halabi”. *Fallos* 332:111.

4. CSJN (1865). “José Roque Perez”. *Fallos* 2:254.

CSJN (2009). “Halabi” Fallos 332:111

“En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un ‘caso’ es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos: 310:2342, considerando 7°; 311:2580, considerando 3°; y 326: 3007, considerandos 7° y 8°, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el ‘caso’ tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones...”.

1.2. La legitimación

El mismo artículo 2° de la Ley N° 27 exige que el pronunciamiento de la jurisdicción en el caso, sea planteada a instancia de *parte*, en obvia referencia a la alegación por un sujeto hábil y vinculado con un interés jurídicamente protegido, calidad que conocemos como *legitimación*, es decir, “el interés personal que necesariamente debe existir al comienzo del pleito [y] continuar durante toda su existencia”.⁵

La legitimación es un concepto que apunta al *quién* de un proceso. De acuerdo con diferentes fórmulas que ha forjado la dogmática procesal, se trata de quién está jurídicamente habilitado para plantear un asunto a los tribunales; de quién puede requerir una sentencia favorable sobre un tema litigioso; de quién puede ser parte en un proceso; de quién puede hacerle un reclamo a otro sujeto por una pretensión en un proceso judicial.

Si la *causa* es una controversia concreta y actual entre partes, estas solo alcanzan ese rango cuando se encuentran legitimadas en orden a la pretensión que enarbolan. De ahí que la *causa* no pueda analizarse sin escrutar la *legitimación* y esta, sin atender al gravamen, perjuicio o interés manifestados como *pretensión*.

Ahora bien: ¿Quiénes son los sujetos habilitados por el orden jurídico para iniciar una acción? Seguramente veremos al estudiar el fallo “Halabi” (ver en espe-

5. Laplacette, C. J. (24/02/2015). Inconstitucionalidad. Exigencias temporales del caso judicial. *La Ley*, 1.

cial los considerandos 10 a 13), la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que en materia de legitimación procesal corresponde delimitar con precisión tres categorías de derechos: (i) individuales; (ii) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; y, (iii) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

CSJN (2009). “Halabi”. Fallos 332:111

“Que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable”.

En este caso, la Corte Suprema reafirmó la regla general en materia de legitimación –ejercicio del derecho en forma individual– sin modificarse tal regla por la mera existencia de una pluralidad de sujetos. El ejercicio de esta acción tiene como característica que está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y a buscar la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

A continuación, la Corte explica la configuración del caso cuando se encuentren involucrados derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto la tutela de un bien colectivo. A diferencia de la acción individual ya mencionada y en la que la legitimación solo le corresponde al afectado, cuando se encuentren en disputa derechos de incidencia colectiva, la legitimación le corresponderá al Defensor del Pueblo de la Nación, a las asociaciones que concentran el interés colectivo y al afectado.

A fin de calificar y habilitar la procedencia de este tipo de acción (en la que se encuentran afectados derechos de incidencia colectiva que tienen por obje-

to la tutela de un bien colectivo) deben considerarse los siguientes elementos:

- (i) la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando este pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna;
- (ii) la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Si bien la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, el reclamo patrimonial corresponde a su titular.

CSJN (2009). “Halabi”. *Fallos* 332:111

“[s]ólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva”.

Por último, interpretando el alcance del artículo 43 de la Constitución Nacional, la Corte afirma la existencia de una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. A diferencia de los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto la tutela de un bien colectivo, aquí no hay presencia de bienes colectivos (indivisibles) sino que se trata de derechos individuales enteramente divisibles.

Cabe preguntarse entonces: ¿qué diferencia existe entre esta acción y la ya mencionada para el ejercicio de derechos individuales?, ¿cuáles son los requisitos para la procedencia de este tipo de acciones?

CSJN (2009). “Halabi”. *Fallos* 332:111

“El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia”.

	<u>SUJETOS LEGITIMADOS</u>	<u>CARACTERÍSTICAS</u>	<u>EJEMPLOS</u>
Derechos individuales	El afectado.	Divisible, no homogéneo y orientado a la reparación de un daño individual.	Reclamo patrimonial.
Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos	Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.	Debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo y estar focalizada en la incidencia colectiva.	El ambiente, una estatua, una plaza.
Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos	Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.	Divisible, homogéneo y debe estar focalizado en los efectos comunes. Requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado.	Derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados.

Por último, no puede dejar de mencionarse que en el caso “Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán”, que también estudiaremos en este capítulo, la Corte admitió, con carácter excepcional y en supuestos estrictamente definidos, una configuración del caso distinta a la corriente, a partir –como no podía ser de otro modo– de la aceptación de un tipo de legitimación mucho más amplia. Así, la Corte Suprema dijo en este fallo que en los casos en “que se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la arquitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental”, la simple condición de ciudadano resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés “especial” o “directo”.

CSJN (2015). “Colegio de Abogados de Tucumán”. Fallos 338:280.

“Así como todos los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo la amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé” (Fallos: 317:335 y 313:594, disidencias del juez Fayt).³⁷

Como puede observarse, el concepto de *causa* está íntimamente relacionado con la noción de legitimación, y ambos requisitos constituyen “la llave de bóveda” de la actuación del Poder Judicial.

2. La organización judicial argentina en el orden federal

Dado que la República Argentina es un país federal, existen dos órdenes jurisdiccionales: (i) el *local*, de las provincias, y que comprende al Poder Judicial de cada una de ellas; y (ii) el *federal*, correspondiente al Estado Nacional de acuerdo a la delegación de facultades que las provincias hicieron al constituir el Estado –que surgen de la Constitución Nacional– y que comprende al Poder Judicial Federal.

La jurisdicción federal es atribuida a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a los tribunales inferiores creados por el Congreso Nacional (conf. arts. 75, inc. 20 y 108, CN). La competencia del Poder Judicial Federal se establece por razón de la materia, de las partes y del lugar donde se producen los hechos generadores del caso judicial. Su interpretación debe ser restrictiva, porque las provincias conservan todas las atribuciones que no han transferido al Estado Nacional en la Constitución (art. 121).

Constitución Nacional

Artículo 75 – Corresponde al Congreso...

20) Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia; crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores, y conceder amnistías generales.

Artículo 108 – El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.

Artículo 121 – Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

La jurisdicción provincial corresponde a los tribunales provinciales que son competentes para intervenir en los casos que suscitan las cuestiones de derecho común (previstas en el art. 75, inc. 12, CN), las resultantes de las leyes locales y las que emanen de leyes nacionales que no establezcan su sujeción al Poder Judicial Federal.⁶

El artículo 108 CN establece que, en el orden federal, el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores cuya creación disponga el Congreso en todo el territorio del país (en igual sentido, art. 75, inc. 20 CN).

De acuerdo a estas normas resulta entonces que:

6. El caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reviste ciertas particularidades, en virtud de su estatus jurídico diferenciado del de las provincias (art. 129, CN y Ley N° 24588). Profundizaremos este tema en el Capítulo 3, al estudiar el fallo “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Provincia de Tierra del Fuego”.

- (i) La jefatura del Poder Judicial corresponde a la Corte Suprema de Justicia.
- (ii) La creación de los tribunales judiciales inferiores es facultad propia del Congreso.
- (iii) Existen dos órdenes jurisdiccionales, el federal y el provincial. Este último reconocido a las provincias por el art. 5° de la Constitución y que es presupuesto para hacer efectiva la garantía federal.
- (iv) El Ministerio Público (art. 120 CN) forma parte del Poder Judicial y colabora con los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, aunque no la ejerce. Otro tanto el Consejo de la Magistratura (art. 114 CN) y el jurado de enjuiciamiento al que alude el art. 115 CN, pero sin ejercer la función jurisdiccional reservada a los magistrados judiciales.

3. La Corte Suprema de Justicia de la Nación: poder del Estado y tribunal de resolución de conflictos. Las funciones constitucionales de la Corte Suprema

El sistema jurídico argentino es tributario de dos tradiciones normativas:

- (i) El derecho continental europeo:
 en la tradición continental europea, el juez es percibido como “la boca que pronuncia las palabras de la ley” y debe, en consecuencia, resolver los conflictos de interés aplicando las normas vigentes con particular deferencia a la voluntad del legislador. De este modo, el juez es considerado como un *administrador* o *gestor*, quien dispensa, entre las partes en controversia, la justicia ya contenida en las normas dictadas por el legislador.
- (ii) El derecho norteamericano:
 en la tradición norteamericana, presente en el diseño del poder que emerge de la Constitución Nacional argentina –escrita, rígida y suprema–, el Poder Judicial es designado y estructurado como uno de los poderes del Estado. Así, el juez recrea el derecho por vía interpretativa y se nutre de los precedentes, los que resultan una fuente primaria y de seguimiento obligatorio. Además, y sobre todo cuando se trata de los magistrados de la Corte Suprema, expresa la última palabra en

materia de interpretación de la Constitución, ejerciendo el *control de constitucionalidad* de leyes del Congreso y actos del Poder Ejecutivo (que estudiaremos en el siguiente capítulo). En esta tradición, el papel del juez es político, en un doble sentido. Primero, porque al resolver conflictos de interés, va desarrollando el derecho y, a través de él, desplegando las relaciones sociales. Y segundo, porque al controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, toca a sus hacedores en lo que estos expresan como decisión de política general.

Dada la mezcla de tradiciones de las que se nutre nuestro sistema jurídico, las funciones institucionales de la CSJN son muy amplias y variadas, y se encuentran en constante evolución, tal como iremos viendo con el estudio de los fallos seleccionados.

4. La Corte Suprema de Justicia de la Nación

4.1. Jueces de la Corte Suprema

Los jueces de la Corte Suprema de Justicia son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de los dos tercios de los miembros presentes del Senado, en sesión pública convocada al efecto (art. 99, inc. 4°, CN).

Constitución Nacional

“El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones...

4. Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto.

Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.

Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”.

Además de la mayoría calificada exigida,⁷ las sesiones en las cuales se trate el acuerdo del Senado para el nombramiento de jueces de la Corte Suprema, deben ser públicas. La causa histórica de este requisito introducido por la reforma constitucional de 1994, se relaciona con la práctica antirrepublicana seguida por la Cámara de Senadores de la Nación, cuyo Reglamento imponía el secreto para las sesiones en las que se tratasen acuerdos.

Si bien el primer Reglamento de la Cámara sancionado en 1862 no contenía esta disposición, a partir del año 1877 se modificó su artículo 18, que pasó a decir: “Las sesiones serán públicas; pero puede haberlas secretas á petición del Gobierno ó de tres senadores. Serán siempre secreta toda sesión en que se trate de los acuerdos pedidos por el Poder Ejecutivo para el nombramiento o remoción de funcionarios públicos”. El régimen del secreto continuó vigente hasta 1992, fecha en que fue derogado para las sesiones de acuerdos.⁸

La Constitución Nacional ha previsto que el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema, al igual que de los tribunales inferiores, se extiende mientras dure su buena conducta (art. 110, CN) cumpliendo con el requisito de la idoneidad previsto en el art. 16 CN.

Sin embargo, la reforma del año 1994 estableció que todos ellos cesarían en sus cargos al cumplir 75 años de edad (art. 99, inc. 4º, CN). La cesación sería automática, a menos que el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, procediera a efectuar un nuevo nombramiento por un lapso de cinco años más, que podía ser repetido indefinidamente.

Artículo 110 de la Constitución Nacional

“Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones”.

7. Los miembros totales del Senado son 72, correspondiendo 3 a cada una de las 23 Provincias y 3 a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 54, CN).

8. Pitt Villegas, J. C. (2008). *Reglamento de la Cámara de Senadores y Antecedentes Históricos*. Recuperado de <http://www.senado.gov.ar/web/cecav/reglamento/index.htm>

En el año 1999, la CSJN declaró en el fallo “Fayt” la nulidad de esta cláusula constitucional incorporada en la reforma del año 1994.⁹ Para ello, consideró que la incorporación de esa cláusula no estaba autorizada por la Ley N° 24309 que declaró la necesidad de la reforma y que importaba una alteración del principio de inamovilidad previsto en el art. 110 CN. En este sentido, la mayoría de la CSJN sostuvo que los límites impuestos a la permanencia en el cargo en razón de la edad de los jueces afectaba la independencia de estos, y que para producir semejante modificación no estaban habilitados los convencionales constituyentes, sin que importe la discusión acerca de los derechos adquiridos del presentante, en virtud del régimen constitucional anterior bajo el cual fue designado.

CSJN (1999). “Fayt”. *Fallos* 322:1616

“La discusión que versa sobre la posibilidad de invocar derechos adquiridos frente a las disposiciones sancionadas regularmente por una convención reformadora de la Constitución Nacional, resulta abstracta en la presente causa, pues el art. 99, inciso 4, párrafo tercero de la Constitución reformada, no puede aplicarse al actor por vicio de nulidad absoluta, en virtud de haberse configurado un manifiesto exceso en las facultades de que disponía la convención, conforme al procedimiento reglado por el art. 30 de la Constitución Nacional y a lo dispuesto en la declaración de necesidad instrumentada mediante la ley 24.309”.

Debe tenerse presente que, salvo el juez Petracchi (quien se excusó) los restantes magistrados de la Corte Suprema decidieron la cuestión sin excusarse, aunque claramente tenían un interés propio en el asunto.¹⁰

9. CSJN (1999). “Fayt”. *Fallos*, 322:1616.

10. Firmaron la sentencia los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano, López y Vázquez, este último, por sus propios fundamentos. El juez Bossert lo hizo en disidencia parcial.

4.2. Integración de la CSJN: la Ley N° 26183

La Constitución Nacional no establece el número de jueces que integran la Corte Suprema.

Si bien el texto original de la Constitución de 1853 disponía que el Máximo Tribunal iba a estar integrado por nueve jueces y dos fiscales (art. 91), esa norma fue modificada en el año 1860, suprimiéndose la referencia al número de miembros de la Corte Suprema.

Por lo tanto, la determinación del número de sus integrantes es una facultad que corresponde al Congreso de la Nación.

Desde la recuperación de la democracia en 1983, la Corte Suprema estuvo integrada por 5 jueces (art. 21, Decreto-Ley 1285/58). En 1990, bajo la presidencia de Carlos Menem, se aumentó el número de jueces a 9 (Ley N° 23774). Y más recientemente, la Ley N° 26183, sancionada en 2006, volvió a integrar la Corte con 5 jueces, aunque habilitando transitoriamente su funcionamiento con 7 jueces hasta que se produjesen las vacantes definitivas.

Actualmente la Corte está integrada por los 5 jueces: Ricardo Luis Lorenzetti (Presidente), Elena Inés Highton de Nolasco (Vicepresidenta), Juan Carlos Maqueda, Horacio Daniel Rosatti y Carlos Fernando Rosenkrantz.

4.3. Marco normativo para la preselección de candidatos para la cobertura de vacantes. El Decreto N° 222/03

El 19 de junio de 2003, poco antes de cumplirse un mes de su asunción como Presidente de la Nación, Néstor Kirchner dictó el Decreto N° 222, por el cual autolimitó las facultades presidenciales en la designación de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y estableció un nuevo y más transparente proceso de selección de los mismos, promoviendo y garantizando la participación de los diferentes actores de la sociedad civil.

En un hecho inédito, la nueva normativa traía luz a uno de los procedimientos más opacos de la historia constitucional, colocando en la superficie los antecedentes del candidato y sometiendo al escrutinio público. Además, se pasaba de la arbitrariedad absoluta al establecimiento de parámetros subjetivos y objetivos que debían guiar la postulación.

En virtud de la nueva normativa, el candidato propuesto debe reunir suficientes credenciales morales y técnicas que acrediten su compromiso “con la defensa de los derechos humanos y los valores democráticos” (art. 2°), como así también, la composición general del Tribunal debe “reflejar las diversidades de género, especialidad y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal” (art. 3°).

A los candidatos se les aplica la Ley de Ética de la Función Pública N° 25188, se los obliga a presentar su declaración jurada de bienes patrimoniales y a denunciar toda relación comercial que pueda afectar su imparcialidad (art. 5°), requiriéndose de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) un informe acerca del cumplimiento de sus obligaciones impositivas (art. 8°).

Desde un posicionamiento republicano, se otorgan al pueblo derechos de participación en el proceso de postulación de candidatos, antes inexistentes. Así, en forma individual o colectiva los ciudadanos quedan habilitados para examinar los antecedentes del candidato y presentar impugnaciones fundadas a su postulación (arts. 4° y 6°), las que deben ser tenidas en cuenta por el Poder Ejecutivo al momento de decidir acerca de la elevación de la propuesta respectiva (art. 9°).

También el Senado de la Nación se adecuó a los nuevos tiempos y modificó su Reglamento el 2 de julio de 2003, incorporando el procedimiento de audiencia pública para la designación de jueces de la Corte Suprema (conf. artículos 123 *bis* y 123 *decies*).

4.4. Nombramientos “en comisión”

Apenas asumido su mandato, el Presidente Mauricio Macri emitió el Decreto N° 83 del 14 de diciembre de 2015, designando por sí solo, es decir, sin pasar por los procedimientos detallados ni contar con el acuerdo del Senado, a Horacio Daniel Rosatti y a Carlos Fernando Rosenkrantz, como jueces de la Corte Suprema.

En una arquitectura institucional de equilibrio de poderes o “frenos y contrapesos”, que la cabeza de uno de los poderes intervenga por su única voluntad en la constitución de la jefatura de otro, configura un supuesto de gravedad institucional a tener en cuenta, más aún cuando la propia Constitu-

ción Nacional establece un procedimiento detallado para la integración de la Corte Suprema, mediante la intervención conjunta del Poder Ejecutivo y del Senado, en un acto complejo con mayorías calificadas y procedimientos de participación ciudadana previos.

Si bien los nombramientos “en comisión” –que no son más que eso: la decisión de intervenir por sí, cuando la norma impone una actuación conjunta– se encuentran previstos en el art. 99, inc. 19 CN, para llenar cargos vacantes que necesitan acuerdo del Senado cuando este se encuentra en receso, no es la interpretación que más abona al esquema de equilibrio de poderes permitir dicha opción cuando de nombrar jueces del Máximo Tribunal se trata. Más aún, con las características ya señaladas que proveen al Poder Judicial en general y a la Corte Suprema en particular de la competencia de controlar la constitucionalidad de las leyes del Congreso y los actos del Poder Ejecutivo.

Resulta al menos pertinente intuir que un nombramiento “en comisión” por la sola voluntad del Poder Ejecutivo no es un antecedente propiciatorio de una actuación imparcial e independiente del Tribunal, ante la eventualidad de tener que controlar la validez de la actividad del Poder que lo constituyó.

Artículo 99 de la Constitución Nacional

“El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones...

19. Puede llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima Legislatura”.

El extremo deterioro institucional que provoca la designación de jueces del Máximo Tribunal por fuera de los cauces constitucionales, no solo interfiere con el principio de división de poderes, imparcialidad e independencia judicial, y garantía de juez natural, sino que obtura la participación del Senado y el control ciudadano. En suma: el jefe del Poder Ejecutivo constituyendo la cabeza del Poder Judicial y negando la participación que constitucionalmente le corresponde al Poder Legislativo mediante el Senado.

La Corte Suprema reafirmó el predominio del procedimiento constitucio-

nal para la integración de la Corte Suprema, aun en caso de conjueces, es decir, de aquellos que integran el Tribunal ante supuestos de excusación, recusación, vacancia o licencia de sus titulares, solo para entender en las causas que les fueren asignadas y siempre que la integración del Tribunal por los Presidentes de las Cámaras Federales no fuere posible (art. 22, Decreto-Ley N° 1285/58). De este modo, destacó que “el nombramiento de los jueces de la Nación con arreglo al sistema constitucionalmente establecido se erige en uno de los pilares esenciales del sistema de división de poderes sobre el que se asienta la República. En este sentido, no cabe sino concluir que los procedimientos constitucionales que regulan la integración de los tribunales han sido inspirados en móviles superiores de elevada política institucional, con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley. Las disposiciones pertinentes se sustentan, pues, en la necesidad de afirmar la independencia e imparcialidad de los jueces en beneficio exclusivo de los justiciables”.¹¹

Si este ha sido el criterio para invalidar la designación de conjueces por el Poder Ejecutivo –quienes contaban con acuerdo del Senado pero sin los dos tercios de los miembros presentes que marca la norma constitucional– más aún debiera aplicarse a los jueces designados “en comisión”, quienes intervienen, al igual que sus pares, en todas las causas en trámite ante el Tribunal y solo cesan al finalizar la próxima Legislatura.

Si bien el supuesto analizado no llegó a concretarse, por cuanto ambos jueces no asumieron sus funciones sino luego de contar con el acuerdo del Senado y de sortear las instancias de control ciudadano, el antecedente generado no resulta un buen estímulo para el respeto de los marcos constitucionales en que cada poder debe desenvolverse y el aseguramiento de los derechos de participación en los procesos de designación de autoridades públicas. La ausencia de legitimidad democrática de la que adolece todo el Poder Judicial, al no integrarse mediante el voto popular, exige extremar el respeto de los cauces constitucionales y de participación ciudadana para compensar tal déficit. Un mecanismo de integración de la Corte Suprema distinto al previsto en el art. 99, inc. 4° CN, afecta directamente su legitimidad, la que encuentra algún

11. CSJN (2015). “Aparicio, Ana Beatriz”. *Fallos* 338:284.

sustento si sus miembros son designados mediante la participación conjunta de los otros dos poderes de base democrática, previo escrutinio público.

5. El rol institucional de la Corte Suprema y la importancia de su jurisprudencia

La Corte Suprema de Justicia de la Nación es el único órgano creado por la Constitución Nacional como parte y cabeza del Poder Judicial de la Nación.¹²

En su sitio web institucional, la Corte Suprema se autodefine de la siguiente manera:

“La Corte Suprema de Justicia de la Nación es el más alto tribunal de la República Argentina. Órgano máximo dentro de uno de los tres poderes del Estado y su misión consiste en asegurar la supremacía de la Constitución, ser su intérprete final, custodiar los derechos y garantías en ella enunciados y participar en el gobierno de la República. [...]”

Están a cargo del Poder Judicial de la Nación y, como instancia final, la Corte Suprema el ejercicio de la función jurisdiccional para resolver los conflictos suscitados entre ciudadanos o entre estos y el Estado, la interpretación y sistematización de todo el ordenamiento jurídico y el control de constitucionalidad de las normas y actos estatales.

La Corte es un órgano de gobierno cuya competencia consiste en el control de constitucionalidad y cuyos actos son los fallos institucionales. Asimismo, la función de control político que desempeña es la de un poder llamado a equilibrar el sistema político. Tiene como fin garantizar la eficacia en el logro del bien común, la legitimidad y juridicidad de la actuación estatal y la activa defensa de los derechos humanos [...]”

Recuperado de <http://www.csn.gov.ar/institucional/historia-de-la-corte-suprema/el-tribunal>.

12. Gelli, M. A. (2009). *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada: tomo II*. Buenos Aires: La Ley, p. 439.

La Constitución Nacional argentina no dispone expresamente la obligatoriedad de la doctrina emanada de la Corte Suprema. Sin embargo, se ha generado jurisprudencia –tanto de tribunales inferiores como de la propia Corte Suprema– postulando su obligatoriedad, ya sea considerando un deber de acatamiento *liso llano* de la jurisprudencia de la Corte o un deber de *sometimiento condicionado*, que le permitiría a los jueces inferiores no seguir la jurisprudencia del Máximo Tribunal cuando circunstancias debidamente fundadas lo justifiquen.¹³

Tal como explica Sagües, “el régimen constitucional de 1853-60 no impuso un mecanismo jurisprudencial ‘vinculante’ hacia los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Antes bien, la Constitución delineó un organigrama de jurisprudencia ‘no vinculante’, donde los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tenían en principio, únicamente valor para el caso concreto. Conforme con tales pautas, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación carecían de obligatoriedad erga omnes y su apartamiento por los jueces del país se presentaba como factible, al menos mientras una ley no dispusiera lo contrario. Y tal ley no se dictó. A poco, sin embargo emergieron normas de derecho judicial que se han adosado al texto constitucional... que confiere[n] a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, un cierto valor jurídico ‘vinculante’”.¹⁴

Por ejemplo, la Corte Suprema se pronunció sobre la obligatoriedad de sus sentencias en el fallo “Santín”:

13. Sagües, N. P. Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En J. Miller, M. A. Gelli y S. Cayuso (1992). *Constitución y poder político: tomo 1* (pp. 124-129). Buenos Aires: Astrea.

14. *Ibíd*, p.128.

CSJN (1948). “Santín, Jacinto”. *Fallos* 212:51

“[T]an incuestionable como la libertad de juicio de los jueces en ejercicio de su función propia es que la interpretación de la Constitución Nacional por parte de esta Corte Suprema tiene, por disposición de aquélla y de la correspondiente ley reglamentaria, autoridad definitiva para la justicia de toda la República, y que la interpretación de la Corte Suprema no tiene únicamente autoridad moral, sino institucional. Que apartarse de esa jurisprudencia mencionándola pero sin controvertir sus fundamentos... importa desconocimiento deliberado de dicha autoridad”.

No obstante, como vemos en la última oración del párrafo transcrito, el Tribunal matizó en este caso la obligación de acatamiento a su jurisprudencia por parte de los jueces inferiores, en la hipótesis de que la singularidad del caso hiciese inaplicable su doctrina y el tribunal inferior fundamentara en ello su decisión discrepante.

Tal como explica Sagües en el trabajo citado,¹⁵ tanto la tesis de la obligatoriedad (condicionada o no; total o parcial) de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como la doctrina de la no obligatoriedad, cuentan con sólidos argumentos.

A favor de la tesis de la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema, podría argumentarse:

- Que es necesario por serias razones de seguridad jurídica, a los fines de uniformar los criterios jurisprudenciales del país, evitando fallos contradictorios.
- Que es necesario como muestra de respeto a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, juez final de todo el derecho argentino.

A favor de la tesis de la no obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema, podría argumentarse:

- Evita la esclerotización del derecho judicial.
- Refresca la jurisprudencia de un país, aportando una nota de democratización mayor porque expande el debate jurídico y ofrece diversos argumentos a considerar.

15. *Ibíd.*

- Auspicia la renovación de las estructuras jurídicas y del derecho vivo de un Estado.

Más recientemente, la Corte Suprema volvió a sostener una posición *eclectica o intermedia*, que da lugar a distintos argumentos según se juzguen las circunstancias del caso:

CSJN (2006). “Barreto, Alberto”. Fallos 329:759

“Si bien es deseable y conveniente que los pronunciamientos de la Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos, esta regla no es absoluta ni impide la modificación de la jurisprudencia cuando existen causas suficientemente graves o median razones de justicia, entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambiantes circunstancias históricas han demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido”.

Más allá de los diversos argumentos y de la jurisprudencia contradictoria en la materia –incluso de parte de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación–, lo cierto es que la gran mayoría de las decisiones judiciales de nuestro país acepta algún tipo de obligatoriedad de los precedentes del Máximo Tribunal,¹⁶ y ese constituye, junto con la ubicación y el rol institucional que cumple como cabeza del Poder Judicial, uno de los principales motivos para estudiar y analizar con detalle la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

16. *Ibid.*

II. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y GUÍAS PARA SU ANÁLISIS

1. Caso “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. Ley 25.873 - dto. 1563/04 s/amparo” (2009). CSJN, *Fallos* 332:111

1.1. Introducción al caso “Halabi”

Ernesto Halabi, en causa propia y en su condición de usuario, interpuso contra el Estado Nacional acción de amparo a través de la cual solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N° 25873 y de su Decreto Reglamentario N° 1563/04. Estas normas imponen a las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones (tanto telefónicas como de Internet) la captación y derivación de las comunicaciones que transmiten para su observación a pedido del Poder Judicial o del Ministerio Público.

Halabi fundó su pretensión alegando que la citada normativa (Ley N° 25873 y su Decreto Reglamentario N° 1563/04) vulnera los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional ya que implican una intromisión en la esfera de su privacidad e intimidad en un doble aspecto: (i) en su carácter de usuario del servicio de telefonía, y (ii) en su condición de abogado en las relaciones que entabla con sus clientes.

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por mayoría, hizo lugar al planteo de Halabi y le otorgó a su sentencia efectos *erga omnes*. Es decir, la sentencia no solo tendría efectos entre las partes en conflicto (*inter partes*) sino también respecto de un colectivo de personas.

Para arribar a dicha conclusión, sostuvo que ello era una “derivación lógica del **carácter colectivo** de la controversia”, razón por la cual “el control de constitucionalidad debía **alcanzar a todos los usuarios que se encontraban en las mismas condiciones** que el actor”.

La sentencia fue recurrida por el Estado Nacional mediante la interposición de Recurso Extraordinario Federal (en adelante REF). Nótese que la

Procuradora General, al expedirse sobre la admisibilidad del REF basa su procedencia en los incisos 1 y 3 de la Ley N° 48.

Artículo 14 de la Ley N° 48 (Cuestión federal)

1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

2° Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.

Es decir que la Procuradora General entiende que la Corte debe resolver tanto la declaración de inconstitucionalidad de la norma (Ley N° 48, artículo 14, inc. 1), como los efectos de la sentencia derivados de la interpretación del artículo 43 de la Constitución Nacional (Ley N° 48, artículo 14, inc. 3).

Sin embargo, y atento a que la interposición del recurso fue limitada únicamente en lo relativo a los efectos de la sentencia, la Corte solo declara admisible el REF en base al inciso 3° del artículo 14 de la Ley N° 48 (a fin de definir la inteligencia que cabe atribuir a la cláusula del art. 43 de la Constitución Nacional). Es decir que la declaración de inconstitucionalidad de las normas no fue motivo de apelación, sino que la Corte se limitó a resolver la cuestión sobre los efectos de la sentencia, sin entrar en consideración acerca de la violación del derecho a la privacidad.

Cabe mencionar que el debate sobre la constitucionalidad de las normas fue analizado en el dictamen de la Procuradora General, en el que realiza un análisis en relación a la finalidad de las normas y los derechos en juego, concluyendo su razonabilidad.

El 24 de febrero de 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación con-

firmó la sentencia de segunda instancia, reconociendo los efectos *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N° 25873 y su Decreto Reglamentario N° 1563/04. La Corte sostuvo que “es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento legal que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional una acción colectiva...” en defensa de sus derechos.

De este modo, clasificó los derechos de un individuo en tres categorías diferentes:

(i) Individuales: estos derechos están reconocidos en el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional y son aquéllos derechos que, por regla general, son ejercidos por su titular. Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

(ii) De incidencia colectiva, que tienen por objeto bienes colectivos: se trata de derechos indivisibles que pertenecen a toda la comunidad y son derechos ejercidos por el Defensor del Pueblo, por las asociaciones que reúnen un interés colectivo y por el propio afectado.

La petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando este pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna, y ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva.

Es por ello que cuando el afectado interpone una acción de amparo en forma individual (no colectiva) y su pretensión está destinada a reparar el daño a un bien colectivo, la sentencia extenderá sus efectos sobre el objeto de la causa.

(iii) De incidencia colectiva, que tienen por objeto intereses individuales homogéneos. Comprenden derechos personales o patrimoniales derivados de *afectaciones* al medio ambiente, a la competencia y a los derechos de los usuarios y consumidores.

En este caso, la afectación recae sobre derechos individuales y divisibles cuya lesión es consecuencia de un hecho, único y continuado que provoca un daño colectivo a esos intereses. Es decir que aquí no existe afectación a un bien colectivo sino que se afectan derechos individuales enteramente divisibles con la particularidad de que existe un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Al existir homogeneidad resulta razonable que se entable un único proceso con efectos *erga omnes*.

Si bien este supuesto se encuentra contemplado en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, aún no ha sido regulado por el Poder Legislativo. Sin perjuicio de ello, la norma constitucional es operativa siendo necesario que los jueces le otorguen eficacia cuando se afecte un derecho constitucional.

En consecuencia, la CSJN estableció las condiciones necesarias para que esta acción proceda. Se debe verificar:

- (i) la existencia de un hecho común que provoque una lesión a una pluralidad relevante de individuos;
- (ii) la presencia de una pretensión procesal que esté centrada en los aspectos colectivos que ocasionan los efectos de ese hecho (no en lo que cada persona puede peticionar individualmente); y
- (iii) la comprobación de que el interés individual, considerado aisladamente (es decir fuera del grupo) no justifica el inicio de una demanda.

La Corte Suprema calificó la pretensión deducida por el abogado Ernesto Halabi como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos. Así, y en relación a la aplicación de los requisitos que delineó previamente, afirmó que “su pretensión no se circunscribe a procurar una tutela para sus propios intereses sino que, por la índole de los derechos en juego, es representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados”.

Asimismo indicó que existe un hecho único –la normativa en cuestión– que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales y que la pretensión está concentrada en los efectos comunes para toda la clase

de sujetos afectados. Por último, la Corte entendió que había una clara afectación del acceso a la justicia, porque no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma, con lo que se cumple el tercero de los elementos señalados.

A diferencia de la aplicación de los requisitos delineados en el caso “Halabi”, en los autos “Cavalieri c/ Swiss Medical S.A.”, en el que el actor junto a la asociación Proconsumer pretendían que se proveyera el equipo de ventilación mecánica y los accesorios pertinentes a todos los afiliados de la demandada que padezcan el síndrome de apnea obstructiva, la Corte no le reconoció a Proconsumer la legitimación que invocaba bajo el caso Halabi.

1.2. Resumen del Dictamen de la Procuradora General

Suprema Corte:

I - A fs. 109/116, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala II) resolvió confirmar el pronunciamiento que había hecho lugar a la acción de amparo entablada por Ernesto Halabi –letrado en causa propia– y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de la ley 25.873 (arts. 1º y 2º) y del decreto 1563/04, que imponen a los prestadores de servicios de telecomunicaciones la captación y derivación de las comunicaciones que transmiten, para su observación remota a requerimiento del Poder Judicial o del Ministerio Público, de acuerdo con la legislación vigente [...]

Sostuvieron así, que las normas impugnadas transgreden las disposiciones de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto establecen, respectivamente, la inviolabilidad de la correspondencia y excluyen de la autoridad de los magistrados las acciones privadas de los hombres que no ofendan a la moral y al orden público; las de la Convención Americana de Derechos Humanos –aprobada por la ley 23.054– (de jerarquía constitucional, art. 75, inc. 22), que reconocen los derechos a la honra y a la dignidad y a que nadie pueda ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio, ni en su correspondencia (art. 11, incs. 1º y 2º) y las estipulaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –aprobado por la ley 23.313 y con igual jerarquía que la Constitución– que

reconoce el derecho a la intimidad (art. 17, inc. 1º) [...]

Por último establecieron, por mayoría, que la inconstitucionalidad declarada tendría efectos erga omnes, pues, según entendieron, la derivación lógica de admitir el carácter colectivo de la controversia era que el control de constitucionalidad ejercido debía alcanzar a todos los usuarios que se encontraran en la misma condición que el actor.

II - Disconforme con ese pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 120/126 que fue concedido por el a quo, al hallarse debatido el alcance e interpretación de una norma federal (art. 14, inc. 1º de la ley 48) (fs. 156).

[...]

Se agravia de los efectos erga omnes que la alzada asigna a su sentencia. Manifiesta que el a quo omitió examinar lo establecido en el art. 43 de la Constitución Nacional con referencia a quiénes se encuentran legitimados para accionar cuando están involucrados derechos de incidencia colectiva.

En tal sentido, afirma que la circunstancia de que la causa afectara derechos colectivos no autorizaba al tribunal a dictar una sentencia con alcance general si se tiene en cuenta que quien había accionado no era el Defensor del Pueblo ni una asociación protectora de los derechos de los usuarios y consumidores.

III - Considero que el recurso extraordinario deducido es admisible en la medida en que se cuestiona la validez e interpretación de una ley del Congreso (ley 25.873) y de un acto de autoridad nacional (decreto 1563/04) bajo la pretensión de ser contrarios a los principios, derechos y garantías consagrados en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y la sentencia definitiva del superior tribunal fue contraria a las pretensiones del apelante (art. 14, inc. 1(y 3(de la ley 48).

Asimismo, al encontrarse en discusión el alcance que cabe asignar a una norma de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros).

IV - El actor pretende la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04.

Vale tener presente que dicho ordenamiento legal incorporó a la Ley Nacional de Telecomunicaciones 19.798 –Capítulo I, del Título III– los arts. 45 bis, 45 ter y 45 quáter, que se refieren, básicamente, a la obligación impuesta a los prestadores de servicios de telecomunicaciones de captar y derivar las comunicaciones que transmiten para su observación remota, de acuerdo a lo que establece la legislación vigente, a requerimiento del Poder Judicial o del Ministerio Público. [...]

En cumplimiento de lo dispuesto en el último párrafo del art. 45 bis antes transcrito de la ley 25.873, el Poder Ejecutivo Nacional, mediante el decreto 1563/04, reglamentó los artículos incorporados a la ley 19.798, con la finalidad de establecer las condiciones técnicas y de seguridad que deberían cumplir los prestadores de servicios de telecomunicaciones en relación con las obligaciones legalmente impuestas. Así pues, se regularon: a) las obligaciones de los operadores y licenciatarios de servicios de telecomunicaciones; b) lo referido a los eventuales reclamos administrativos y a la vía judicial; c) la adecuación del equipamiento y las tecnologías que se utilizan para la prestación de servicios de telecomunicaciones, estableciéndose plazos para los requerimientos de interceptación y de información, al igual que las sanciones y d) la competencia del órgano del Estado legalmente encargado de las verificaciones e inspecciones.

Con posterioridad, el Poder Ejecutivo, mediante el decreto 357/05 (B.O. 25/4/2005), sobre la base de considerar razones “de público conocimiento”, suspendió sine die la aplicación del decreto 1563/04 a los fines de permitir un nuevo análisis del tema y de las consecuencias que su dictado implicaban.

Ante ello, y habida cuenta de la doctrina del Tribunal que enuncia que las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al momento de su dictado, lo cual resulta aplicable, también, a las decisiones en los juicios de amparo (Fallos 323:3896; 325:1440; 327:488, 4990, 4905 y 5270, entre muchos otros), estimo que, al encontrarse suspendida la aplicación del decreto 1563/04, en el momento actual resulta inoficioso un pronunciamiento en tal sentido (Fallos: 325:366 y 370), pues no existe agravio actual que subsanar con la pretendida declaración.

V - Sentado lo que antecede, corresponde examinar el planteo de inconsti-

tucionalidad de la ley 25.873 sustentado en la afectación de derechos de rango constitucional, con especial acento en la defensa del derecho a la intimidad o privacidad que, según se afirma, se verían conculcados por la captación y derivación de todas las comunicaciones [...]

La Constitución Nacional ha establecido el deber del Estado de proveer a la seguridad pública e individual como correlato de los objetivos establecidos en el Preámbulo de “afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común y promover el bienestar general”, a la vez que, en forma paralela, ha consagrado el derecho a la intimidad o privacidad en sus arts. 19 y 18.

En tales condiciones, se advierte que el planteo en examen traduce una suerte de tensión entre derechos y obligaciones consagrados en la Constitución, en la medida en que el actor pretende que se respete su derecho a la privacidad e intimidad, que se enfrenta con el deber propio e irrenunciable del Estado de proveer a la seguridad pública e individual [...]

Cabe recordar –como se dijo– que en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 25.873, más allá de que se pueda considerar que tuvo una breve discusión, lo cierto es que quedó en claro que su objetivo era resguardar la seguridad pública e individual.

Es decir, que en el sub examine el derecho a la intimidad se enfrenta con el deber del Estado de proveer a la seguridad y el correlativo derecho de todos los ciudadanos a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de su propiedad. De este modo puede decirse, que conjugados armoniosamente aspectos propios de la esfera de la intimidad de las personas, protegidos por los citados arts. 19 y 18, con otros que la trascienden y acaban por interesar a toda la comunidad, obvio objeto de protección del orden normativo, es dable presuponer –contrariamente a lo que sostiene la alzada– que ambos concierne a la subsistencia de la propia sociedad.

VI - Ahora bien, es necesario determinar si el hecho de interceptar y derivar las comunicaciones constituye una injerencia desmesurada en la privacidad de las personas, si se lo pondera relacionado con la finalidad perseguida por la ley, a cuyo fin debe considerarse la jerarquía del interés tutelado, en relación con la cuantía del sacrificio exigido a los derechos individuales.

En tal sentido, fue puntualizado que toda ley debe ser razonable, esto es, jus-

tificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y proporcionado a los fines que se procura alcanzar, de tal modo de coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad (Fallos: 312:496).

En rigor, ha dicho la Corte, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, al círculo familiar y de amistad sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen, y que nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, así como que sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 306:1892, considerando 8° y 316:703, entre otros). Es un valor entendido que los derechos a la intimidad y a la privacidad, al igual que los demás derechos individuales que la Constitución Nacional garantiza, suponen límites a la averiguación de la verdad real en el proceso penal.

En ese orden, incluso la propia Constitución admite que la ley autorice en ciertos casos la intromisión de los órganos estatales encargados de la persecución penal en la libertad, la intimidad, la vida privada y demás derechos de la persona en aras de salvaguardar el interés de la sociedad en la investigación y el castigo de los delitos.

Ello es lógica consecuencia de aquel principio fundamental en virtud del cual los derechos y garantías que la Constitución consagra no tienen carácter absoluto, sino que la ley puede imponer restricciones a su ejercicio que guarden adecuada proporción con la necesidad de preservar los derechos de los demás y los intereses generales de la sociedad (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional) (Fallos: 300:67 y 700; 308:814, entre otros) [...]

En tales condiciones, no aparece como irrazonable que se exija a los prestadores de servicios de telecomunicaciones que estén en condiciones de suministrar, en tiempo oportuno, a los magistrados (jueces e integrantes de este Ministerio Público) los medios y datos necesarios para la detección y prevención de hechos delictivos [...]

Cabe, entonces, aceptar la total atinencia que guarda la medida ordenada –entrecruzamientos de los registros telefónicos– con los fines perseguidos –facilitar y determinar la existencia de actos de corrupción y averiguación de ilícitos– así como con la vía elegida a tal efecto, lo cual determina la inadmisibilidad de inferir que los datos requeridos puedan afectar ilegítimamente el ámbito de autonomía individual que constituye el derecho a la intimidad (confr. argumento de Fallos: 327:5279).

VII - Por las consideraciones que anteceden, opino que corresponde declarar inoficioso el pronunciamiento sobre el planteo de inconstitucionalidad del decreto 1563/04 y revocar, en lo demás, la sentencia de fs. 109/116 en cuanto fue materia de recurso extraordinario.

Buenos Aires, 27 de mayo de 2008. - Fdo.: Laura M. Monti

1.3. Resumen del Fallo de la Corte Suprema

Buenos Aires, febrero 24 de 2009

Considerando:

1º) Que Ernesto Halabi promovió acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, en virtud de considerar que sus disposiciones vulneran las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine “en qué casos y con qué justificativos”. Alegó que esa intromisión constituye una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes (fs. 2/8).

2º) Que, al producir su informe, el Estado Nacional sostuvo que la vía del amparo no resultaba apta para debatir el planteo del actor. Afirmó, además, que la cuestión se había tornado abstracta en virtud del dictado del decreto 357/05, que suspendió la aplicación del decreto 1563/04, toda vez que con ello se dispó la posibilidad de que exista un daño actual o inminente para el actor, o para cualquier usuario del sistema (fs. 50/54).

3) Que la magistrada de primera instancia hizo lugar a la demanda y de-

claró la inconstitucionalidad de los arts. 1º y 2º de la ley 25.873 y del decreto 1563/04. [...]

4º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó dicho pronunciamiento. [...]

5º) Que contra esa decisión, el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 120/126 en el que invoca la existencia de cuestión federal, arbitrariedad y gravedad institucional. El remedio ha sido concedido a fs. 156 y resulta formalmente procedente toda vez que el agravio del recurrente pone en cuestión la inteligencia que cabe atribuir a la cláusula del art. 43 de la Constitución Nacional y la decisión es contraria a la validez del derecho que se fundó en ella y es materia de litigio (art. 14, inc. 3º, de la ley 48). Por lo demás, cabe señalar que el tema planteado tiene repercusión institucional, en la medida en que excede el mero interés de las partes y repercute en un importante sector de la comunidad por haberse sometido a debate la legitimidad de medidas de alcance general que interesan a actividades cuyo ejercicio no es ajeno al bienestar común (confr. doctrina de Fallos: 247:601 y, entre otras, causa F.1074.XLI “Fecred S.A. c/ Mazzei, Osvaldo Daniel y otro s/ ejecución hipotecaria”, sentencia del 6 de mayo de 2008). Es pertinente recordar que, según lo ha sostenido invariablemente en sus pronunciamientos esta Corte, en la tarea de establecer la inteligencia de preceptos constitucionales y de normas federales no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue (Fallos: 326:2880; 328:2694; 329:2876 y 3666, entre muchos otros).

7º) Que la impugnación del Estado Nacional se dirige exclusivamente a descalificar el efecto erga omnes que la cámara atribuyó a su pronunciamiento. Al respecto señala que, sin perjuicio de la indudable dimensión colectiva de los derechos debatidos en el caso, según las prescripciones constitucionales, para conferir tal alcance al fallo era necesaria la participación del Defensor del Pueblo de la Nación en el proceso, circunstancia que no se ha producido. La pretensión fue deducida exclusivamente por un particular.

8º) Que para la dilucidación de este aspecto, según los propios términos en que ha sido formulado el cuestionamiento, es necesario determinar cuál

es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, quiénes son los sujetos habilitados para articularla, bajo qué condiciones puede resultar admisible y cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte.

9º) Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un “caso” es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos: 310: 2342, considerando 7º; 311:2580, considerando 3º; y 326: 3007, considerandos 7º y 8º, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el “caso” tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones, como se verá en los considerandos siguientes. También es relevante determinar si la controversia en cada uno de esos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura causalmente previsible.

10) Que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable.

A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo, instituida por vía pretoriana por esta Corte en los conocidos precedentes “Siri” y “Kot” (Fallos: 239:459 y 241:291, respectivamente) y consagrada más tarde legislativamente. Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos

divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

11) Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan pre-valentes.

En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.

De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa.

Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.

12) Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados.

En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño. Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.

Frente a esa falta de regulación (la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido), cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la

afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492).

La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357).

En la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige.

13) Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que cause una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos ho-

mogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.

14) Que la pretensión deducida por el abogado Ernesto Halabi puede ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos definidos en los considerandos 12 y 13 de este pronunciamiento.

En efecto, el pretensor interpuso acción de amparo en virtud de considerar que las disposiciones de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04 vulneran los derechos establecidos en los artículos 18 y 19 de la Carta Constitucional en la medida en que autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar “en qué casos y con qué justificativos” esa intromisión puede llevarse a cabo. La referida intervención importa una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, y además pone en serio riesgo el “secreto profesional” que como letrado se ve obligado a guardar y garantizar (arts. 6° inc. f, 7°, inc. c y 21, inc. j, de la ley 23.187). Su pretensión no se circunscribe a procurar una tutela para sus propios intereses sino que, por la índole de los derechos en juego, es representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados.

Como se anticipó en el considerando 7°, corresponde resolver el alcance del pronunciamiento. Al respecto, este Tribunal considera cumplidos los

recaudos que, para las acciones colectivas, se delinearán en esta sentencia.

En efecto, existe un hecho único –la normativa en cuestión– que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

La pretensión está concentrada en los efectos comunes para toda la clase de sujetos afectados, con lo que se cumple el segundo requisito expuesto en el considerando anterior. La simple lectura de la ley 25.837 y de su decreto reglamentario revela que sus preceptos alcanzan por igual y sin excepciones a todo el colectivo que en esta causa representa el abogado Halabi.

Finalmente, hay una clara afectación del acceso a la justicia, porque no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma, con lo que se cumple el tercero de los elementos señalados en el considerando anterior.

Por lo demás, esta Corte estima que, dado que es la primera oportunidad en la que se delinearán los caracteres de la acción colectiva que tiene por objeto la protección de derechos individuales homogéneos y que no existe una reglamentación al respecto, cabe ser menos riguroso a la hora de evaluar el resto de los recaudos que habrá que exigir en lo sucesivo en los procesos de esta naturaleza. En estas condiciones, se considera que ha existido una adecuada representación de todas las personas, usuarios de los servicios de telecomunicaciones –dentro de los que se encuentran los abogados– a las que se extenderán los efectos de la sentencia.

Para arribar a esta conclusión se tiene en cuenta la publicidad que se le dio a la audiencia celebrada ante esta Corte, como también la circunstancia de que la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 se encuentra firme y que el decreto reglamentario 1563/04 ha sido suspendido en su vigencia. Asimismo, se consideran las presentaciones que, en apoyo de la pretensión del demandante, han realizado como Amigos del Tribunal, la Federación Argentina de Colegios de Abogados y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal que comparecían para evitar “las nefastas consecuencias que para todos los habitantes de nuestro país y en particular para los abogados matriculados en nuestro colegio traería aparejada la subsistencia formal de las normas cuestionadas” (fs. 215/216 y 235/237). Similares consideraciones

fueron realizadas en la audiencia celebrada ante el Tribunal por los oradores de esas dos instituciones (fs. 347/357).

[...]

19) Que en lo referente al derecho argentino, esta Corte ha advertido en otras ocasiones que el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de las acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes. Es oportuno recordar, en ese sentido que, al interpretar el ya tantas veces mencionado art. 43 de la Constitución Nacional, el Tribunal admitió que la protección judicial efectiva no se reduce únicamente al amparo strictu sensu sino que es susceptible de extenderse a otro tipo de remedios procesales de carácter general como –en esa ocasión– el hábeas corpus colectivo, pues es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla (Fallos: 328:1146, considerandos 15 y 16). Por lo tanto, frente a una situación como la planteada en el sub examine, dada la naturaleza de los derechos en juego, la calidad de los sujetos integrantes del colectivo y conforme a lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que, además de la letra de la norma, debe tenerse en cuenta la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad, es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado segundo párrafo del artículo 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano (confr. fallo referido, considerando 17 y sus citas).

20) Que no obstante ello, ante la ya advertida ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, se torna indispensable formular algunas precisiones, con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la “acción colectiva” que se ha delineado en el presente fallo se resguarde el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha

tenido la posibilidad efectiva de participar. Es por ello que esta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

21) Que a esta altura de la exposición se impone recordar que el apelante centró sus agravios en el aspecto de la sentencia mediante el cual la cámara procuró reforzar la virtualidad de su decisión atribuyéndole carácter erga omnes. En razón de ello, para dar una respuesta definitiva a la impugnación articulada es conveniente remarcar, como conclusión de lo que se lleva dicho, que el fundamento de esa amplitud de los efectos de la decisión no se halla sólo en la búsqueda, por parte del juzgador, de arbitrios tendientes a superar el escollo derivado de la arraigada concepción individualista en materia de legitimación. El verdadero sustento de la proyección superadora de la regla inter partes, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger. Tal estándar jurídico, como se ha expresado, reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional y, lejos de ser una construcción novedosa, aparece como una institución ya arraigada en el ordenamiento normativo vigente. En efecto, las regulaciones especiales que instauran instrumentos de carácter colectivo para obtener reivindicaciones en materia de defensa a los usuarios y consumidores y en lo atinente a daño ambiental, prevén expresamente soluciones de la

índole referida. Así el art. 54, párrafo segundo, de la ley 24.240 establece que “la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga”. De un modo semejante, el art. 33, in fine, de la ley 25.675 dispone que “la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”.

22) Que para concluir y, sin perjuicio de las limitaciones con que ha quedado abierta la jurisdicción de esta Corte según lo indicado en el considerando 7º, es conveniente dar una ligera mirada sobre el tema planteado como cuestión de fondo pues, como se ha expuesto a lo largo de este pronunciamiento, lo referente a la admisibilidad de la acción colectiva, a la legitimación para interponerla y a la proyección de los efectos de la sentencia que en su cauce se dicte, depende fundamentalmente de la índole del derecho que por ese medio se procura resguardar. La tacha de inconstitucionalidad deducida en la demanda que abrió este proceso recayó sobre la ley 25.873 y su reglamentación. Esa norma legal incorporó a la ley 19.798 (de regulación del servicio de telecomunicaciones) los artículos 45 bis, ter y quáter que, en síntesis, prevén que: a) los prestadores de telecomunicaciones deberán disponer de los recursos humanos y tecnológicos necesarios para la captación y derivación de las comunicaciones que transmiten, para su observación remota a requerimiento del Poder Judicial o el Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente; b) los costos deberán ser soportados por los prestadores y el servicio deberá estar disponible en todo momento; c) los prestadores deberán registrar y sistematizar los datos filiatorios y domiciliarios de sus usuarios y clientes y los registros de tráfico de comunicaciones para su consulta sin cargo por parte del Poder Judicial o el Ministerio Público; d) esa información deberá ser conservada por diez años; e) el Estado Nacional asume la responsabilidad por los eventuales daños y perjuicios que pudieran derivar para terceros de la observación y utilización de la información obtenida por el mecanismo previsto. A su turno, el decreto 1563/04 reglamentó la norma legal pero su aplicación fue suspendida más tarde por el decreto 357/05. El tribunal a quo observó al

respecto –mediante un señalamiento que ha quedado firme ante la ausencia de agravio– que la suspensión del reglamento no implicó su exclusión del ordenamiento jurídico y, por ende, el precepto resulta susceptible de ocasionar una afectación actual o inminente a los derechos del actor. Tal dispositivo, en lo que interesa, determina que la Dirección de Observaciones Judiciales de la Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE) será el órgano encargado de realizar las interceptaciones y que los prestadores deberán obtener los recursos para realizarlas y mantenerlas en confidencialidad.

23) Que el fallo recurrido, en el tramo que también ha adquirido carácter inamovible por no haber merecido objeciones del apelante, confirmó por sus fundamentos la decisión dictada en primera instancia con lo cual la declaración de inconstitucionalidad de las normas quedó sustentada, entre otros extremos valorados, en que: a) las previsiones de la ley exhiben vaguedad en sus previsiones de las que no resulta claro en qué medida pueden las prestatarias captar el contenido de las comunicaciones sin la debida autorización judicial, y b) tal como está redactada la norma, existe el riesgo de que los datos sean utilizados para fines distintos que aquéllos en ella previstos.

En relación con los aspectos reseñados resulta oportuno señalar que las comunicaciones a las que se refiere la ley 25.873 y todo lo que los individuos transmiten por las vías pertinentes integran la esfera de intimidad personal y se encuentran alcanzadas por las previsiones de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. El derecho a la intimidad y la garantía consecuente contra su lesión actúa contra toda “injerencia” o “intromisión” “arbitraria” o “abusiva” en la “vida privada” de los afectados (conf. art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 11, inc. 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (tratados, ambos, con jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional(y art. 1071 bis del Código Civil) [...]

En las condiciones expuestas y por los fundamentos que anteceden, corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de recurso.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. - Ricardo Luis Lorenzetti. - Elena I. Highton de Nolasco. - Carlos S. Fayt (en disidencia

parcial). - Enrique Santiago Petracchi (en disidencia parcial). - Juan Carlos Maqueda. - E. Raúl Zaffaroni. - Carmen M. Argibay (en disidencia parcial).

1.4. Resumen de la disidencia parcial de los doctores Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el pronunciamiento de primera instancia que había hecho lugar a la acción de amparo entablada por Ernesto Halabi y declaró la inconstitucionalidad de la ley 25.873 (arts. 1º y 2º) y del decreto 1563/04.

2º) Que el a quo declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional por considerar que el memorial del recurrente no cumplía con los recaudos exigidos por la ley procesal, en razón de que el Estado se limitó a reiterar planteos anteriores que habían sido pormenorizadamente rechazados por la jueza interviniente. No obstante ello, entendió que la trascendencia de la cuestión debatida justificaba el tratamiento de los argumentos invocados en favor de la legitimidad de la normativa impugnada.

3º) Que, en este orden de ideas, luego de examinar las condiciones de admisibilidad de la vía del amparo, convalidó los fundamentos de la instancia anterior relativos a la inadmisibilidad constitucional de las injerencias en las comunicaciones previstas por dicha normativa. Entre otros aspectos, puso de relevancia la ausencia de un debate legislativo suficiente en una materia tan sensible, la necesidad de que una norma de tales características sea motivada y fundada, la peligrosa vaguedad de muchas de sus previsiones, la dificultad para separar los “datos de tráfico” del contenido mismo de la comunicación y el riesgo cierto de que los datos registrados sean indebidamente utilizados. Con relación al argumento del Estado relativo a que las normas en cuestión se dirigen a atender al interés de la comunidad en su totalidad, y que, por ello, deben prevalecer sobre los intereses meramente individuales o sectoriales, la cámara destacó la significación que adquiere la protección del ámbito de privacidad en el marco de los estados de derecho.

Dicho ámbito de privacidad –señaló– sólo puede ser invadido por el Estado “sobre la base de ponderadísimos juicios que sean capaces de demostrar que las restricciones conciernen a la subsistencia de la propia sociedad” (fs. 113 vta.), y la sola invocación de la finalidad de “combatir el delito” no basta para “convertir a todos los habitantes de la Nación en rehenes de un sistema inquisitivo en el que todas sus telecomunicaciones pueden ser captadas para su eventual observación remota” (fs. 114).

4°) Que, por último, con relación al alcance de la sentencia, el a quo explicitó las razones por las cuales el fallo debe aprovechar a todos los usuarios que no han participado en el juicio, en razón de que el carácter colectivo de la controversia tiene como consecuencia lógica necesaria que el control de constitucionalidad ejercido tendrá “alcance colectivo para todos los usuarios que se encuentren en la misma condición que el actor” (fs. 115).

5°) Que este último aspecto de la decisión fue el que motivó el recurso extraordinario del Estado Nacional (fs. 120/126), concedido a fs. 156. En dicha presentación, el recurrente se limita a manifestar su disconformidad con la interpretación de la sentencia en punto a la dimensión colectiva del interés invocado por el amparista, y nada dice en defensa de la constitucionalidad de las normas en debate. Esta cuestión, por lo tanto, ha quedado excluida de la jurisdicción apelada del Tribunal.

[...]

7°) Que si bien es cierto que este Tribunal tiene dicho que sus sentencias producen efectos solamente respecto de quienes han revestido el carácter de partes en el juicio, y no pueden aprovechar ni perjudicar a los terceros que han permanecido ajenos a él (Fallos: 321:1252 y sus citas –considerando 18 del voto del juez Petracchi–), tal aseveración reviste el carácter de principio general. En efecto, cuando la naturaleza de la pretensión invocada impide, fáctica o jurídicamente, restringir el alcance de lo decidido a las partes intervinientes en el juicio, dicha regla debe ceder. De otro modo, la tutela de derechos reclamada no podría hacerse efectiva, y se vulneraría el principio mismo del que ha nacido la acción de amparo (conf. Fallos: 322:3008, esp. considerandos 12 y 13 de la disidencia del juez Petracchi, y sus citas).

8°) Que, en este sentido, resulta incomprensible la pretensión de la recurren-

te dirigida a que los efectos de lo decidido en la presente causa se limiten al amparista, pues –sostiene– “no existe imposibilidad de excluirlo a él de la aplicación de la normativa sin que ello implique que no se deba aplicar la normativa en general”. En efecto, tal afirmación prescinde del carácter indivisible de la materia en discusión. Si bien la “privacidad”, desde cierto punto de vista, puede ser vista como un bien propio de cada individuo en particular, no se trata en el caso de un reclamo de protección limitado a un cierto espacio físico o a algún aparato de comunicación en particular. Por el contrario, lo que entra en juego es el derecho a la privacidad en el ámbito de las telecomunicaciones. Ello, por definición, presupone la interacción con otros interlocutores, cuya ausencia de protección –por ser ajenos al juicio– derivaría, necesariamente, en el fracaso de la protección al amparista mismo. Desde este punto de vista, la necesidad de protección invocada no podría ser restringida a la “propia” esfera de privacidad. En consecuencia, al no haber sido invocada por la recurrente razón o argumento alguno acerca de cómo sería posible satisfacer la pretensión del reclamante manteniendo la injerencia a la privacidad de terceros, ajenos al pleito, pero potenciales interlocutores, el recurso extraordinario presenta falencias en su fundamentación de entidad suficiente como para impedir su procedencia.

9º) Que, por lo mismo, frente a la ausencia de argumentos relativos a cómo podrían ser restringidos los efectos de la sentencia al caso particular sin vulnerar la protección de la privacidad pretendida, no se advierte relación directa e inmediata entre lo resuelto en estos actuados y la interpretación restrictiva de los alcances del art. 43 de la Constitución Nacional propuesta por la recurrente (conf., entre muchos otros, Fallos: 329:2060, 4535; 330:4399).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara improcedente el recurso extraordinario. Sin costas en atención a la naturaleza de la cuestión debatida. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase. - Enrique Santiago Petracchi - Carmen M. Argibay.

1.5. Guía para la lectura y el análisis del caso “Halabi”

A partir de la lectura y el análisis del fallo “**Halabi, Ernesto c/ P.E.N. Ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo**”, (CSJN, 24/02/2009) resuelva las siguientes consignas:

- a) Relate, con sus palabras, los hechos más relevantes del caso, en no más de 10 (diez) renglones.
- b) Describa brevemente las principales disposiciones de la Ley N° 25873 y del Decreto N° 1563/04, según lo que surge de la lectura del fallo.
- c) ¿Cuál era la pretensión del actor en relación a estas normas? ¿Cuáles son los fundamentos de su pretensión? ¿Qué derechos invoca?
- d) ¿Qué tipo de acción judicial entabló el Sr. Halabi? ¿Qué legitimación procesal entiende Ud. que alegó el Sr. Halabi para interponer la acción judicial?
- e) ¿Qué decidieron, respectivamente, el juez de primera instancia y la Cámara Nacional de Apelaciones? ¿Cuáles eran los *efectos* de las sentencias?
- f) ¿Quién interpone el recurso extraordinario ante la Corte Suprema? ¿Cuál es el agravio planteado en dicho recurso? (considerando 7°).
- g) Lea atentamente el dictamen de la Dra. Laura Monti. Allí, la Procuradora divide el análisis del caso en dos partes: (i) el planteo de inconstitucionalidad de la Ley N° 25873, por un lado; y, (ii) el planteo de inconstitucionalidad del Decreto N° 1563/04, por el otro. ¿Cuál es su opinión sobre uno y otro punto?
- h) En los considerandos 9° a 13° de su sentencia, la CSJN distingue tres categorías de derechos: (i) individuales; (ii) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; y, (iii) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Explique brevemente, con sus palabras, las características de cada uno de ellos.
- i) ¿Por qué realiza la Corte Suprema esta clasificación de tipos de legitimación procesal? ¿Era necesario para decidir el caso? ¿En qué se relaciona con la cuestión planteada?
- j) Según la CSJN, ¿qué tipo de legitimación procesal poseía en este caso el Sr. Halabi? (considerando 14°).
- k) ¿Está dicha legitimación reconocida por el ordenamiento jurídico argentino? ¿En qué norma? ¿Y está regulada en forma completa y precisa por el legislador? ¿Qué decisión adopta la CSJN ante esta situación? (considerando 19°).

- l) ¿Qué resolvió finalmente la CSJN? ¿Cuál fue el razonamiento jurídico principal de los jueces para decidir como lo hicieron? (considerando 21°).
- m) Distinga y explique el *holding* y el *obiter dictum* de la sentencia del Máximo Tribunal.
- n) ¿Qué resuelven los jueces Petracchi y Argibay en su voto en disidencia parcial? ¿Declaran procedente el recurso extraordinario?
- o) ¿En qué se diferencia este voto en disidencia del voto de la mayoría?

2. Caso “Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro” (2015). CSJN, Fallos 338:280

2.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema

Buenos Aires, 14 de Abril de 2015

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el Colegio de Abogados de la Provincia de Tucumán promovió una acción declarativa de inconstitucionalidad y de certeza por la cual, impugnó la validez de las siguientes disposiciones incorporadas a la Constitución provincial por la convención reformadora de 2006:

- a) La introducción de un agregado que permitía reformar la constitución mediante un procedimiento alternativo del tradicional, consistente en el sistema legislativo de enmiendas;
- b) La incorporación del Consejo Asesor de la Magistratura, con el objeto de intervenir en el proceso de selección de magistrados y funcionarios del Poder Judicial, en el ámbito del Poder Ejecutivo de la Provincia; y
- c) La integración y el funcionamiento del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados que se creaba.

La entidad demandante sostuvo su legitimación en la Ley provincial N°

5.233 que creó al Colegio de Abogados como organismo de la administración de justicia, razón por la cual los Artículos 17 y 21 de dicho ordenamiento la facultan especialmente, según expresó en la demanda, para “ejercer la representación y defensa de los derechos e intereses de todos los abogados y ciudadanos en general [...] la vigencia de los principios derechos y garantías que emanan de la Constitución Nacional y Pactos Internacionales con jerarquía constitucional y leyes inferiores. Igualmente estamos dispuestos a defender y hacer respetar el sistema representativo, republicano y democrático vigente, todo lo cual, supone necesariamente, entre otras potestades, la de vigilar, custodiar y peticionar se garantice el normal y legítimo funcionamiento de la independencia del Poder Judicial, dentro del sistema representativo y republicano de gobierno [...]. Asimismo, también resulta de nuestro ‘interés primordial el velar por la irrestricta defensa de la Constitución Nacional’ (demanda, fs. 2/2 vta).

La pretensión hizo pie, en su núcleo conceptual, en que la convención excedió su competencia material al incorporar al texto constitucional cláusulas sobre puntos cuyo tratamiento no había sido habilitado por la Ley N° 7.469 –que declaró la necesidad de reformas– o que, en todo caso, la atribución reconocida a la convención estaba condicionada a que de sancionarse una nueva disposición lo fuere en el sentido unívoco predeterminado por la legislatura en ejercicio de su función preconstituyente. La demandante sostuvo, como argumentación coadyuvante formulada en una presentación ulterior –tras haber concluido el funcionamiento de la convención– que algunas de las reformas introducidas eran repugnantes a los Artículo 1°, 5°, 29, 31, 33, 114 y 115 de la Constitución Nacional, en la medida en que desconocían el sistema republicano de gobierno y, en especial, los principios de la supremacía constitucional, de la división de poderes y de la independencia del poder judicial, afectando asimismo las cláusulas de los tratados internacionales de derechos humanos que tutelaban iguales garantías (fs. 29/37).

2º) Que la reclamación fue contestada por la Provincia de Tucumán, introduciendo desarrollos argumentativos que hicieron pie en:

- la ausencia de legitimación del colegio de abogados;
- que no hubo apartamiento por parte de la convención respecto de los

- puntos habilitados por la ley que declaró la necesidad de la reforma;
- que el sistema de reforma constitucional por el procedimiento de enmiendas está reconocido en el derecho público provincial, y que en manera alguna es repugnante al sistema republicano;
- que la implementación de un Consejo Asesor de la Magistratura (CAM) en el ámbito del Poder Ejecutivo tampoco viola la ley declaratoria de necesidad, que solo hizo mención a dicho órgano sin establecer qué poder del Estado pasaba a conformar.

De ahí, que la convención pudo incorporar, o no, ese órgano; además que como solo cumple la función de seleccionar los aspirantes a jueces que son designados por el gobernador con acuerdo de la legislatura, no. hay objeciones institucionales a que se desempeñe en el ámbito de la autoridad a quien corresponde dicha atribución; y, –que iguales consideraciones son de aplicación al Jurado de Enjuiciamiento, a lo que se suma que no hay transgresiones de ninguna índole en que el nuevo sistema mantenga la facultad acusatoria en el ámbito del Poder Legislativo –la comisión de juicio político– y en que el Jurado cuente con cinco miembros legisladores de un total de ocho integrantes, pues lo decisivo es que el órgano tiene integración plural y, en definitiva, ha mejorado el sistema anterior en que todo el procedimiento destinado a enjuiciar la responsabilidad política de los jueces –acusación y sentencia– se llevaba íntegramente a cabo ante el Poder Legislativo.

3º) Que la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, al hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por la demandada, reconoció legitimación en cabeza del Colegio de Abogados para promover las pretensiones señaladas. [...]. La legitimación del Colegio de Abogados resulta indudable y se funda en forma suficiente en la defensa del interés público que autoriza el Artículo 90 del código procesal constitucional a una institución inherente a la administración de justicia, porque están en juego los derechos a la primacía normativa de la Constitución y a la tutela judicial efectiva por jueces idóneos e independientes”.

La Corte provincial, ante el planteo mantenido por la demandada en el recurso de casación, confirmó el reconocimiento de legitimación del colegio de abogados sobre la base de que “[...] resulta patente que la ejercida en autos no

es .una acción popular en defensa' de un interés simple de la mayor extensión [...] sino una pretensión que titulariza un derecho de incidencia colectiva que legitima para impugnar judicialmente la actuación de un órgano estatal provincial que tiene entidad necesaria para afectar la esfera de sus intereses [...] en el sub iudice se está en presencia de un nuevo paradigma de legitimación que se adiciona al proveniente del proceso clásico [...] produciendo aquél la ampliación del universo de sujetos legitimados para accionar, expansión que, sin embargo [...] no opera con relación a la defensa de todo derecho, sino como medio para la tutela judicial efectiva de los derechos de incidencia colectiva [...]. La actora [...] está legitimada por la ley de su creación para promover pretensiones en defensa de un derecho de incidencia colectiva de substancia institucional, que propende al interés o fin público consistente en preservar la adecuada e independiente administración de justicia que, en el sistema político adoptado por nuestra ley fundamental, se atribuye al Poder judicial. Se trata, conforme al léxico del constituyente derivado nacional de 1994, de un derecho de incidencia colectiva en general locución esta cuya comprensión (sic) conceptual conviene a todas aquellas pretensiones pluri-subjetivas susceptibles de ser satisfechas en virtud de una única solución, cuyos efectos inciden en el conjunto (comunidad, grupo o sector) de los sujetos que resultan afectados por un problema común”.

[...]

4º) Que contra dicho pronunciamiento el Estado Provincial dedujo el recurso extraordinario cuya denegación origina la presente queja.

5º) Que con particular referencia a la procedencia del control judicial sobre las convenciones reformadoras, cabe remitir a la jurisprudencia del Tribunal que ha definido el carácter justiciable de la regularidad del proceso de reforma de las constituciones provinciales y ha marcado los límites que sujetan su actuación con el fin de no transgredir el principio republicano de la división de poderes aplicable a las provincias en virtud del Artículo 5º de la Constitución Nacional (Fallos: 335: 2360, y sus citas).

6º) Que por una elemental razón de prelación lógica corresponde examinar seguidamente la cuestión relativa a la legitimación procesal de la asociación demandante. Para ello, resulta imprescindible verificar la existencia de

un “caso” o “causa”, requisito que, de acuerdo con inveterada doctrina de esta Corte, habilita la intervención de cualquier tribunal de justicia y, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en particular.

Dichas causas o controversias –se expresó en distintos precedentes– son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas, el que debe estar fundado en un interés “específico”, “concreto”, “directo” o “inmediato” atribuible al litigante (Fallos: 322: 528; 324:2381 y 2408; entre otros).

7º) Que el Colegio de Abogados de Tucumán ha puesto en tela de juicio la validez de distintas disposiciones incorporadas a la Constitución provincial, con el fin último de preservar la adecuada e independiente administración de justicia que, en el sistema representativo y republicano adoptado por la Constitución Nacional, se atribuye al Poder Judicial. En este sentido reclama que se respete la Constitución, que –a su entender– ha sido alterada de un modo que puede ser considerado contrario a sus propias disposiciones.

8º) Que en este caso no está en debate la interpretación de las normas de la Constitución, sino las mismas reglas que permiten modificarla. En el marco de su acción, el demandante sostiene que la asamblea constituyente violó los principios de la organización republicana del poder al modificar las reglas que enmarcaban el alcance de sus tareas. Si efectivamente se incumplieron las normas que constituían el presupuesto para que la decisión mayoritaria fuese válida, entonces no está en juego la pretensión de utilizar el texto constitucional para fundamento de alguno de los derechos que de él se derivan, sino que peligra el mismo derecho fundamental a que la Constitución se mantenga (Fallos: 313:594 y 317:335, disidencias del juez Fayt).

9º) Que, en consecuencia, en supuestos como el examinado no se está frente a un problema de legitimación corriente, pues lo que se invoca es la afectación de la fuente misma de toda legitimidad. Por este motivo, la configuración del “caso” resulta diferente a la delineada por el Tribunal en precedentes que involucraban otro tipo de derechos.

En estas situaciones excepcionálísimas, en las que se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la ar-

quitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental, la simple condición de ciudadano resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés “especial” o “directo”.

Ello es así ya que, cuando están en juego las propias reglas constitucionales “no cabe hablar de dilución de un derecho con relación al ciudadano, cuando lo que el ciudadano pretende es la preservación de la fuente de todo derecho. Así como todos los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo la amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé” (Fallos: 317:335 y 313:594, disidencias del juez Fayt).

10) Que cuando se alega una ilegitimidad de la gravedad de la argüida en autos, que importaría un desconocimiento de los procedimientos constitucionales de reforma y el avasallamiento de las reglas fundamentales de funcionamiento republicano, la intervención del poder judicial no puede entenderse como una desnaturalización de sus atribuciones con relación el Poder Ejecutivo y al Legislativo sino que, por el contrario, constituye la búsqueda del camino adecuado para garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, objetiva fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando están en juego garantías constitucionales de la índole de las invocadas en el sub examine (Fallos: 328:1146 y CSJ 58/2013 (49-U) “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero, Provincia de s/ acción declarativa de certeza”, fallada el 22 de octubre de 2013).

En el caso, lo que se requiere del poder judicial es que cumpla con su deber constitucional de garantizar el pleno respeto de la Constitución provincial, asegurando que, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 5° del Texto Fundamental, las instituciones locales se rijan por el sistema representativo republicano (confr. arg. CSJ 150/2012 (48-1) “Intendente Municipal Capital s/ amparo”, fallada el 11 de noviembre de 2014).

11) Que la Constitución Nacional adopta el sistema republicano, lo que implica la división de poderes y las reglas institucionales que de ello se derivan, todo lo cual sería inútil si no reconocieran acciones para su protección

efectiva (Fallos: 327:3677; 330:1989). En tales condiciones, las instituciones reflejadas en el estatuto del poder constitucional constituyen un sistema de gobierno cuya tutela debe estar protegida de un modo acorde a su especial y trascendente naturaleza. En la Constitución originaria dicha protección descansaba en el funcionamiento del sistema democrático, y en la convicción de que ello era suficiente. La experiencia histórica ha demostrado que también es necesaria la intervención de los poderes judiciales estableciendo límites a través del control de constitucionalidad de las leyes, lo que fue expresado claramente por esta Corte (CSJ 369/2013 (49-R) “Rizzo, Jorge Gabriel”, fallada el 18 de junio de 2013).

Es que la Constitución Nacional no admite la validez de una voluntad popular expresada sin respetar los principios del Estado de Derecho ni permite que las mayorías puedan derogar los principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos. El escrutinio judicial de los procedimientos resulta esencial para robustecer las prácticas democráticas. Estas normas constituyen un presupuesto para que la decisión mayoritaria sea válida. Por esta razón, no es admisible modificar las reglas sobre la base de los resultados que surgen luego de incumplirlas. Un principio de estas características no podría fundar la competencia política, ya que ninguna persona razonable aceptaría ser parte de una sociedad formada de esa manera.

12) Que esta interpretación no debe equipararse a la admisión de la acción popular que legitima a cualquier persona, aunque no titularice un derecho, ni sea afectada, ni sufra perjuicio. En abierta contradicción a ella, la legitimación en este caso presupone que el derecho o el interés que se alega al iniciar la acción presentan un nexo suficiente con la situación del demandante, y aunque no se requiere que sea suyo exclusivo, resulta evidente que el Colegio –en su carácter de persona jurídica de derecho público con la categoría de organismo de la administración de justicia (Art. 17 de la Ley N° 5.233)– será alcanzado por las disposiciones impugnadas a menos que por medio del recurso extraordinario federal se evite el eventual perjuicio denunciado.

13) Que, sentado lo expuesto, corresponde evaluar si existe cuestión fe-

deral apta para habilitar la competencia de esta Corte en los términos del Artículo 14 de la Ley N° 48.

14) Que, en primer lugar, cabe abordar si se verifica el requisito de que la cuestión esté reglada directamente por la aplicación de una cláusula de la Constitución Nacional.

De ahí, que la relación de antecedentes efectuada en “este pronunciamiento ha sido deliberadamente minuciosa cuando se describieron los fundamentos utilizados por los tribunales de la causa para juzgar la pretensión, con el objeto de facilitar la comprensión de las inequívocas razones por las cuales no está satisfecho este recaudo propio del recurso extraordinario.

De esos antecedentes se extrae que la declaración de nulidad de las dos cláusulas constitucionales que se pretende poner en cuestión en esta instancia fue sostenida, excluyentemente, en el examen de la competencia que asistía a la convención reformadora sobre la base de los mandatos establecidos por la ley que declaró la necesidad de la reforma; juzgando en definitiva sobre la compatibilidad entre los textos sancionados por aquel cuerpo a la luz de las materias habilitadas y restricciones fijadas por la ley que puso en marcha el procedimiento de reforma constitucional.

Más allá de que lo expresado surge con manifiesta evidencia mediante una comprensión meramente literal de los fundamentos que sostienen las decisiones tomadas por los tribunales de la causa, las referencias efectuadas tanto en el fallo como en el recurso extraordinario a cláusulas de la Constitución Nacional configuran, en el primer caso, meras consideraciones efectuadas obiter dictum que han sido innecesaria— para resolver fundadamente el asunto y que jamás hubiesen bastado por sí solas para sostener la decisión (Fallos: 305:438); y en lo que hace a las remisiones efectuadas por la demandada, solo significan un vano, y tardío, intento por federalizar una cuestión que tuvo su génesis en un mero conflicto internormativo de naturaleza exclusivamente local, que así fue debatido entre las partes y que no ha mutado su condición a la luz de los fundamentos que sostienen el pronunciamiento.

La invocación del Artículo 5° de la Ley Fundamental, en cuanto impone a cada provincia que en sus constituciones respectivas aseguren el sistema representativo republicano de acuerdo con los principios, declaraciones y ga-

rantías, y desde esa matriz la argumentación que intenta hacer pie en la supremacía de la Constitución y en la independencia del poder judicial, carecen de toda relación para resolver fundadamente el conflicto ventilado en el sub lite y ello por dos razones.

La primera, que es de orden genérico, porque si bien el Artículo 5º citado declara la unidad de los argentinos en torno del ideal republicano, lo hace con arreglo a la diversidad proveniente de la organización federal en cuanto encierra un reconocimiento y respeto hacia las identidades de cada provincia, que encuentra su campo de realización dentro del ámbito comprendido por los poderes no delegados al Gobierno de la Nación (Arts. 121 y 122) y también en el de la adecuación de sus instituciones a los requerimientos del Artículo 5º citado. Los pilares sobre los que se asienta el régimen de gobierno para todos los argentinos son dos y ambos han sido enfáticamente consagrados: el republicano y el federal, y constituyendo una forma de dar integridad a las atribuciones de los estados en grado compatible con la Constitución. Por ello, como afirmó Joaquín V. González, la necesidad de armonía entre los estados particulares y el Estado Nacional “debe conducir a que las constituciones de provincia sean, en lo esencial de Gobierno, semejantes a la nacional; que confirmen y sancionen sus principios, declaraciones y garantías, y que lo modelen según el tipo genérico que ella crea.

Pero no exige, ni puede exigir que sean idénticas, una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta e igual de aquélla. Porque la Constitución de una Provincia es un código que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y extensos de fundar la Nación. Luego, dentro del molde jurídico del código de derechos y poderes de ésta, cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales e históricos de cada región o provincia, O de sus particulares anhelos o aptitudes colectivos” (Manual de la Constitución Argentina, págs. 648/649, reproducido por el Tribunal en Fallos: 311:460, considerando 19).

La restante es que, además de la autonomía con que cuentan los estados federados en los términos señalados para reglar lo concerniente al procedi-

miento jurídico político por el cual reforman sus constituciones y para establecer las autoridades que participarán en el nombramiento de sus magistrados judiciales, en las circunstancias singulares de este caso no se alcanza a comprender de qué modo la interpretación que se realice de cualquiera de las cláusulas de la Constitución Nacional que se invocan comprometidas –separación de poderes, independencia del poder judicial, régimen de designación de magistrados, inserción y composición del consejo de la magistratura, supremacía de la constitución– en orden a realizar el test de compatibilidad con el umbral del sistema republicano exigido en el Artículo 5º, tendrá algún tipo de incidencia para resolver si son repugnantes a ellas, o no, los textos incorporados por la convención reformadora tucumana. En efecto, la demostración más rigurosa de la ausencia de relación directa que se viene puntualizando es que parece ser absolutamente indiferente para el resultado de las pretensiones el alcance que se atribuya a toda disposición de la Constitución Nacional, pues la Ley Fundamental consiente que los gobiernos de provincia adopten, o no, un régimen alterno del previsto en el Artículo 30 que les permita reformar sus constituciones mediante el sistema de enmiendas; y también admite que se constituya, o no, una nueva autoridad provincial como consejo asesor de la magistratura, y en su caso que se lo inserte en el ámbito del Poder Ejecutivo, si su única atribución –como en el caso– es realizar un proceso de selección de candidatos a ejercer la magistratura al que deberá someterse el gobernador cuando cumpla con la función que le asigna la constitución, aún tras la reforma, de designar a los jueces.

El corazón del conflicto normativo resuelto en el fallo apelado y cuya revisión se promueve en el recurso extraordinario remite exclusivamente al examen de compatibilidad entre disposiciones que –como la ley que declaró la necesidad de reforma de la constitución y las disposiciones sancionadas por la convención– son de derecho público local, cuyo resultado no puede ser fundamentalmente alterado por la interpretación que se lleve a cabo de las cláusulas de la Constitución Nacional que se invocan como vulneradas, circunstancia que demuestra la improcedencia de que tome intervención el Gobierno Federal a través del órgano que es titular del Departamento Judicial. Si bastara con invocar la afectación, como en el caso, del principio republicano de sepa-

ración de poderes, o como en todo conflicto intersubjetiva el compromiso de un derecho que tiene su matriz, aún remota, en la Constitución Nacional, la jurisdicción de esta Corte distaría de ser excepcional y pasaría a ser ordinaria e ilimitada pues debería conocer en todos los procesos tramitados ante un tribunal argentino, con grave desconocimiento de las competencias limitadas que le atribuyen el Artículo 116 de la Constitución Nacional y las disposiciones reglamentarias dictadas por el Congreso de la Nación, una de las cuales exige imperativamente que la inteligencia o alcance que quepa atribuir a las disposiciones que conforman la cuestión federal sea decisiva para definir la suerte del proceso (Ley N° 48, Art. 15; Fallos: 310: 508, disidencia del juez Fayt; 315: 1074; 317: 1798). Si el pronunciamiento apelado se basa en fundamentos de la naturaleza no federal adecuados para sustentarlo, o la cuestión federal es ajena a los puntos decididos en la sentencia, u obviamente ineficaz para modificarla, viene a faltar entre ambos la relación directa e inmediata que exige el Artículo 15 de la Ley N° 48 para la procedencia de la apelación extraordinaria (Fallos: 177: 390; 187:534; 188: 120; 189: 321; 190: 368; Robertson y Kirkman "Jurisdiction of the Supreme Court of the United States", pág. 100).

En las condiciones expresadas, el recurso es inadmisibile por no concurrir este recaudo condicionante de la intervención de este Tribunal federal constitucional.

15) Que además de la objeción puntualizada sobre la base de que no es necesario para la decisión del sub lite establecer la inteligencia de cláusula constitucional alguna, la decisión sobre la inadmisibilidad del recurso no se revierte aunque se acepte la mera invocación realizada por la recurrente de encontrarse en juego una cuestión federal apta, configurada por la impugnación efectuada por la demandante a la validez de una norma local por considerarla repugnante a la Carta Magna.

Ello es así, pues al haberse admitido la pretensión por los tribunales de provincia en lo que hace a la inconstitucionalidad de las disposiciones que reglan el procedimiento reformador por enmiendas y que establecen el consejo asesor de la magistratura en la órbita del poder ejecutivo, tampoco está habilitada la intervención de esta Corte Federal en la medida en que se encuentra satisfecho el objetivo perseguido por el recurso extraordinario en la cuestión

federal que regla el inc. 2 ° del Artículo 14 de la Ley N° 48, pues se ha preservado la supremacía de la Constitución Nacional por sobre las disposiciones locales declaradas inválidas, con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 31 de la Ley Fundamental (Fallos: 311:955).

Si bien es conocido que el Tribunal ha superado este requisito cuando la decisión del asunto, a diferencia del sub lite, remitía estrictamente a la inteligencia de las cláusulas constitucionales (caso “Chiara Diaz” de Fallos: 329:385; y “Jáuregui” de Fallos: 315:2386), ese camino de desplazar el fundamento de la procedencia del recurso al supuesto de cuestión federal simple (art. 14, inc. 3°) se ha seguido cuando, como se ha puntualizado, el recaudo de relación directa e inmediata era inocultable en la medida en que la exégesis de la cláusula constitucional involucrada –en los dos precedentes fue la de intangibilidad de las remuneraciones judiciales– definía por si sola la suerte final de la controversia. Si se quiere como dato complementario, tampoco habría que soslayar que en los dos precedentes los tribunales locales se habían apartado de la doctrina constitucional establecida por la Corte en materia de compensaciones judiciales en el ámbito federal y que, también concordemente, en los dos casos el Tribunal habilitó su competencia para revocar los pronunciamientos a fin de mantener la doctrina establecida sobre el alcance de la cláusula indicada respecto de los magistrados federales y extenderla a los salarios de los jueces locales.

También puede utilizarse como medio de superar este recaudo la consideración de que se está en presencia de un supuesto de gravedad institucional por encontrarse comprometidos directamente los intereses de la comunidad, pues frente a situaciones de excepción de esa naturaleza el Tribunal ha afirmado que puede prescindirse de los límites dentro de los cuales ejerce su jurisdicción cuando interviene por vía extraordinaria (Fallos: 307:919, considerando 8°; caso “Lavandera de Rizzi” de Fallos: 321: 441). Pero se enfrentaría con un impedimento análogo al señalado precedentemente, pues una vez despejado el óbice de ausencia de resolución contraria el Tribunal observaría que, en rigor, no existe una cuestión federal para interpretar sino solo derecho público provincial. Y ante esta situación el avocamiento del Tribunal sería el fruto de un paso con una extensión inusitada, pues implicaría redefinir si la gravedad

institucional permite sólo –como lo es en su versión tradicional desde los precedentes “Jorge Antonio” y “Penjerek”– superar los óbices formales frustratorios del ejercicio de la jurisdicción más alta y eminente dada a la Corte como intérprete final de la Constitución Nacional pero sin una causal autónoma de procedencia del recurso (doctrina de Fallos: 311:120 y 1490; 326:183; 331:2799; 333:360; causas CSJ 284/2010 (46-S) “Sánchez, Víctor Mauricio s/ amparo”, sentencia del 9º de noviembre de 2010, y CSJ 549/2012 (48-S) “Samamé, Eduardo s/ impugnación en autos Unifica exptes. 001/08 y 002/08 Cl - SA Nelson A. Menghini y Ester Cárdenas de Balsamello s/ denuncias solicitando juicios políticos al Procurador General de la Provincia del Chubut Dr. Eduardo Samamé”, sentencia del 26 de marzo de 2013; o si la excepcional trascendencia configurada por estar afectada la buena marcha de las instituciones básicas del Estado provincial o cuestiones que atañen de modo directo al interés de la comunidad, perforan el riguroso límite del derecho federal y, descartado todo supuesto de arbitrariedad, autoriza a avanzar en el examen del derecho público provincial, cuya aplicación los estados federados se han reservado en el momento de constituir la unión nacional.

[...]

17) Que en primer término la decisión sobre la invalidez del procedimiento reformador por vía de enmienda no es una solución constitucionalmente insostenible. En efecto, hace pie en una interpretación literal de las competencias asignadas a la convención por la ley de declaración de necesidad de la reforma, además de que pondera la voluntad del legislador a partir de los debates en el seno de la legislatura cuando se sancionó dicho texto preconstituyente y en las arraigadas tradiciones históricas provinciales con respecto al repudio de este sistema reformador incorporado en el nuevo texto. La decisión es indudablemente rigurosa y bien podría haber sido la contraria de realizarse una interpretación de mayor amplitud con respecto a las atribuciones de la convención reformadora. Además, hubiese sido más consistente con la especial naturaleza de la materia sobre la cual se llevaba a cabo el escrutinio judicial. Pero el eje del juicio que cabe realizar en el caso no pasa por inclinarse con mayor fundamento por una de las opciones hermenéuticas que permitían las normas comprendidas sino de reconocer, precisamente, que existían estas

soluciones alternativas dentro de una comprensión racional del asunto, situación que se verifica en la especie y que lleva a excluir la arbitrariedad postulada. 18) Que en lo concerniente al examen sobre la tacha de arbitrariedad con respecto a la invalidez de la incorporación al texto constitucional del Consejo Asesor de la Magistratura, las consideraciones precedentes con respecto al riguroso criterio interpretativo seguido por los tribunales de la causa en cuanto a las atribuciones de la convención reformadora se extienden a este tema, en la medida en que cuando la ley 7469 que declaró la necesidad de la reforma enunció los “Agregados” que la convención podía incorporar, se refirió específicamente en el Artículo 2º, inciso IV, punto 2 al Poder Judicial, y dentro de ese departamento contempló en el ítem d) lo atinente al “mecanismo de selección de magistrados y funcionarios del Poder Judicial: Consejo Asesor de la Magistratura”. De ahí, que no es inconcebible la decisión tomada por el superior tribunal de anular el texto pues dicho órgano fue incorporado dentro de las autoridades que dependen del Poder Ejecutivo a cargo del gobernador.

En cuanto al alcance de la invalidez declarada, cabe recordar que comprendió únicamente el Artículo 101, inc. 5, de la Constitución en el pasaje que establece: “El Poder Ejecutivo organizará un Consejo Asesor de la Magistratura” –dejando en pie el resto de esta disposición que creaba dicho órgano y establecía sus atribuciones– y al Artículo 162 en su totalidad, en cuanto encomienda al Poder Ejecutivo la creación y reglamentación del órgano.

Esa escisión sobre el resultado del planteo de inconstitucionalidad, declarando la invalidez de las disposiciones atinentes al nuevo cuerpo que lo incorporan dentro de las autoridades del poder ejecutivo y que encomiendan al gobernador proceder a su reglamentación, pero que deja en pie la creación del nuevo cuerpo y las facultades que le asisten de llevar a cabo el proceso de selección de los candidatos a magistrados elaborando una terna con carácter vinculante para el poder ejecutivo, es fruto de una apreciación fundadamente cuestionable aun en el marco de la doctrina de la arbitrariedad. En efecto, ese modo de resolver podía dar lugar a consecuencias notoriamente disvaliosas, al causar un atolladero gubernamental por paralizar el procedimiento institucional previsto en la Constitución para la designación de jueces y miembros del ministerio público.

No obstante, esa situación no se verificó en la Provincia de Tucumán pues, a raíz del pronunciamiento que se recurre se sancionó en agosto de 2009 la Ley N° 8.917 (modificada por Ley N° 8.340 en septiembre de 2010, también dictada para superar otros planteos judiciales) Por su intermedio se crea el Consejo Asesor de la Magistratura en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia, estableciendo el modo de su integración, regulando sus atribuciones, disponiendo las reglas básicas concernientes a su funcionamiento, y delegando en 'dicho cuerpo la facultad para dictar su reglamento interno. Este plexo normativo está siendo aplicado para los concursos de aspirantes a cargos de magistrados judiciales y del ministerio público de tribunales inferiores.

La demostración más cabal del modo en que funcionan las instituciones locales surge de la consulta efectuada en la página web www.justucuman.gov.ar, que permite verificar los concursos que viene llevando a cabo el CAM, muchos de los cuales han concluido con la determinación de ternas que han dado lugar a numerosas designaciones por parte del gobernador con el acuerdo de la legislatura, mientras que el resto se encuentra en pleno trámite con las vicisitudes dilatorias previsibles que son características en los concursos de esta especie.

19) Que en las condiciones expresadas, la situación examinada en el sub lite difiere ostensiblemente de la considerada por el Tribunal en Fallos: 335:2360, pues la apertura del recurso extraordinario se dio sobre la base de que el alcance de la decisión tomada por el superior tribunal local era constitucionalmente insostenible a la luz de la centenaria doctrina en materia de sentencias arbitrarias.

Por ello, se desestima la queja. Se da por perdido el depósito. Notifíquese y archívese.

Ricardo Luis Lorenzetti. Elena I. Highton de Nolasco (Por su voto). Carlos S. Fayt (Según su voto). Juan Carlos Maqueda.

2.2. Guía para la lectura y el análisis del caso “Colegio de Abogados de Tucumán”

A partir de la lectura y el análisis del fallo “**Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro**”, (CSJN,

14/04/2015), y de la bibliografía complementaria que estime corresponder, resuelva las siguientes consignas:

- a) Relate, **con sus palabras**, los hechos más relevantes del caso, en no más de 10 (diez) renglones.
- b) ¿Cuáles eran los puntos que fueron incorporados a la Constitución provincial por la convención reformadora de 2006?
- c) ¿Quién es el actor? ¿En qué fundamentos basa su legitimación?
- d) ¿Qué tipo de acción entabló la parte actora? ¿Cuál era su pretensión?
- e) ¿Qué cláusulas constitucionales entendió la parte actora que habían sido violadas?
- f) ¿En qué se basa la competencia de una convención reformadora?
- g) ¿Cuál es la vía de acceso a la Corte Suprema?
- h) ¿Qué características tiene una causa o controversia?
- i) Explique con sus palabras la siguiente afirmación de la Corte: “Que en este caso no está en debate la interpretación de las normas de la Constitución, sino las mismas reglas que permiten modificarla”.
- j) ¿Por qué la configuración del *caso* resulta diferente a la delineada por el Tribunal en precedentes que involucraban otro tipo de derechos?
- k) ¿Qué sujetos podrían tener por demostrada la existencia de un interés *especial* o *directo* en este caso?
- l) Explique con sus palabras la siguiente afirmación de la Corte: “En la Constitución originaria dicha protección descansaba en el funcionamiento del sistema democrático, y en la convicción de que ello era suficiente. La experiencia histórica ha demostrado que también es necesaria la intervención de los poderes judiciales estableciendo límites a través del control de constitucionalidad de las leyes”.
- m) ¿Qué establece el artículo 14 de la Ley N° 48?
- n) De acuerdo a lo previsto en el artículo 14 de la Ley N° 48, ¿debería intervenir la Corte si, como en el caso, se ha declarado la inconstitucionalidad de la norma local? ¿Qué implica el requisito de resolución contraria?
- o) ¿Por qué afirma la Corte que las referencias efectuadas tanto en el

fallo como en el recurso extraordinario a cláusulas de la Constitución Nacional configuran meras consideraciones efectuadas *obiter dictum*?
¿Cuál es la diferencia entre el *obiter dictum* y el *holding*?

- p) ¿Existe relación directa entre las normas impugnadas y las cláusulas de la Constitución Nacional?
- q) ¿Qué establece el artículo 5º de la Constitución Nacional? ¿Las constituciones provinciales deben ser idénticas a la Constitución Nacional?

3. Caso “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento” (1999). CSJN, Fallos 322:1616

3.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema

Buenos Aires, agosto 19 de 1999.

Vistos los autos: “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/proceso de conocimiento”.

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal –sala III– revocó la sentencia dictada en la instancia anterior en cuanto había declarado la invalidez de la reforma constitucional y la confirmó en cuanto a la procedencia de la acción declarativa. En los términos del art. 322 del Cód. Procesal afirmó que el art. 99, inc. 4º, párr. tercero, de la Constitución Nacional reformada, no altera la garantía de inamovilidad de que goza el actor, juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en razón de su designación bajo el régimen constitucional anterior a la reforma de 1994. Contra ese pronunciamiento, la parte demandada interpuso el recurso extraordinario federal, que fue concedido a fs. 221/221 vuelta.

2º) Que los argumentos por los cuales el Estado nacional pretende la apertura del recurso extraordinario son los siguientes: a) es errónea la línea divisoria entre magistrados federales designados bajo el régimen previsto por la Constitución, en su texto anterior a la reforma de 1994, y los magistrados nombrados por el nuevo régimen; no existen derechos adquiridos frente a la modificación de la norma que otorgaba el ejercicio vitalicio del cargo; b) el

nuevo texto constitucional no modificó la garantía de la inamovilidad de los jueces, pues el art. 99, inc. 4º, de la Ley Fundamental contiene, tal como fue la intención de los convencionales, una exigencia de carácter objetivo e impersonal; c) la reforma constitucional en el punto que se halla en discusión, es válida y responde a los términos de la norma que la convocó y que le atribuyó competencia; ello es así, pues tanto el art. 2º de la ley 24.309, como el “Núcleo de Coincidencias Básicas”, contemplaron como materia de revisión lo relativo a la “designación de los jueces federales”; d) la sentencia está viciada por incongruencia, por no aplicar una norma constitucional sin pronunciarse sobre su validez; e) también incurre en arbitrariedad, por no rebatir los fundados argumentos de su parte, contrarios a la admisibilidad de la acción declarativa en el “sub lite”.

[...]

4º) Que el tribunal comparte, asimismo, la opinión vertida por el procurador general en el capítulo VII de su dictamen, en cuanto al fundamento y alcance de la admisibilidad formal del recurso federal, pues se halla en tela de juicio la validez e interpretación de cláusulas de la Constitución Nacional y de otras normas federales relativas al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 30 de la Ley Fundamental, y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que en ellas fundó el apelante.

Cabe recordar que en la tarea de establecer la inteligencia de las normas federales a las que se refiere el art. 14 de la ley 48, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal inferior y del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorga (doctrina de Fallos 308:647 –La Ley, 1987-A, 160–; 317:1773; 320:2647, entre muchos otros).

5º) Que la conclusión precedente importa afirmar el carácter justiciable de la cuestión “sub examine”, pues son aplicables las consideraciones efectuadas por el tribunal, al respecto, en el precedente de Fallos 318:1967.

En efecto, la presente resulta –en primer lugar– una “causa”, pues el actor ha invocado ante el Poder Judicial la protección de un derecho: el de mantener la inamovilidad en el cargo de juez de este tribunal para el cual fue designado según el procedimiento vigente para entonces en la Constitución Nacional y

de acuerdo al alcance que dicha garantía le reconocía. El Estado nacional ha resistido tal pretensión, de modo que se configura una controversia entre partes que sostienen derechos contrapuestos, esto es una controversia “definida y concreta” (Fallos 242:353 –La Ley, 94-165–) que remite al estudio de puntos regidos por normas constitucionales e infraconstitucionales de naturaleza federal, lo cual es propio del mencionado poder (arts. 1º y 2º, ley 27; arts. 116 y 117, Constitución Nacional).

No obsta a lo afirmado la circunstancia de que lo atinente al contenido de una reforma constitucional haya sido atribuido válidamente a un poder distinto del judicial, pues aun en tales hipótesis siempre este departamento, a la luz de la Constitución, está habilitado para juzgar en los casos que se le planteen, si el acto impugnado ha sido expedido por el órgano competente, dentro del marco de sus atribuciones y con arreglo a las formalidades a que está sujeto.

El mandato de la Constitución que pesa sobre el Poder Judicial es el de descalificar todo acto que se oponga a aquélla (Fallos 32:120); planteada una causa, no hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver acerca de la existencia y de los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los otros poderes y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí. No admite excepciones, en esos ámbitos, el principio reiteradamente sostenido por este tribunal, desde 1864, en cuanto a que “es el intérprete final de la Constitución” (Fallos 1:340).

Si la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución, ningún departamento puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas (Fallos 137:47) y es del resorte de esta Corte juzgar “la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes” (Fallos 210:1095 –La Ley, 51-91–) y “la excedencia de las atribuciones” en la que éstos puedan incurrir (Fallos 254:43).

En suma, incluso en los casos en que la interpretación constitucional lleve a encontrar que determinadas decisiones han sido atribuidas con carácter final a otras ramas del gobierno, el tribunal siempre estará habilitado para determinar si el ejercicio de una potestad de dicha naturaleza ha sido llevado

a cabo, dentro de los límites de ésta y de acuerdo con los recaudos que le son anejos. El quebrantamiento de algunos de los mentados requisitos o el desborde de los límites de la atribución, harían que la potestad ejercida no fuese, entonces, la de la Constitución y allí es donde la cuestión deja de ser inmune a la revisión judicial por parte del tribunal encargado –por mandato de aquélla– de preservar la supremacía de la Ley Fundamental.

6º) Que, además, la doctrina del control judicial sobre el proceso de reforma de la Constitución fue elaborada por el tribunal hace más de treinta años, pues surge de la recta interpretación de la sentencia dictada “in re”: “Soria de Guerrero, Juana A. c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.”.

En ese precedente, se aplicó a la actividad de una convención reformadora el principio jurisprudencial que limitaba las facultades jurisdiccionales respecto del procedimiento de “forma y sanción” de las leyes. Sin embargo, se afirmó que esa regla general sólo cedería si se demostrase la falta de concurrencia de los “requisitos mínimos e indispensables” que condicionan la sanción de la norma constitucional reformada (conf. considerandos 3º y 4º de Fallos 256:556 –La Ley, 112-226–).

Al respecto, es elocuente que el Congreso de la Nación –al emitir en diciembre de 1993 la declaración de necesidad de la reforma y fijar mediante una ley, según la práctica constitucional argentina, los puntos a revisar– haya expresado mediante términos inequívocos –aun cuando no era necesario– su conocimiento y aceptación del carácter justiciable de los límites del poder reformador, puesto que al prever la sanción de nulidad de las “modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida...” (art. 6º, ley 24.309), dicha prescripción presupone la existencia de un poder dotado de facultades suficientes para realizar el control sobre el alcance de las disposiciones y derogaciones adoptadas por la convención, que permita privar de efectos a las realizadas en infracción a los límites impuestos, el cual no puede ser otro que aquel que tiene como atribución esencial la de preservar la supremacía constitucional: el Judicial.

Por lo demás, la invalidez del procedimiento de reforma de la Constitución dista de ser una materia novedosa en los antecedentes que dieron lugar a nuestra Carta Magna, pues Alberdi prevenía en 1852 sobre la ineficacia de la

proposición de reformas que no estuvieren apoyadas por dos terceras partes del Congreso, o por dos terceras partes de la legislatura provincial (art. 39, proyecto de constitución acompañado a Las Bases).

7º) Que en cuanto al fondo del asunto, la facultad de reformar la Constitución no puede exceder el marco de la regulación –constitucional– en que descansa. Este tribunal ha afirmado recientemente esta doctrina respecto del poder constituyente derivado provincial (Fallos 316:2743), con cita de la opinión coincidente de Manuel Gorostiaga, en el sentido de que las facultades atribuidas en nuestro sistema constitucional a las convenciones constituyentes están limitadas (conf. Manuel Gorostiaga, “Facultades de las Convenciones Constitucionales”, Rosario, 1898, ps. 52 y 53). Restricción que también resulta del texto del art. 30 de la Constitución Nacional que, tras declarar la posibilidad de que aquélla sea reformada “en el todo o en cualquiera de sus partes” y conferir al Congreso de la Nación la función de declarar la necesidad de la reforma, atribuye una realización a “una Convención convocada al efecto”; precisamente, la expresión que se subraya, situada al final del artículo citado, pone de manifiesto que la convención se reúne con la finalidad de modificar aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podrían ser reformadas y sobre las que el pueblo de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse al elegir a los convencionales y no otras, sobre las que no concurren dichos requisitos.

8º) Que tanto es esencial esta característica de la convención reformadora de contar con poderes limitados que por ello, metodológicamente, la declaración de necesidad de reforma de la Constitución Nacional no se incluye entre las atribuciones del Congreso que reglamenta la parte segunda de la Ley Fundamental, sino en la primera parte que contempla las “Declaraciones, derechos y garantías”, pues es una afirmación sobre la naturaleza de la propia Constitución que se sitúa como ley suprema del país.

El constituyente originario quiso que el procedimiento del art. 30 reflejase verdaderamente la voluntad soberana del pueblo en cada una de sus etapas y que toda reforma fuese fruto de una reflexión madura. Por ello, al órgano donde naturalmente está representado ese poder soberano le compete declarar la necesidad de reforma e incluir las partes o puntos cuya re-

visión justifica la convocatoria y a otro cuerpo legislativo distinto, también representativo de la soberanía, le corresponde llevar a cabo la actividad reformativa dentro de ese marco. En un régimen republicano, fundado sobre el principio de soberanía del pueblo, debe ser la misma Constitución política del Estado la que establezca y asegure su propia existencia, imposibilitando reformas inopinadas o antojadizas (conf. Juan A. González Calderón, “Derecho Constitucional Argentino”, t. 1, Buenos Aires, 1917, ps. 330, 334, 335, 340).

En la adecuación o en el exceso respecto de esos límites reside la cuestión a resolver en el sub lite y este tribunal centrará su juicio en las relaciones entre la ley 24.309 y el ejercicio de la actividad reformativa. Cabe recordar que no se trata de confrontar un acto legislativo material típico con un acto emanado de la convención reformativa, pues la declaración por el Congreso de la necesidad de reforma bajo las condiciones que expresa el texto de la Constitución, es un acto del poder preconstituyente –aun cuando en la historia constitucional argentina se haya implementado mediante la forma de leyes–, que se funda directamente en la Constitución.

[...]

10) Que la sanción explícita de nulidad contenida en el art. 6° de la ley 24.309, para todo aquello que comportase una modificación, derogación o agregado a la competencia establecida en los arts. 2° y 3° de ese cuerpo normativo, revela el carácter de restricción explícita que el Congreso atribuyó a aquello que alterase o excediese el marco de la habilitación, sin perjuicio de la prohibición contenida en el art. 7° de la ley bajo examen. Sin duda, la sanción representa un énfasis innecesario –que revela la indudable intención de los representantes del pueblo, según resulta del debate en el seno del Congreso–, dirigido a aventar los “fantasmas” que pudiesen obstruir la convocatoria a una reforma sobre la base de infundados argumentos relativos a los peligros de una convención de poderes ilimitados (conf. debate de la ley 24.309, Diario de Sesiones Cámara de Senadores, sesión del 21 de octubre de 1993, intervención del senador Eduardo Menem, p. 3869).

11) Que la sección tercera del título primero de la segunda parte de la Constitución Nacional, relativa al Poder Judicial, trata en el capítulo I: “De su naturaleza y duración”. El art. 96 de este capítulo, en la numeración ante-

rior a la reforma, disponía, en lo que interesa en el “sub lite”: que “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta...”. Esta norma, consagrada en el texto constitucional de 1853, no fue incluida entre las cláusulas que la convención reformadora estaba habilitada para revisar, según los arts. 2° y 3° de la ley 24.309. En ningún caso se mencionó el recordado art. 96 y, antes bien, esa cláusula mantuvo intacta su redacción en el texto mencionado en 1994 (art. 110).

12) Que en el “Núcleo de Coincidencias Básicas” tampoco aparece explícita ni implícitamente la mención a la garantía de inamovilidad con el contenido con el cual había sido establecida para los jueces federales por el citado art. 96 de la Constitución. En ningún párrafo de los puntos I y J del “Núcleo de Coincidencias Básicas”, relativos a la designación y a la remoción de los magistrados federales –temas que correspondían a las reformas de los arts. 86 inc. 5° y 45, Constitución Nacional–, aparece algún contenido que pudiera interpretarse racionalmente como relativo a la posibilidad de fijar un término a la garantía de inamovilidad de los jueces federales con motivo del cumplimiento de una edad determinada. El único punto vinculado de alguna manera a la cesación de la garantía de la inamovilidad en los términos en vigencia fue el relativo al modo de remoción de los magistrados federales de tribunales inferiores, que debía instrumentarse por un jurado de enjuiciamiento (punto J, ap. 2, del citado “Núcleo...”), en tanto, con relación a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la reforma debía mantener la remoción “únicamente por juicio político, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes” (punto J, ap. 1).

[...]

14) Que no puede razonablemente admitirse que, con motivo de la reforma de una cláusula relativa a las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, a saber, la intervención del Presidente de la Nación en la designación de los magistrados federales –art. 99 inc. 4°, Constitución reformada, materia que estaba explícitamente habilitada puesto que el art. 86 inc. 5°, del texto anterior, había sido incluido en el art. 2° inc. a, ley 24.309–, la convención reformadora incorpore una cláusula nítidamente extraña a las atribuciones

del Poder Ejecutivo de la Nación, puesto que todo lo concerniente a la inmovilidad de los jueces es inherente a la naturaleza del Poder Judicial de la Nación y configura uno de los principios estructurales del sistema político establecido por los constituyentes de 1853, al punto que es uno de los dos contenidos sobre los que se asienta la independencia de este departamento y que ha sido calificada por el tribunal, antes que de un privilegio en favor de quienes ejercen la magistratura, como una garantía en favor de la totalidad de los habitantes (Fallos 319:24).

15) Que, por las razones expuestas, esta Corte no comparte la afirmación de que el Congreso, en cumplimiento de su función pre-constituyente, habilitó una modificación de significativa trascendencia a la garantía de la inmovilidad de los magistrados judiciales federales a partir del cumplimiento de una edad determinada, ya que una alteración tan sustancial no reconoce habilitación suficiente en las facultades implícitas que se derivan de la expresa atribución de reformar –en los términos del apartado del “Núcleo de Coincidencias Básicas” incorporado a la ley 24.309– el régimen de designación, ni jamás puede entenderse como implicado en una mera adecuación o actualización de las facultades del Poder Ejecutivo.

El tribunal a quo, además, se equivoca al fundar la no aplicación al actor de las cláusulas impugnadas en la doctrina de los derechos adquiridos al amparo de un régimen constitucional diferente. La discusión que versa sobre la posibilidad de invocar derechos adquiridos frente a las disposiciones sancionadas regularmente por una convención reformadora de la Constitución Nacional, resulta abstracta en la presente causa, pues el art. 99 inc. 4°, párrafo tercero de la Constitución reformada, no puede aplicarse al actor por vicio de nulidad absoluta, en virtud de haberse configurado un manifiesto exceso en las facultades de que disponía la convención, conforme al procedimiento reglado por el art. 30 de la Constitución Nacional y a lo dispuesto en la declaración de necesidad instrumentada mediante la ley 24.309.

16) Que esta sentencia no comporta un pronunciamiento sobre aspectos de naturaleza sustancial que conciernen a la conveniencia o inconveniencia de la norma impugnada –juicio que no está en las atribuciones propias del Poder Judicial–, sino en la comprobación de que aquella es fruto de un ejercicio

indebido de la limitada competencia otorgada a la convención reformadora.

En un pronunciamiento reciente (causa G. 405 XXXIII “Gómez Diez, Ricardo y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional - Congreso de la Nación”, sentencia del 31 de marzo de 1999) este tribunal ha puntualizado la necesidad de preservar el Poder Judicial de “la sobre-judicialización de los procesos de gobierno” (consid. 9º), mas con parejo énfasis ha destacado en dicho precedente que esa autorrestricción en modo alguno supone que este poder abdique del control de constitucionalidad de las normas o actos emanados de los otros poderes del Estado –como es una convención reformadora–, cuando se observen –como en el caso– los recaudos constitucionales que habiliten su jurisdicción (consid. 18).

De ahí, pues, que la transgresión verificada en el “sub lite” determina que esta Corte deba restablecer la vigencia de la Constitución Nacional, en cumplimiento de la primera y más elevada misión que constitucionalmente le corresponde. Con igual celo por esta función propia, los jueces de la Nación incluidos los actuales magistrados de esta Corte Suprema, tras la reforma de 1994, hemos jurado “cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional conforme al texto sancionado en 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y las modificaciones realizadas por la reciente Convención Constituyente, en los términos de las normas que habilitaron su funcionamiento” (ac. de la Corte Suprema 58, Fallos 317:570; Libro de Actas de la Corte Suprema, folios 339, 343, 347, donde constan nuestros juramentos). Este compromiso republicano impone el deber de decidir este asunto con arreglo a las consideraciones precedentes.

Por ello, oído el procurador general, se declara procedente el recurso extraordinario en los términos señalados, se revoca la sentencia apelada y, en los términos del art. 322 del Cód. Procesal, se hace lugar a la demanda y se declara la nulidad de la reforma introducida por la convención reformadora de 1994 en el art. 99 inc. 4º, párrafo tercero –y en la disposición transitoria undécima– al art. 110 de la Constitución Nacional. Costas al vencido (art. 68, Cód. Procesal). - Julio S. Nazareno. - Eduardo Moliné O'Connor. - Augusto C. Belluscio. - Antonio Boggiano. - Gustavo A. Bossert (disidencia parcial). - Guillermo A. F. López. - Adolfo R. Vázquez (según su voto).

3.2. Resumen de la disidencia del doctor Bossert

[..] Considerandos 1 a 5 iguales al voto de la mayoría.

6º) Que la independencia de los jueces hace a la esencia del régimen republicano y su preservación no sólo debe ser proclamada sino respetada por los otros poderes y sentida como una vivencia insustituible por el cuerpo social todo. Al respecto, ha dicho la Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica que una justicia libre del control del Ejecutivo y del Legislativo es esencial, si existe el derecho de que los procesos sean resueltos por jueces exentos de la potencial denominación de otras ramas del gobierno (“United States v. Will”, 449 U.S. 200, 217-218; 1980, citado en el fallo de esta Corte I.90 XXIV “Iribarren, Casiano R. c/ Provincia de Santa Fe s/acción declarativa”, sentencia del 22 de junio de 1999, consid. 11).

7º) Que el principio general de la inamovilidad de los jueces establecido en el art. 110 de la Constitución Nacional, esencial para la preservación de su independencia de criterio, ha sido limitado por el citado art. 99 inc. 4º de la Constitución Nacional que tras establecer los actos necesarios para el nombramiento de los jueces, dispone “un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”.

Conforme a la disposición transitoria undécima, la limitación temporal establecida en el art. 99 inc. 4º, entrará en vigencia cinco años después de la sanción de la reforma constitucional que fue sancionada el 22 de agosto de 1994.

8º) Que el primer método de interpretación al que debe acudir el juez es el literal, conforme al cual debe atenderse a las palabras de la ley. Esta Corte ha señalado que la primera fuente de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzos de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso contempladas por la norma, y ello es así pues no cabe apartarse del principio primario de sujeción de los jueces a la ley, ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por ésta, pues de hacerlo podría arribarse a una in-

interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto (Fallos 313:1007).

9º) Que conforme a dicho principio interpretativo, la limitación a la inamovilidad que impone el citado art. 99 inc. 4º, ha sido establecida respecto de quienes después de la sanción de la reforma constitucional “cumplan la edad de setenta y cinco años”. Conforme a ello, tal limitación no afecta la inamovilidad del juez Fayt puesto que el actor, nacido el 1 de febrero de 1918, ya había superado esa edad al sancionarse la reforma.

La limitación del art. 99 inc. 4º, alcanza tanto a los jueces designados con posterioridad a la reforma constitucional como a quienes hemos sido designados con anterioridad a dicha reforma, pero impone como condición un hecho incierto y futuro limitando su aplicación a quienes con posterioridad a la reforma cumplan 75 años; el uso del tiempo de futuro en la norma no deja dudas sobre su alcance. Sostener lo contrario, darle a la condición de un hecho futuro impuesta por la norma un significado propio de otra expresión capaz de abarcar el pasado, significaría el absurdo hermenéutico de convertir la limitación excepcional en regla general.

[...]

11) Que “la citada interpretación no admite discusión en tanto se observe que el principio de inamovilidad de los jueces es requisito esencial para la debida preservación de las instituciones republicanas, razón por la cual resulta necesario interpretar en forma restrictiva... las disposiciones constitucionales que permiten la separación del cargo de aquellos magistrados nombrados de conformidad con las leyes (Fallos 312:1686, disidencia del juez Belluscio). Este razonamiento se impone toda vez que el sistema constitucional de designación y remoción de los jueces y las leyes que reglamentan la integración de los tribunales, ha sido inspirado en móviles superiores de elevada política institucional con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley. Tal sistema se ha estructurado sobre un pilar fundamental: la independencia propia del Poder Judicial, requisito necesario para el control que deben ejercer los jueces sobre los restantes poderes del Estado (Fallos 310:804 –La Ley, 1987-C, 245–, p. 815 y 312:1686, disidencia del juez Belluscio).

Por ello, con el alcance de los fundamentos dados en esta sentencia, se confirma lo resuelto por el a quo en cuanto hace lugar a la acción declarativa del doctor Carlos S. Fayt. Costas por su orden. - Gustavo A. Bossert.

3.3. Guía para la lectura y el análisis del caso “Fayt”

A partir de la lectura y el análisis del fallo “**Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/proceso de conocimiento**”, (CSJN, 19/08/1999), y de la bibliografía complementaria que estime corresponder, resuelva las siguientes consignas:

- a) Relate, **con sus palabras**, los hechos más relevantes del caso, en no más de 10 (diez) renglones.
- b) Describa brevemente las disposiciones del artículo 99, inc. 4 de la Constitución Nacional y la parte pertinente de la Ley N° 24309.
- c) ¿Qué tipo de acción judicial entabló el Juez Fayt? ¿Cuál era su pretensión? ¿Contra quién dirigió la demanda?
- d) ¿Qué decidió la Cámara Nacional de Apelaciones? Explique cuáles hubieran sido sus consecuencias jurídicas.
- e) ¿Por qué vía llegó el expediente a la Corte Suprema? ¿Qué recurso se interpuso? ¿Quién interpuso el recurso?
- f) ¿Qué legitimación procesal entiende Ud. que alegó el Juez Fayt para interponer la acción judicial? ¿Considera que el Juez Fayt tenía una “causa, caso o controversia” actual al momento de interponer la acción?
- g) ¿Cuándo existe, para la Corte, una cuestión justiciable? ¿Cuál es el mandato de la Constitución que pesa sobre el Poder Judicial? (Consid. 5°).
- h) En los considerandos 6° a 10° la Corte explica la doctrina del control judicial sobre el proceso de reforma de la Constitución. ¿En qué consiste? ¿Cuál es el alcance que le otorga a dicho control? ¿Cuáles son los límites que la Convención Constituyente debe respetar y cuál es la consecuencia que acarrea su incumplimiento?
- i) En los considerandos 11° a 16° la Corte expresa que existió un ejercicio indebido de la facultad constituyente. Explique brevemente con sus palabras en qué consistió.

- j) ¿Puede el Poder Judicial emitir un pronunciamiento sobre aspectos de naturaleza sustancial que conciernen a la conveniencia o inconveniencia de la norma impugnada? ¿Por qué?
- k) ¿Qué resolvió finalmente la CSJN y qué argumentos utilizó para resolver en tal sentido?
- l) ¿Por qué motivo el Dr. Bossert vota en disidencia parcial? ¿En qué se diferencia del voto de la mayoría?

Capítulo 2

El control de constitucionalidad

Federico G. Thea
Isaías Losada Revol

I. INTRODUCCIÓN

1. Modalidades del control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad consiste en la revisión de la adecuación de las normas dictadas por las autoridades constituidas de un Estado con los requisitos establecidos en su Carta Magna.

El sistema de control de constitucional presenta básicamente tres variaciones en los diferentes sistemas institucionales modernos, que se pueden ejemplificar a la luz de los órdenes jurídicos británico, continentales-europeos y norteamericano:¹

- a) En el sistema jurídico británico (al igual que en Holanda y en los países escandinavos) no hay un control *judicial* de constitucionalidad. Esto quiere decir que ningún juez interno (ni aun la Corte Suprema) puede descalificar una ley dictada por el Parlamento sobre la base de que ella viola la Constitución (que en el caso de Gran Bretaña es consuetudinaria y no escrita). En estos países rige el principio de que el Parlamento es quien tiene la última palabra, aun en materia de derechos individuales.
- b) El modelo continental-europeo de control de constitucionalidad consiste en ser de tipo *concentrado*. Es decir, en general este modelo se

1. Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, p. 659.

caracteriza porque la atribución para declarar la inconstitucionalidad de las normas está monopolizada por un solo órgano, que suele ser el Consejo o Tribunal Constitucional (aunque a veces hay excepciones). A su vez, en distintos modelos adoptados en Europa Continental el control de constitucionalidad puede ser *concreto* o *abstracto* (ya sea *preventivo* o *remedial*).

- c) El modelo de control de constitucionalidad norteamericano se caracteriza por ser *difuso* (o sea, puede ser ejercido por cualquier juez federal o local), ser *a posteriori*, en casos *concretos*, y por tener carácter vinculante a través de la regla del *stare decisis*.

La novedad que presentan algunos diseños institucionales latinoamericanos y algunas provincias argentinas es combinar el modelo de control concentrado con el difuso. A modo de ejemplo, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires existe un control abstracto que ejerce exclusivamente el Tribunal Superior de Justicia, cuyas sentencias tienen efectos *erga omnes* –a menos que la Legislatura disponga lo contrario– y un control difuso que realiza cada uno de los jueces, que se ejerce en casos concretos y con efectos *inter partes*.²

Asimismo, no debe perderse de vista que cada sistema de control de constitucionalidad prevé por lo general distintas modalidades de selección de los jueces.

Así, en el sistema británico, por ejemplo, la designación de los jueces estuvo históricamente –hasta la *Constitutional Reform Act* del año 2005– en cabeza del Lord Chancellor, sin intervención del Parlamento. En la actualidad, tanto para el caso del nombramiento de jueces de la Suprema Corte como de jueces inferiores, la selección está a cargo de una Comisión de Nombramien-

2. Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, artículo 113. En particular, el inciso 2 del artículo 113 prevé que es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer “[o]riginaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior”.

tos Judiciales, que remite los nombres de los candidatos aceptados por el Lord Chancellor para la posterior aprobación del Primer Ministro y de la Corona, pero que sigue sin requerir de la ratificación del Parlamento.

En el modelo continental europeo la selección y nombramiento de los “jueces constitucionales” no es el mismo que el diseñado para los restantes jueces, sino que está sujeto a mayor discrecionalidad de los restantes poderes del Estado. Así, los jueces de los tribunales constitucionales son invariablemente designados o elegidos por los órganos políticos: ya sea el ejecutivo, el legislativo y muy excepcionalmente, miembros del propio poder judicial.³

En los Estados Unidos, la selección y nominación de los jueces federales –de todos los jueces federales, no solo de los miembros de la Corte Suprema– está en manos del poder político. En efecto, de conformidad con la Constitución norteamericana, las nominaciones para jueces de la Corte Suprema, de los Tribunales de Apelaciones y de los Juzgados de Distrito son realizadas por el Presidente y confirmadas con el consejo y el acuerdo del Senado (conf. art. II secc. 2, y art. III de la Constitución de los Estados Unidos).

El mecanismo de selección de “jueces constitucionales” (es decir, de jueces con la atribución de ejercer el control de constitucionalidad, ya sea que integren el Tribunal Supremo de un país o no) tiene un fuerte impacto en el funcionamiento de los distintos sistemas de control de constitucionalidad, tal como estudiaremos en profundidad en el Capítulo 6, cuando analicemos la inserción del Consejo de la Magistratura en el sistema institucional argentino con la Reforma Constitucional de 1994, sus ventajas y desventajas, las propuestas e intentos de modificación en los últimos años, y la opinión (e intervención) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto.

2. El control de constitucionalidad en Argentina. Principales características

En la Argentina, la posibilidad del control de constitucionalidad está fundada en el artículo 31 CN, que consagra el principio de supremacía consti-

3. Guarnieri, C. y Pederzoli, P. (2002). *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, p. 138.

tucional; y en el artículo 116 CN, que determina la competencia de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación para entender en todas las causas sobre puntos regidos por la Constitución.

Artículo 31 de la Constitución Nacional:

“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859”.

Las principales características del control de constitucionalidad en la Argentina son:

- a) Debe desarrollarse dentro de un *caso o controversia judicial*, lo que excluye el control genérico o abstracto y la acción popular.
- b) Es difuso, pues cualquier tribunal judicial puede ejercerlo. Es decir que se encuentra desconcentrado en diversos órganos del Poder Judicial, que no está monopolizado por un sector de la judicatura, aunque la Corte Suprema es la última y definitiva instancia de revisión extraordinaria (como veremos en detalle en el Capítulo 4).
- c) No procede en casos abstractos, ni en forma preventiva o consultiva.
- d) La declaración de la inconstitucionalidad de una norma solo puede darse en el curso de un procedimiento litigioso, es decir, en una controversia entre partes con intereses jurídicos contrapuestos, en la cual las formulaciones de inconstitucionalidad persigan la determinación de derechos debatidos entre las partes del juicio. Siendo de interpretación y aplicación restrictiva, y a casos excepcionales, la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad “de oficio” por parte del Poder Judicial (como veremos al estudiar el fallo “Rodríguez Pereyra”, en este capítulo).
- e) El efecto de la declaración de inconstitucionalidad es *inter partes*. Es

decir, tiene efectos individuales y no generales o abstractos respecto a otros potenciales sujetos afectados por la norma cuestionada (aunque en algunos casos excepcionales, los efectos pueden ser *erga omnes*, como hemos visto al estudiar el caso “Halabi”, en el Capítulo 1).

- f) La declaración de inconstitucionalidad de una norma carece, pues, de efectos derogatorios genéricos en relación con esta. La ley declarada inconstitucional sigue vigente, pero no se aplica al caso concreto.
- g) La declaración de inconstitucionalidad, al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de *última ratio* que debe evitarse, de ser posible, mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental. Por lo tanto, al ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, cuando ello es de estricta necesidad.

3. La “dificultad contramayoritaria” del control de constitucionalidad

Los distintos capítulos de este libro, y en especial el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se propone a partir de las guías de lectura, se encuentran atravesados por preguntas difíciles y profundas relacionadas con la cuestión de la legitimidad democrática de la justicia y el problema que se ha dado en llamar “la dificultad contramayoritaria del Poder Judicial”.

Por ello, resulta necesario introducir desde el principio del libro algunos conceptos básicos sobre el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia, que nos permita desarrollar un espíritu más crítico y un análisis más profundo de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

En teoría, el control de constitucionalidad está pensado básicamente “como una instancia de protección de los derechos fundamentales de las personas y de la forma republicana de gobierno”.⁴ Es decir que todo el sistema se

4. CSJN (2013). “Rizzo”. *Fallos* 336:760.

construye sobre la base de la idea de derechos básicos o fundamentales, que en la filosofía moral y política contemporánea suele definirse a partir de la concurrencia de dos rasgos:

- (i) que los derechos básicos son límites a la adopción de políticas basadas en cálculos coste-beneficio. Es decir, que tales derechos “atrincheran” ciertos bienes que se considera que deben asegurarse incondicionalmente para cada individuo y los ponen a resguardo de eventuales sacrificios basados en consideraciones relativas al “bien común” o al “interés general”.
- (ii) que los derechos básicos constituyen límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones por mayoría, esto es, que delimitan el perímetro de lo que las mayorías no pueden decidir, sirviendo así, en palabras de Dworkin, como “cartas de triunfo” frente a los poderes mayoritarios.⁵

Por lo general, el diseño institucional adoptado para la protección de estos derechos básicos resulta de la combinación de dos piezas maestras:

- (i) la supremacía de una Constitución que incluya un catálogo de derechos básicos;
- (ii) la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria.

Tal como veremos en los apartados 4 y 5, la idea de que los jueces al ejercer el control de constitucionalidad tan solo hacen valer frente a los poderes públicos límites claramente preestablecidos en la Constitución Nacional pasa por alto la “brecha interpretativa” que existe entre lo que efectivamente dice la Constitución y lo que los jueces dicen que dice la Carta Magna; y que los jueces en el ejercicio de su función de control de constitucionalidad, no tienen una actitud “pasiva”, de mera lectura y aplicación mecánica, sino por el contrario, muy activa y “creadora” de soluciones normativas.

De hecho, la zigzagueante jurisprudencia de la Corte Suprema en los últimos treinta años en materia de interpretación constitucional confirma que

5. Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth.

la Constitución permite, con frecuencia, ser interpretada de distintos modos, muchos de ellos –incluso– incompatibles entre sí. El giro en la interpretación constitucional del artículo 19 CN que surge de la comparación de los casos CHA (1991)⁶ –en el que la CSJN denegó la personería jurídica de la Comunidad Homosexual Argentina por considerar que dicha asociación no tenía “por objeto principal el bien común, sino... la pública defensa de la homosexualidad en sí considerada con vistas a su aceptación social”– y ALITT (2006)⁷ –donde la Corte revocó la resolución de la Inspección General de Justicia que denegó personería jurídica a la Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual, destacando el principio de igualdad y la autonomía de la conciencia como esencia de la persona y, por consiguiente, la importancia de la diversidad de pensamientos y valores en una sociedad democrática– ejemplifican claramente cómo los principios constitucionales conceden un amplísimo poder de discreción al juzgador. En la misma línea, puede contrastarse el distinto alcance otorgado a la autonomía personal en diversos fallos de la CSJN, analizando los casos “Montalvo” (1990)⁸ y “Arriola” (2009),⁹ ambos sobre la constitucionalidad de la incriminación de la tenencia de estupeficientes para consumo personal. Esta “brecha interpretativa” la encontramos no solo al momento de aplicar las declaraciones, derechos y garantías de la Primera Parte de la Constitución, sino incluso en pronunciamientos relativos a la organización, competencias y límites de los poderes del Estado. Así, por ejemplo, en materia de interpretación del principio de división de poderes y los valores democráticos, hay también un profundo contraste entre decisiones como “Peralta” (1990),¹⁰ “Cocchia” (1993)¹¹ y “Rodríguez” (1997),¹² con la reciente jurisprudencia de la Corte en materia de decretos delegados y de necesidad y urgencia, por ejemplo, en los casos “Colegio Público de Abogados

6. Fallos 314:1531.

7. Fallos 329:5266.

8. Fallos 313:1333.

9. Fallos 332:1963.

10. Fallos 313:1513.

11. Fallos 316:2624.

12. Fallos 320:2851.

de la Capital Federal” (2008),¹³ “Consumidores Argentinos” (2010),¹⁴ y “Camaronera Patagónica” (2014).¹⁵

Por último, en lo que representa quizá el ejemplo más paradigmático de un verdadero giro copernicano en la jurisprudencia de la CSJN sobre un tema central, como lo es la política de memoria, verdad y justicia, cabe comparar los casos “Riveros” (1990)¹⁶ y “Aquino” (1992),¹⁷ que convalidaron los indultos concedidos por el Poder Ejecutivo Nacional a comienzos de la década de 1990, con los casos “Arancibia Clavel” (2004),¹⁸ que declaró la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, “Simón” (2005),¹⁹ que declaró la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final y “Mazzeo” (2007),²⁰ que declaró la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de delitos de lesa humanidad; como así también el contraste entre los casos “Vázquez Ferrá” (2003),²¹ en el cual se desconoció que los familiares biológicos tengan derecho a tramitar sus pretensiones en juicios penales por delitos de sustracción de menores y supresión de su identidad cometidos durante el terrorismo de estado, y “Gualtieri Rugnone de Prieto” (2009),²² en el que se consideró que tales pretensiones eran parte esencial de la causa.

Esta situación se ve complementada, a su vez, por la creciente constitucionalización de los conflictos jurídicos –y la consecuente “bajamar” del principio de legalidad–,²³ que ha llevado a algunos autores a señalar la necesidad

13. Fallos 331:2406.

14. Fallos 320:2851.

15. Fallos 337:388.

16. Fallos 313:139.

17. Fallos 315:2421.

18. Fallos 327:3312.

19. Fallos 328:2056.

20. Fallos 330:3248.

21. Fallos 326:3758.

22. Fallos 332:1769.

23. Laporta, F. J. (2001) El ámbito de la Constitución. *Doxa* 24, p. 460. Según García Amado, “la tan manida apología actual del principalismo, del papel de los valores, ya sea en general, ya sean los valores constitucionales, y la consiguiente exaltación de un activismo judicial que sirva de freno, contrapeso y corrección de los temibles excesos o incapacidades del legislador tienen casi siempre una de sus más socorridas justificaciones en argumentos

de “volver a reivindicar con fuerza el papel de las leyes en la composición del sistema jurídico, tanto por razones de naturaleza prudencial como por razones de naturaleza moral”.²⁴ En esta línea de pensamiento, Waldron enfatiza la importancia de reconocer los fundamentos que inspiran el principio de separación de poderes –un principio derivado del *rule of law*, y diferenciado de los principios de división de poderes y frenos y contrapesos–,²⁵ entre los que se encuentra la vital distinción entre las distintas funciones de gobierno (legislativo, ejecutivo y judicial) como una forma de resaltar el valor de las formas articuladas y coordinadas de gobierno. En palabras del autor, “la idea es que en lugar de una decisión política indiferenciada de hacer algo acerca de X, hay una insistencia en que cualquier cosa que hagamos a X o sobre X debe ir precedida de un ejercicio del poder legislativo que establezca una norma de carácter general aplicable para todos, no sólo para X, y un procedimiento judicial que hace la determinación de que la conducta de X, en particular, está comprendida en el ámbito de esta norma, y así sucesivamente. Aparte de la integridad de cada una de estas fases, hay una sensación de que el poder se ejerce mejor, o es ejercido con más respeto en

como el de que el legislador actual es una pura correa de transmisión de intereses más o menos inconfesables, o carece de los instrumentos intelectuales necesarios para percibir la auténtica dimensión de los problemas sociales, o es corrupto, o se mueve en medio de un vacío ideológico y valorativo propio de la crisis de los partidos y las ideologías, etc.” García Amado, J. A. (2003). *Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá: Temis, pp. 10-11, citado en Meori, A. A. y Chaumet, M. E. (2008). ¿Es el derecho un juego de los jueces? *La Ley D*, 717.

24. Laporta, F. J. (2001). *op. cit.*, p. 459. En este sentido, Diana explica que los principios de legalidad y de libertad juegan un rol esencial en la democracia y en la presunción de constitucionalidad de los actos de gobierno. Por ello, en opinión del citado autor, “[l]a presunción de inconstitucionalidad de las normas no puede ser la regla en esta democracia. La regla parte de una responsabilidad compartida de todos para encausar nuestra actividad hacia su mejoramiento”. Diana, N. (26/02/2008). La democracia y la presunción de (in)constitucionalidad de las leyes. *La Ley Sup. Act.*, 1.

25. Según el autor, “[t]odo lo que le importe al Principio de División de Poderes es que el poder esté dispersado; no le importa particularmente cuáles son esos poderes dispersados. Y todo lo que le importa al Principio de Frenos y Contrapesos es que el poder controle al poder o concurra en el ejercicio de otro poder; siendo de interés incidental cuáles son los poderes que se contrapesan mutuamente en este balance”. Waldron, J. (2013). Separation of powers in thought and practice? *Boston College Law Review* (54)433, p. 442.

sus respectivas áreas de competencia, cuando es producto de esta secuencia ordenada”²⁶

Las –inevitables– dificultades que genera la existencia de esta “brecha interpretativa” en materia de control de constitucionalidad,²⁷ sumado al problema de la “objeción contramayoritaria” del poder judicial,²⁸ hacen que el reconocimiento y combinación de los dos ingredientes esenciales de una democracia constitucional (i.e. la supremacía de una Constitución que incluya un catálogo de derechos básicos, y la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria)²⁹ hayan dado como resultado diseños institucionales muy diversos, tanto en lo que hace al modo de ejercer el control de constitucionalidad, como a la selección del órgano encargado de tan delicada tarea, como lo ejemplifican los distintos modos de ejercer el control de constitucionalidad, que vimos más arriba.

Ahora bien, el constitucionalismo tiene una espinosa cuenta pendiente en relación con lo que, por lo menos desde Bickel, es usual denominar “objeción contramayoritaria”.

26. *Ibíd.*, pp. 434-435.

27. Que confirman la reflexión de Shapiro, quien afirma que “la doctrina generalmente está de acuerdo que tiene que haber algo de control judicial de constitucionalidad, pero no demasiado, y luego elabora infinidad de argumentos para determinar cuánto es demasiado”. Allí está el nudo, precisamente, del debate jurídico en torno al control de constitucionalidad. Shapiro, M. (1964). *Law and politics in the Supreme Court: new approaches to Political Jurisprudence*. Nueva York: Free Press of Glencoe.

28. Básicamente, la “objeción contramayoritaria” adopta dos formas fundamentales: (i) la primera apunta a la idea misma de primacía constitucional, ya que si la democracia es el método de toma de decisiones por mayoría, la primacía constitucional implicaría precisamente restricciones a lo que la mayoría puede decidir; y, (ii) la segunda, que afecta al control jurisdiccional de constitucionalidad, consiste en preguntar qué legitimidad tienen jueces no representativos ni políticamente responsables para invalidar decisiones de un legislador democrático. Ver, entre muchos otros, Bickel, A. (1962). *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press; Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno*. Ariel: Barcelona; Waldron, J. (2006). The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal* 115(6), 1346.

29. Tal como señala Bayón, cabe reconocer que “si como ideales morales se parte no sólo del de los derechos básicos, sino también del valor de la democracia, entonces el camino hacia el constitucionalismo es quizá menos llano de lo que parece”. Bayón, J. C. (2000). Derechos, democracia y constitución. *Discusiones* (1), 65-94.

Es sabido que esa objeción adopta dos formas fundamentales:

- 1) La primera apunta a la idea misma de primacía constitucional, ya que, si la democracia es el método de toma de decisiones por mayoría, la primacía constitucional implica precisamente restricciones a lo que la mayoría puede decidir.
- 2) Y la segunda, que afecta al control jurisdiccional de constitucionalidad, consiste en preguntar qué legitimidad tienen jueces no representativos ni políticamente responsables para invalidar decisiones de un legislador democrático.

En suma, si como ideales morales se parte no solo del de los derechos básicos, sino también del valor de la democracia, entonces el camino hacia el constitucionalismo es quizá menos llano de lo que parece.³⁰ La tensión que se presenta radica en postular que las decisiones políticas más importantes deben ser tomadas por mayoría –de esto se trata, como mínimo, la democracia– y, simultáneamente, sustraer determinadas decisiones, en especial aquellas vinculadas directamente con los derechos básicos, de esas mayorías.

En este libro no nos ocuparemos en profundidad de esta cuestión, pero sí nos proponemos ayudar a los lectores a través de las guías de análisis de fallos, a ser capaces de analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación siendo conscientes de la amplitud de su poder y la gran responsabilidad que tienen los jueces al tomar sus decisiones, teniendo además en cuenta las muchas debilidades que afectan al control judicial de constitucionalidad.

4. La multiplicidad de criterios de interpretación constitucional de la Corte Suprema

Más arriba enfatizamos la diferencia que existe entre lo que *dice la Constitución* y lo que *los jueces dicen que dice la Constitución*. A este problema, que siguiendo a Bayón hemos denominado como el problema de la “brecha interpretativa”, debemos agregarle un condimento adicional: que los jueces tienen a su disposición una inmensa diversidad de criterios interpretativos –muchas

30. *Ibíd.*

veces opuestos entre sí– que les permite llegar a distintos “resultados”. Esta situación, que ya de por sí es generadora de suficientes riesgos institucionales, se ve además agravada por el hecho de que los jueces no están obligados a seguir un determinado criterio de interpretación constitucional que hayan escogido, sino que pueden ir cambiando de ruta exegética en cada caso en el que les toca intervenir.

En el presente libro se analizarán numerosos fallos de la Corte Suprema y en cada uno de ellos se podrán observar diversos criterios interpretativos. A veces la Corte hará explícito el camino argumentativo que decide recorrer y, otras veces, estará implícito, y quedará para los lectores analizar cuál ha sido el camino escogido por el Máximo Tribunal, y –sobre todo– por qué.

De acuerdo a Néstor Sagües,³¹ la Corte Suprema ha recurrido a lo largo de su historia a una amplia gama de criterios interpretativos, por ejemplo:

(i) Interpretación literal:

consiste básicamente en analizar “la letra de la norma jurídica” mediante reglas gramaticales y del lenguaje. La interpretación literal constituye, según la CSJN, la primera fuente de interpretación, y no se puede prescindir de ella en ningún caso.³² En este sentido, y tal como apunta Sagües, “una directriz muy repetida de la Corte Suprema puntualiza que ‘cuando la letra de la ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente’, con prescindencia de otras consideraciones (CSJN, *Fallos*, 324:1740, 3143 y 3345)”³³

(ii) Interpretación popular:

sería un tipo de interpretación literal que consiste en dar a las palabras de las normas jurídicas el significado que tienen en el lenguaje común –en oposición a cualquier interpretación “especializada”.³⁴

(iii) Interpretación especializada:

consiste en apartarse de la interpretación “popular” o “según el co-

31. Sagües, N. P. (2004). Interpretación constitucional y alquimia constitucional. (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (1), 151-170.

32. CSJN (1991). “Sade c/ Ávila”. *Fallos* 314:1018.

33. Sagües, N. P. (2004), *op. cit.*, p. 154.

34. CSJN (2001). “Afip c/ Povofo”. *Fallos* 324:3345.

mún sentido de los términos”, para inclinarse por una interpretación también literal, pero más especializada, de conformidad con la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico en el que la norma bajo análisis se inserta.³⁵

Así, por ejemplo, la Corte tiene dicho que “por encima de lo que las leyes parecen expresar literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente”;³⁶ y que ningún precepto legal debe ser aplicado de manera literal sin una formulación circunstancial previa, conducente a su “recta exégesis jurídica”, porque de lo contrario se corre el riesgo de arribar a una conclusión irrazonable.³⁷

- (iv) Interpretación de la intención y/o voluntad del autor: consiste en apartarse de cualquier tipo de interpretación literal para indagar en cuál ha sido la intención que tuvieron los autores al dictarla. Así, por ejemplo, se encontrará que en muchos fallos de la CSJN se transcriben las versiones taquigráficas de las sesiones de ambas Cámaras del Congreso de la Nación, o los dictámenes de comisiones previas al tratamiento de las normas en pleno por las Cámaras, para intentar hallar allí la intención de los legisladores al momento de votar y “crear” la norma jurídica.³⁸
- (v) Interpretación justa y racional: en ocasiones, la CSJN ha señalado que los jueces pueden apartarse de las palabras exactas de la ley “para aplicar la norma con auténtico sentido de justicia y recto juicio prudencial en los casos concretos”,³⁹ y que “no es recomendable atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de su aplicación racional”.⁴⁰

35. CSJN (1976). “Mambrini de Fernández”. *Fallos* 395:376.

36. CSJN (2001). “Echavarría c/ Instituto de Obra Social”. *Fallos* 324:3602.

37. CSJN (1986). “Basigaluz Saez, Laura Ema c/ Ministerio de Educación y Justicia”. *Fallos* 308:1861.

38. Ver, por ejemplo, CSJN (2008). “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ Estado Nacional”. *Fallos* 331:2406, que estudiaremos en más detalle en el Capítulo 6.

39. CSJN (1999). “Morrone, Roque A. y otros s/ infr. ley 23.771”. *Fallos* 322:1699.

40. CSJN (1976). “YPF c/ Corrientes”. *Fallos* 3315:158.

(vi) Interpretación orgánico-sistémica:

la interpretación sistemática u orgánico-armonizante es aquella que atiende a la totalidad de los preceptos de una norma, así como su enlace con el resto del ordenamiento jurídico. Según Sagües, “[l]a interpretación orgánica o sistemática es particularmente destacada por la Corte Suprema respecto de la Constitución. Ninguna de sus cláusulas puede ser interpretada solitariamente, desconectándolas del todo que compone, sino que cabe entenderlas integrando las normas dentro de la unidad sistemática de la Constitución, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas, de tal forma que haya congruencia y relación entre ellas. En ese contexto, cada precepto recibe y ‘confiere su inteligencia de y para todos los demás’ (CSJN, *Fallos*, 320:875, “Gauna”, consid. 14 y 15).⁴¹

(vii) Interpretación jurídico-realista:

tal como explica Sagües, la CSJN ha señalado que “las instituciones jurídicas no dependen del *nomen juris* que le haya dado el otorgante de un acto, o el mismo legislador, sino de su verdadera esencia jurídica y económica, de tal modo que si hay oposición entre la denominación dada a algo por el autor de la norma, y la realidad, deberá prevalecer esta última (CSJN, *Fallos*, 318:676, consid. 11).⁴²

(viii) Interpretación que asume la existencia de un “legislador perfecto”:

en algunos casos, la CSJN ha utilizado como criterio de interpretación de las normas la presunción de que sus autores no pudieron haberse equivocado, y que el derecho es claro, preciso, coherente y sin lagunas. Así, por ejemplo, el Máximo Tribunal ha dicho que “es criterio de hermenéutica que no debe presuponerse la inconsecuencia o falta de previsión en el legislador”.⁴³

(ix) Interpretación dinámica:

en muchas ocasiones, la CSJN propone hacer una interpretación jurídica considerando la “realidad viviente” de la época, para actualizar el contenido de la norma. Así, por ejemplo, en el paradigmático

41. Sagües, N. P. (2004), *op. cit.*, p. 156.

42. *Ibíd.*, p. 157.

43. CSJN (2001). “Sosa, Marcelo Claudio s/ recurso extraordinario”, *Fallos* 324:2153.

fallo “Sejean”, cuya lectura y relectura recomendamos fuertemente más arriba, la Corte Suprema consideró que “[e]l control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales, lo que no implica destruir las bases del orden interno preestablecido, sino defender la Constitución Nacional en el plano superior de su perdurabilidad y la de la Nación misma para cuyo gobierno pacífico ha sido instituida, puesto que su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación”.⁴⁴

(x) Interpretación teleológica:

consiste en tomar como criterio interpretativo el relacionado con los “fines” perseguidos por la norma. Según Sagües, “en particular, tratándose de la Constitución, es misión del exégeta consagrar la interpretación que ‘mejor asegure los grandes objetivos para los que fue dictada’ (CSJN, ‘KOT SRI’, un fallo que goza de gran prestigio y predicamento, *Fallos*, 241:291). La tesis de los hermenéutica tutelar de los megaobjetivos constitucionales es sostenida también, por ejemplo, en ‘Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires’ (CSJN, *Fallos*, 320:2701, dictamen del Procurador General compartido por la Corte), y en ‘Chocobar’ (CSJN, *Fallos*, 319:3241)” [sic].⁴⁵

(xi) Interpretación conforme a una autoridad externa.

en ciertos casos la Corte ha tomado como criterio rector de sus decisiones las opiniones de la doctrina o, fundamentalmente, la jurisprudencia extranjeras. Tal como señala Sagües, históricamente nuestro Máximo Tribunal se apoyó en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, aunque en los últimos años –y en particular con posterioridad a la Reforma Constitucional del año 1994–, la Corte recurre a criterios interpretativos provenientes del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Huma-

44. CSJN (1988). “Sejean c/ Zaks de Sejean”. *Fallos* 308:2268.

45. Sagües, N. P. (2004), *op. cit.*, p. 161.

nos,⁴⁶ tanto de precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁷ como de Informes de la Comisión.⁴⁸

(xii) Interpretación práctica:

es el criterio que aconseja entender al texto constitucional de tal manera que no destruya los poderes del Estado, que trabe su ejercicio eficaz o que permita que uno bloquee al otro. Por ejemplo, la CSJN ha dicho que los poderes de la Nación y los de las provincias deben merecer una interpretación que permita su coexistencia, ayuda y des-
envolvimiento armónico, sin interferencias o roces.⁴⁹

(xiii) Interpretación continuista:

consiste en adecuar sus decisiones a los precedentes de la propia Corte en la materia. Así, por ejemplo, nuestro Máximo Tribunal tiene dicho que “[e]s regla para el funcionamiento de la Corte Suprema que sus decisiones se adecuen a sus precedentes y es indudable la conveniencia de asegurar la estabilidad de su jurisprudencia en tanto no medien razones que hagan ineludible su modificación, al punto de que el Tribunal ha señalado que deben existir causas suficientemente graves para hacer inexcusable tal cambio de criterio.”⁵⁰

(xiv) Interpretación objetiva:

según Sagües, “la Corte alerta que la interpretación debe practicarse ‘con objetividad’ (‘Volpe’, *Fallos*, 316:352, con cita de *Fallos*, 306:1472). Algunas veces esa ‘objetividad’ es interpretada por la Corte en el sentido que importa ‘acatamiento... a la letra y al espíritu de la ley’ [...] [p]ero en otros pronunciamientos el Tribunal avanza más, indicando que cuando la norma constitucional ofrece ‘un amplio marco de decisión,

46. Ver el apartado 5.1. de este capítulo para mayor detalle.

47. Ver CSJN (2012). “Rodríguez Pereyra”. *Fallos* 335:2333, entre muchos otros. Recientemente, la CSJN “revisó” su doctrina en la materia, en un fallo cuyas consecuencias futuras todavía no resultan claras: CSJN (2017). “Min. de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia en el caso Fontevecchia y D’Amito vs. Argentina por la Corte IDH”. CSJ 368/1998 (34-M) / CS1.

48. CSJN (2013). “Carranza Latrubesse”. *Fallos* 336:1024.

49. Ver CSJN (1999). “Agua y Energía”. *Fallos* 322:2598.

50. Ver CSJN (2000). “González, Herminia del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes por movilidad”. *Fallos* 323:555.

es preciso que los jueces no se atengan a sus propios ‘valores personales’, sino que ponderen ‘los que apoyan la doctrina y jurisprudencia de su época’ (CSJN, *Fallos*, 313:1232)”.⁵¹

Tal como señala Gargarella, “[l]os problemas que se derivan de una práctica interpretativa como la que desarrolla la Corte no se vinculan con el hecho, tal vez banal, de que los jueces escojan criterios interpretativos de tipo ‘x’ en lugar de criterios tipo ‘y’ como fundamento último de sus decisiones. El problema surge porque dicha particular selección (que aquí asumo que es –como debería ser– previa a la decisión del caso) resulta completamente determinante de la decisión final que luego va a firmar la Corte frente al caso concreto. De allí que sea imperativo que, al menos, los jueces hagan un esfuerzo por justificar ante nosotros la peculiar selección de concepciones interpretativas que utilicen en el caso concreto”.⁵²

Y a todos estos criterios de interpretación constitucional de la que gozan los jueces le tenemos que agregar una variable adicional, que estudiamos en el capítulo anterior: si bien se ha reconocido cierto deber de los tribunales inferiores de seguir la doctrina de la Corte Suprema, esta obligación ha encontrado diversas excepciones a lo largo de los años. Es decir, que no solo los criterios interpretativos son múltiples, sino que además son múltiples sus intérpretes en el Poder Judicial, y ni siquiera la intervención de la Corte Suprema puede garantizar que sobre un tema determinado todos los jueces respeten un mismo criterio.

Por ejemplo, la Corte Suprema se pronunció sobre la (no) obligatoriedad de sus sentencias en el fallo “Santín”:

51. Sagües, N. P. (2004), *op. cit.*, p. 165.

52. Gargarella, R. (2008). De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del Derecho en manos de la Corte Suprema argentina. En R. Gargarella (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional: tomo 1, Democracia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Ver también Gargarella, R. La dificultosa tarea de la interpretación constitucional. En R. Gargarella (coord.), *op. cit.*

CSJN (1948). “Santín, Jacinto”. *Fallos* 212:51

“[T]an incuestionable como la libertad de juicio de los jueces en ejercicio de su función propia es que la interpretación de la Constitución Nacional por parte de esta Corte Suprema tiene, por disposición de aquélla y de la correspondiente ley reglamentaria, autoridad definitiva para la justicia de toda la República, y que la interpretación de la Corte Suprema no tiene únicamente autoridad moral, sino institucional. Que apartarse de esa jurisprudencia mencionándola pero sin controvertir sus fundamentos... importa desconocimiento deliberado de dicha autoridad”.

Como vemos en la última oración del párrafo transcrito, el Máximo Tribunal comienza con una fuerte afirmación que parece indicar la obligación de acatamiento a su jurisprudencia por parte de los jueces inferiores, pero luego la matiza en la hipótesis de que la singularidad del caso hiciese inaplicable su doctrina y el tribunal inferior fundamentara en ello su decisión discrepante.

Luego de la recuperación de la democracia en 1983, la Corte Suprema estableció su doctrina oficial sobre la obligatoriedad vertical del seguimiento de su jurisprudencia en el famoso caso “Cerámica San Lorenzo” (del año 1985),⁵³ que estudiamos con mayor detalle en el apartado II.1 de este capítulo. Esta doctrina ha sido aplicada de manera consistente por todas las integraciones posteriores de la Corte Suprema hasta el día de hoy, por lo que proponemos su estudio y análisis detenido en la Sección II de este capítulo.

5. El control de constitucionalidad y de convencionalidad. El control de oficio

Ya hemos mencionado que la idea de que los jueces al ejercer el control de constitucionalidad tan solo hacen valer frente a los poderes públicos límites claramente preestablecidos en la Carta Magna, pasa por alto la “brecha interpretativa” que existe entre lo que *dice la Constitución* y lo que *los jueces dicen que dice la Constitución*.⁵⁴

53. CSJN (1985). “Cerámica San Lorenzo”. *Fallos* 307:1094.

54. Bayón, J. C. (2000), *op. cit.*, p. 69.

En nuestro país, desde 1888 hasta la actualidad, se ha sostenido, con sustento en las previsiones constitucionales que establecen la supremacía de la Constitución Nacional y la función que le corresponde a los jueces en virtud de los arts. 31, 116 y 117, “que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”.⁵⁵ Según la Corte Suprema, este diseño constitucional exige que los jueces actúen en todo momento en forma independiente e imparcial, como custodios de estos derechos y principios, a fin de no dejar desprotegidos a todos los habitantes de la Nación frente a los abusos de los poderes públicos o fácticos.⁵⁶

Sin embargo, esta descripción de los fundamentos constitucionales y políticos del control judicial de constitucionalidad parece estar algo incompleta. Como ya dijimos, la idea de que los jueces al ejercer el control de constitucionalidad tan solo hacen valer frente a los poderes públicos límites claramente preestablecidos en la Carta Magna pasa por alto la “brecha interpretativa” que existe entre los que dice la Constitución y lo que los jueces dicen que dice la Constitución.⁵⁷ Los jueces hacen mucho más que llevar adelante una mera lectura de la Constitución. En efecto, en algunos casos, los jueces “incorporan” al texto soluciones normativas que no estaban –al menos explícitamente– incorporadas en él.⁵⁸

La Corte Suprema argentina ha sostenido que “sólo un punto de vista estrecho podría pasar por alto que el control de constitucionalidad procura la su-

55. CSJN (2013). “Rizzo”. *Fallos* 336:760.

56. CSJN (2013). “Rizzo”. *Fallos* 336:760.

57. Bayón, J. C. (2000), *op. cit.*, p. 69.

58. Gargarella, R. (1997). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Revista Isonomía* (6), p. 59.

premacía de la Constitución, no la del Poder Judicial o de la Corte Suprema”.⁵⁹ Parafraseando a la Corte, y siguiendo lo que sugieren numerosos estudios empíricos sobre la toma de decisiones judiciales en la práctica,⁶⁰ se podría afirmar que solo un punto de vista estrecho podría pasar por alto que los jueces no son meramente “la boca de la Constitución”, sino que son verdaderos creadores del derecho constitucional, que toman decisiones políticas con base en su propia ideología,⁶¹ y las encuadran dentro del amplio marco de posibilidades que ofrece nuestra Constitución.⁶²

De hecho, como veremos a lo largo del libro, en especial en las guías para el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema, el Máximo Tribunal argentino ha admitido en muchos casos que la Constitución Nacional, con frecuencia, permite ser interpretada de distintos modos, lo cual importa un significativo rechazo del “mito de la solución correcta”; circunstancia que le

59. CSJN (2013). “Rizzo”. *Fallos* 336:760.

60. Profundizar en Thea, F. G. (2014). La elección de “jueces constitucionales” en las democracias actuales. *Revista Pensar en Derecho* (4). Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/4/la-eleccion-de-jueces-constitucionales-en-las-democracias-actuales.pdf>

61. En palabras de Bourdieu “[e]n términos hermenéuticos, nuestra interpretación está condicionada por la precomprensión que tengamos del mundo, por nuestros prejuicios en el sentido de ideas previas del mundo conocido”. Bourdieu, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En P. Bourdieu y G. Teubner. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, p. 178, citado en Diana, N. (2012). Discurso jurídico y derecho administrativo: doctrina de facto y emergencia económica. Recuperado de http://www.gordillo.com/pdf_tomo6/02/anexo_diana.pdf.

62. En este sentido, en el año 1988, en una entrevista publicada por la *Revista Lecciones y Ensayos*, el juez Petracchi explicaba: “Se dice que los jueces no son políticos, pero, ¿cómo no van a ser políticos!, son políticos les guste o no. A lo sumo, les va a pasar lo que al cangrejo, que es crustáceo pero no lo sabe. Sus decisiones, especialmente en la Corte Suprema, son políticas, lo que sucede es que no son solamente políticas, son además jurídicas, se tienen que adecuar a la Constitución. Claro que la Constitución es un marco de posibilidades, cuya elección dependerá de la ideología del juez. Cuando existe un conflicto de valores, y eso es lo que siempre hay que juzgar, se toma a uno sobre el otro, y eso configura una decisión política. Los jueces se muestran como ‘técnicos puros’, pero no lo son. Son ideólogos, claro que en un sentido distinto al de aquel que hace política como líder de un partido, pero esto es, sin duda, una especie de política”. Entrevista al juez Enrique Santiago Petracchi: La democracia y el poder judicial. (1988). *Revista Lecciones y Ensayos* (49), 301-309.

permite de paso al Tribunal un buen margen de maniobra para optar por una entre varias opciones posibles para resolver un caso.

En este sentido, es útil leer y releer el fallo “Sejean”, del año 1986,⁶³ para advertir con nitidez y poder comparar fácilmente los distintos criterios interpretativos utilizados por los jueces de la Corte Suprema en ese caso y evaluar su impacto en el resultado de la controversia. Asimismo, es importante tener en cuenta que los jueces deciden libremente qué criterio interpretativo utilizan y no están obligados a emplear siempre el mismo, tal como explicamos en detalle en el apartado anterior

Ahora bien, teniendo en cuenta esta “cuestión de la interpretación constitucional”, uno de los problemas que se presenta cuando un tribunal utiliza su poder en el control de constitucionalidad, es que ejerce una atribución que no le viene dada por elección directa del pueblo, ya que este ha conferido la facultad de crear normas a los representantes elegidos por el mismo pueblo.⁶⁴

Si además se admite tal control sin petición de parte, es decir, “el control de oficio de constitucionalidad” en un sistema de control de constitucionalidad difuso como el establecido en la República Argentina, puede favorecerse una mayor dispersión interpretativa y, sobre todo, mayor discrecionalidad judicial. Además, un control de oficio poco prudencial puede llevar a imponer la propia agenda del Poder Judicial o reforzar la legitimidad de la norma que se examina sin petición de parte, al declararla constitucional.

La jurisprudencia de la Corte Suprema desde 1984 hasta el caso “Rodríguez Pereyra” (que estudiaremos en este capítulo) se movió en la dirección de la procedencia de ese control, aunque estableciendo algunos límites al preservar, por ejemplo, el principio de congruencia. De todos modos, el fortalecimiento del control de constitucionalidad de oficio –desde la tesis que lo rechazaba, establecida en 1941 en “S.A. Ganadera Los Lagos”– operó como consecuencia de la ampliación del control con petición de parte luego del regreso de nuestro país al sistema democrático y, más tarde, al consagrarse en el orden interno, la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos, el control de

63. CSJN (1988). “Sejean c/ Zaks de Sejean”. Fallos 308:2268.

64. Miller, J. (17/10/86). Control de constitucionalidad: el Poder Político del Poder Judicial y sus límites en una democracia. *Revista Jurídica El Derecho*, p. 52.

convencionalidad y la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acerca de que este debía ejercerse también de oficio.⁶⁵

CSJN (2012). “Rodríguez Pereyra”. Fallos 335:2333

“[L]os órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango...”.

Como surge de la lectura del párrafo transcrito, en el caso “Rodríguez Pereyra”, la Corte Suprema estableció una nueva doctrina, según la cual el Poder Judicial no solo debe ejercer un control de constitucionalidad “de oficio”, sino también una especie de “control de convencionalidad de oficio”, entre las normas jurídicas internas que se aplican en los casos concretos y las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ahora bien, para poder comprender cabalmente estos profundos cambios en las bases mismas del sistema de control de constitucionalidad argentino, es necesario conocer mínimamente el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos y su relación con el sistema jurídico argentino a partir de la introducción en la Reforma Constitucional de 1994 del artículo 75, inc. 22 CN.

65. Gelli, M. A. (2013). La declaración de inconstitucionalidad de oficio. Fundamentos y alcances (en el caso Rodríguez Pereyra). *La Ley* A, 25.

5.1. El Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad de los tribunales nacionales

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la CADH) es uno de los instrumentos internacionales al que le fue otorgada jerarquía constitucional con la reforma a la Carta Magna de 1994. De este modo, en las condiciones de su vigencia, ha sido incorporada al artículo 75, inciso 22.

Artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional:

Corresponde al Congreso:

“Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

De esta forma, la jerarquía normativa luego de la reforma de 1994 ubica a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos citados en su artículo 75, inc. 22 –así como a aquellos a los que les fuera otorgada tal jerarquía–⁶⁶ en la cima de la pirámide; a estos les siguen los tratados internacionales en general⁶⁷ y concordatos⁶⁸; y luego las leyes de la Nación.

Vale recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia, ya en el año 1995, afirmó que la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (artículo 75, inc. 22, párr. 2º), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”.⁶⁹

La CADH no solo reconoce una serie de derechos y garantías, sino que, asimismo, establece un sistema de protección regional de derechos humanos para que el individuo, en caso de ser víctima de una violación a sus derechos fundamentales, pueda reclamar, en sede internacional, la responsabilidad del Estado y, de ser posible, la cesación de la conducta con la consecuente reparación al daño causado.

De este modo, la CADH regula específicamente cuál ha de ser el mecanis-

66. A la fecha, han obtenido jerarquía constitucional: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por Ley N° 24556 (jerarquía constitucional otorgada por Ley N° 24820); la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, aprobada por Ley N° 24584 (jerarquía constitucional otorgada por Ley N° 25778); y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por Ley N° 26378 (jerarquía constitucional otorgada por Ley N° 27044).

67. Por ejemplo, los tratados de derechos humanos sin jerarquía constitucional, o los descritos en el artículo 75, inc. 24 sobre organizaciones supraestatales, entre tantos otros.

68. Es decir, acuerdos suscriptos con la Santa Sede.

69. CSJN (1995). “Giroldi”. Fallos 318:514.

mo a través del cual un individuo puede plantear su caso ante el sistema interamericano. Así, el individuo deberá (i) agotar los recursos de la jurisdicción interna de su Estado, (ii) presentar la petición dentro del plazo de seis meses contados a partir de la notificación de la decisión que agotó los recursos jurisdiccionales internos y (iii) demostrar que no hay litispendencia o duplicidad de procedimientos de arreglo internacional,⁷⁰ es decir que, al mismo tiempo, no se está llevando a cabo otro procedimiento en sede internacional con el mismo objeto e igual base legal.

5.1.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La evaluación en cuanto al cumplimiento de tales requisitos está a cargo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH o Comisión) la que emitirá un informe declarando el caso admisible o inadmisibles (se trata del informe de admisibilidad). Si la petición es declarada admisible, la Comisión se pondrá a disposición del representante de la presunta víctima y del Estado demandado a fin de procurar que las partes arriben a una solución amistosa sobre el asunto. Para el hipotético caso en que fracase el intento de solución amistosa, la Comisión deberá emitir un informe donde determine si el Estado demandado es o no responsable internacionalmente por la violación a los derechos humanos alegados.

Si la Comisión concluye que el Estado es responsable internacionalmente, elaborará un informe preliminar (conocido como el “Informe del artículo 50”) en el que detallará sus conclusiones y formulará las recomendaciones que el Estado debe cumplir, fijándole, a tal efecto, un plazo en el cual deberá hacerlo. Vale destacar que, según lo ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH), las recomendaciones “no tienen el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado”.⁷¹

70. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 46. Recuperado de <http://www.bcnbib.gob.ar/old/tratados/3convencionamericanasobrederechoshumanos.pdf>

71. Corte IDH. Sentencia del 8 de diciembre de 1995. “Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia”, párr. 67.

El informe preliminar es enviado al Estado con carácter reservado y se notifica al peticionario de su adopción. Si dentro del plazo de tres meses de la notificación del informe preliminar, la CIDH considera que el Estado no ha cumplido con las recomendaciones efectuadas tiene dos posibilidades, excluyentes entre sí:

- (i) Someter el caso a la Corte IDH.
- (ii) Emitir un segundo informe que tiene carácter definitivo (también llamado “Informe del artículo 51”) donde establece sus conclusiones y fija un plazo para que el Estado adopte las medidas necesarias para remediar la situación examinada. Los términos de este informe pueden coincidir –o no– con los del informe preliminar.

Si el Estado incumple las recomendaciones, la CIDH puede publicar el Informe definitivo. Esta decisión adquiere carácter sancionador dada la repercusión negativa que genera en la comunidad internacional la determinación de responsabilidad por violaciones a derechos humanos.

5.1.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

A diferencia de la CIDH, la Corte IDH tiene funciones judiciales destinadas a aplicar e interpretar la CADH. Está conformada por siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, que deben ser juristas con autoridad moral y reconocida experiencia en materia de derechos humanos. Sus fallos son obligatorios para el Estado en caso en que sea condenado, razón por la cual está obligado a cumplirlo.

A los fines de dictar sentencia, la Corte IDH deberá evaluar, según el artículo 1.1 de la CADH, si el Estado respetó los derechos y libertades reconocidos en la Convención y si garantizó su libre y pleno ejercicio; a tal fin, los estados deben “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es

posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.⁷²

Asimismo, deberá determinar si el Estado cumplió con su obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH.

En consecuencia, para que un Estado no sea condenado ante la Corte IDH, deberá demostrar que respetó y garantizó los derechos y libertades allí reconocidos, como así también que adoptó las medidas que fueren necesarias para hacerlos efectivos.

Dado que los Estados son responsables internacionalmente por las acciones de cualquiera de sus tres poderes (ya sea el Poder Ejecutivo, el Legislativo o el Judicial), la Corte IDH ha sostenido que cuando los jueces de los Estados Parte de la Convención Americana ejercen su jurisdicción están obligados a ejercer el llamado “control de convencionalidad”.

Así, en el año 2006, estableció en el caso “Almonacid Arellano c/ Chile” que “[l]a Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermaid por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana [...]”.⁷³

Tan solo dos meses después, en el “Caso de los Trabajadores Cesados del

72. Corte IDH. Sentencia del 29 de julio de 1988. “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, párr. 166.

73. Corte IDH. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, párr. 124.

Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/ Perú”, la Corte IDH sentenció que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.⁷⁴

Esta es la jurisprudencia que la Corte Suprema argentina reseña en el caso “Rodríguez Pereyra”, y a partir de la cual afirmó que “los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado”.⁷⁵

II. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y GUÍAS PARA SU ANÁLISIS

1. Caso “Cerámica San Lorenzo” (1985). CSJN, *Fallos* 307:1094

1.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema

Buenos Aires, julio 4 de 1985.

Considerando:

1º) Que el recurso extraordinario, concedido a fs. 222, se interpuso contra la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico que revocó la dictada por el juez de grado en cuanto hacía lugar a la excepción de prescripción articulada por el representante de Cerámica San Lorenzo, S. A., y declaraba extinguida la acción penal sobreseyendo parcial y definitivamente en la causa. Formuló el apelante la tacha de arbitrariedad de dicha resolución por considerar que tal vicio descalificante se configuró, entre otras

74. Corte IDH. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. “Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/ Perú”, párr. 128.

75. CSJN (2012). “Rodríguez Pereyra”. *Fallos* 335:2333.

circunstancias, por haberse apartado el a quo, sin fundamento alguno, de un fallo de la Corte dictado en un caso análogo, invocado al deducir la excepción, y por haberse fundado la decisión en una norma no aplicable al “sub lite”.

2º) Que la Cámara en lo Penal Económico, al aplicar el art. 19 de la ley 12.906, prescindió de considerar la inteligencia acordada a aquella norma por el tribunal en el precedente que se registra en Fallos, t. 303, p. 91, en el cual el apelante sustentó la aludida excepción, y que aparecía conducente a la solución de esta causa. Tal circunstancia basta para descalificar la decisión en examen, porque no obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (confr. doc. de Fallos, t. 25, p. 364). De esa doctrina, y de la de Fallos, t. 212, ps. 51 y 160 emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (confr. causa: “Balbuena, César A. s/ extorsión”, resuelta el 17 de noviembre de 1981), especialmente en supuestos como el presente, en el cual dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante.

3º) Que también resulta arbitraria la resolución en examen en cuanto aplica al caso del art. 35 de la ley 22.262, que establece que el procedimiento administrativo interrumpe el plazo de prescripción penal porque, como lo dispone expresamente el art. 46 de la misma ley, las causas en trámite en sede administrativa o judicial a la fecha de su entrada en vigencia, continuarán sujetas a la ley 12.906. Esta regla rige el sumario judicial de que se trata en autos, iniciado en 1977, durante la vigencia de la última de las leyes citadas.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el Procurador General, se revoca la resolución de fs. 194/194 vta. Hágase saber y devuélvanse los autos para que, por quien corresponda se dicte nuevo pronunciamiento de acuerdo a lo resuelto en la presente (art. 16, primera parte, ley 48). - Augusto C. Belluscio. - Carlos S. Fayt (según mi voto). - Enrique S. Petracchi. - Jorge A. Bacqué.

1.2. Resumen del voto del juez Fayt

Considerando:

1º) Que la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico revocó la sentencia de la instancia anterior que había hecho lugar a la prescripción de la acción penal que por infracción a la ley de monopolio se había incoado contra la firma Cerámica San Lorenzo, S. A. Contra dicho fallo, el apoderado de dicha empresa dedujo el recurso extraordinario que fue concedido a fs. 222.

2º) Que el apelante sostiene que el pronunciamiento apelado es arbitrario, toda vez que, a su juicio: a) se encuentra fundada sólo en forma aparente y en normas no aplicables al caso; b) es contradictorio; c) se apartó sin fundamento alguno de la clara interpretación que efectuara este tribunal del art. 19 de la ley 12.906 en el precedente publicado en Fallos, t. 303, p. 917 (Rev. LA LEY, 1982-A, p. 3) y d) que la extensión temporal de tramitación del juicio vulnera el derecho de defensa de su mandante que tutela también el de todo imputado a obtener, luego de un juicio tramitado en legal forma, un pronunciamiento que definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad ponga término, del modo más breve posible, a la situación de incertidumbre que comporta todo enjuiciamiento penal.

3º) Que en primer lugar resulta necesario señalar, que el art. 35 de la ley 22.262, que el a quo estima aplicable al caso, en atención a los claros términos del art. 46 del citado ordenamiento legal, en modo alguno puede regular el problema aquí debatido.

4º) Que por lo demás, es reiterada doctrina jurisprudencial del tribunal que los fallos no sólo deben poseer fundamentos, sino que los mismos deben ser fundados. Así lo expresó también la mayoría de este tribunal en la sentencia del 11 de octubre de 1984 in re “Sasetru S. A. su quiebra s/ recurso extraordinario” en donde se sostuvo: “que el ingente papel que en la elaboración del derecho se asigna a los jueces, en tanto que órganos propios de interpretación y aplicación de la ley, sólo reconoce como límite el requerimiento de que sus sentencias estén sustentadas de manera objetiva y seria, pues las que sólo traducen las posturas subjetivas de los jueces no son vividas como ju-

rídicas”. Aquel requisito “sólo se cumple si la articulación del ‘dictum’ remite, antes que a los valores personales del juzgador, a los que apoyan la doctrina y la jurisprudencia de su época, que revelan la trama de un sistema acerca de cuyos méritos no incumbe a los magistrados judiciales pronunciarse”. Principio que es de rigurosa aplicación cuando, como en el caso, la afirmación que efectúa el sentenciante, contradice abiertamente el fallo de esta Corte en el cual el juez de primera instancia fundara su sentencia, y respecto del cual, de haber querido apartarse haciendo excepción al deber moral de los jueces de conformar sus decisiones a lo resuelto por la Corte en fallos análogos, debió sustentar su juicio con fundamentos serios, en virtud de los cuales sostenga la inconveniencia o inaplicabilidad del criterio adoptado (doc. de Fallos, t. 212, ps. 51 y 251 y t. 304, ps. 898 y 1459).

5º) Que los recaudos “supra” expuestos en modo alguno son cumplidos por la sentencia en análisis que se limita a realizar meras afirmaciones dogmáticas a las que intenta basar en un antecedente de otra sala del mismo tribunal que se refiere a otro tipo de supuestos y en la que sostiene que es de aplicación el art. 19 de la ley 12.906 en tanto expresa que “durante la tramitación del proceso judicial quedará suspendida la prescripción de la acción”, afirmando a continuación “que en la causa no se ha operado el plazo indicado de los seis años para poder declarar así lo solicitado”, párrafo que carece de inteligibilidad al correlacionarlo con la afirmación anterior y el que analizado a la luz de las constancias de la causa –como destaca el Fiscal de Cámara al contestar el traslado del recurso extraordinario– carece de veracidad habida cuenta de la fecha de la sentencia.

De tal manera la sentencia apelada no se adecua a la ley en su ineludible vinculación con la doctrina y la jurisprudencia relacionados, a su vez, con el caso a decidir y satisface sólo de manera aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa, lo que impone su descalificación con arreglo a conocida jurisprudencia de esta Corte en materia de arbitrariedad.

Por todo ello, de acuerdo con lo dictaminado en sentido concordante por el Procurador General, se deja sin efecto la sentencia apelada. Notifíquese, devuélvase a fin de que por quien corresponda se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho. - Carlos S. Fayt.

1.3. Guía para el análisis y estudio del caso “Cerámica San Lorenzo”

A partir de la lectura y el análisis del fallo “**Cerámica San Lorenzo**”, (CSJN, 4/7/1985, *Fallos* 307:1094), y de la bibliografía complementaria que estime corresponder, resuelva las siguientes consignas:

- a) Relate, **con sus palabras**, los hechos más relevantes del caso, en no más de 10 (diez) renglones.
- b) ¿Cómo resolvió el caso el juez de primera instancia? ¿Cómo fundó su sentencia?
- c) ¿Qué argumentos utilizó el apelante para cuestionar la sentencia de Cámara?
- d) ¿Qué decidió la Cámara de Apelaciones?
- e) Para el voto mayoritario de la CSJN, ¿es arbitraria la sentencia apelada? ¿Por qué?
- f) ¿Las sentencias de la Corte tienen efectos más allá del caso en el cual son dictadas?
- g) ¿Puede un tribunal inferior apartarse de la doctrina sentada por la CSJN en un caso análogo anterior? ¿Por qué?
- h) ¿Cuál es el supuesto en el cual el tribunal inferior puede apartarse del precedente de la CSJN?
- i) ¿Piensa Ud. que este supuesto puede darse con bastante frecuencia? ¿Por qué?
- j) ¿Es relevante que el precedente haya sido invocado por las partes?
- k) Precise y explique la diferencia existente entre el voto mayoritario y el voto del juez Fayt.

2. Caso “Rodríguez Pereyra” (2012). CSJN, *Fallos* 335:2333

2.1. Resumen del Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

I. A fs. 236/241, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (Sala II) con-

firmó, parcialmente, lo decidido por la anterior instancia en cuanto condenó al Estado Nacional a indemnizar a la actora por las lesiones sufridas, mientras prestaba el servicio militar obligatorio, por el soldado conscripto Pablo Jorge Rodríguez y lo modificó elevando el monto de la condena.

II. Disconforme con este pronunciamiento, la demandada dedujo el recurso extraordinario de fs. 244/246, que –concedido en lo atinente a la interpretación de normas federales (fs. 255)– trae el asunto a conocimiento del Tribunal.

III. Toda vez que se halla en tela de juicio la interpretación de normas federales y que la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que en ella funda la apelante (art. 14, irc. 3° de la ley 48), entiendo que cabe admitir el recurso en el presente caso.

IV. Cabe señalar, en primer término, que según ha quedado acreditado en autos, mientras cumplía el servicio militar obligatorio, Pablo Jorge Rodríguez sufrió un accidente relacionado con actos de servicio que le produjo una incapacidad parcial y permanente del treinta por ciento (30 %) de la total obrera.

En segundo término, tengo para mí que las cuestiones debatidas en el sub lite son sustancialmente análogas a las resueltas por la Corte en los precedentes Bertinotti, Fiarosky, Picard, Soubie y Morelli (Fallos: 315:2207; 318:1621; 319:2620; 324:488 y 326:407, respectivamente).

En ellos, el Tribunal declaró que no correspondía otorgar a un conscripto que hubiera sufrido lesiones como consecuencia de la realización de actos de servicio, una indemnización del derecho común cuando dichas lesiones le hubiesen causado una disminución menor del sesenta y seis por ciento para el trabajo en la vida civil, por cuanto la ley militar –art. 76, inc. 3°, apartado c, de la ley 19.101, texto según la ley 22.511– no prevé un haber de retiro sino un régimen indemnizatorio específico que desplaza al sistema resarcitorio del derecho común.

V. En tales condiciones, opino que corresponde revocar la sentencia de fs. 236/241 en cuanto fue materia de recurso extraordinario.

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2007. Fdo.: Laura M. Monti

2.2. Resumen del Fallo de la Corte Suprema

Buenos Aires, 27 de noviembre de 2012.

Vistos los autos: “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”.

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó el pronunciamiento de primera instancia en cuanto admitió, con fundamento en normas de derecho común, el reclamo indemnizatorio del actor por las lesiones que sufriera mientras cumplía con el servicio militar obligatorio y elevó el monto de la condena (conf. fs. 236/241).

2º) Que para decidir en el sentido indicado, la alzada tomó en consideración la doctrina de este Tribunal elaborada en diversos precedentes. Sostuvo que en ellos se había establecido la distinción “entre plantel permanente y conscriptos y entre los hechos que causan el daño, según sean actos bélicos o no, denominándolos actos de servicio y, también, variando la solución según que el daño incapacitante resultare menor o mayor del 66% [...], según la interpretación de la ley especial militar en cuanto a que ella establece un haber de retiro o una verdadera indemnización” (fs. 237 vta.). Puntualizó, asimismo, que un conscripto era un sujeto que había sido obligado a someterse a un régimen no elegido, por lo que resultaría razonable diferenciar su situación de la de aquellos que ingresaban a las filas del Ejército en forma voluntaria, acatando el régimen militar por convicción y elección propia.

Consideró, también, que en el precedente “Aquino” (Fallos: 327:3753) esta Corte había invalidado constitucionalmente el art. 39, inc. 1º, de la ley 24.557, “con argumentos que bien pueden utilizarse en esta causa respecto del derecho que le cabe al actor de reclamar la reparación integral civil” (fs. 238). Juzgó, en definitiva, que lo resuelto en dicho precedente había implicado un “viraje” en el tratamiento de casos paradigmáticos de derechos humanos que le impedía considerar vigente lo dicho en la causa “Bertinotti” (Fallos: 315:2207) en el sentido de que no correspondía otorgar a un conscripto que sufrió lesiones como consecuencia de la realización de actos de servicio una indemnización del derecho común cuando ellas le hubieran causado una disminución menor

del 66% para el trabajo en la vida civil, esto es, cuando la ley militar no prevé un haber de retiro, sino un régimen indemnizatorio específico que desplaza al sistema resarcitorio general (doctrina reiterada en Fallos: 318:1621; 319:2620; 321:3496; 324:488; 326:407).

Por estas razones, entendió que debía confirmarse la decisión de grado en cuanto había resultado favorable al derecho del demandante de obtener una reparación con arreglo al art. 1113 del Código Civil.

3°) Que contra tal pronunciamiento, el demandado interpuso el recurso extraordinario, que ha sido concedido a fs. 255, por encontrarse en juego el alcance e interpretación de la ley federal 19.101 para el personal militar y sus decretos reglamentarios. Estas normas establecen un sistema resarcitorio especial “para el personal de alumnos y conscriptos” que “como consecuencia de actos de servicio” presenten “una disminución menor del 66% para el trabajo en la vida civil” (confr. art. 76, inc. 3°, apartado c, según texto ley 22.511).

4°) Que la vía extraordinaria intentada resulta formalmente admisible, dado que en autos se ha objetado la interpretación de una norma federal –la ley 19.101– y la sentencia dictada por el superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ella (art. 14, inc. 3°, de la ley 48). En este contexto y a los fines de establecer la inteligencia de las normas federales, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones de los jueces de la causa y del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 325:1663; 326:2880; 330:2981, 4713; 331:735).

5°) Que la ley 19.101 –al igual que su precedente, la ley 14.777– es el único estatuto regulador del “personal militar” que, con carácter sistémico e integral, determina los derechos y obligaciones que origina el nacimiento de las relaciones entre las fuerzas armadas y sus agentes, cualquiera sea la situación de revista que éstos posean, así como los que acarrea su desarrollo, extinción o situación posterior a tal momento. De ahí que corresponda reconocer que las disposiciones contenidas en su articulado prevalecen sobre las de otros ordenamientos generales por imperio de la máxima *lex specialis derogat lex generalis* (confr. Fallos: 312:1394) en la medida en qué medie incompatibilidad entre lo que unas y otras establecen.

Ahora bien, como se desprende de los elementos obrantes en las actuaciones, la aplicación del referido régimen especial otorga al accidentado un resarcimiento sustancialmente inferior al que ha sido admitido sobre la base de los parámetros establecidos en el derecho común. Sin embargo, en el caso, dicho sistema no ha sido impugnado constitucionalmente.

6°) Que cabe recordar que con arreglo al texto del artículo 100 (actual 116 de la Constitución Nacional), tal como fue sancionado por la Convención Constituyente ad hoc de 1860 –recogiendo a su vez el texto de 1853, tributario del propuesto por Alberdi en el artículo 97 de su proyecto constitucional–, corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión, entre otras, de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Nación (con la reserva hecha en el art. 75 inc. 12) y por los tratados con las naciones extranjeras.

7°) Que en este marco constitucional, la ley 27 estableció en 1862 que uno de los objetos de la justicia nacional es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella (art. 3). Al año siguiente, el Congreso dictó la ley 48, que prevé que: “Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido” (artículo 21).

8°) Que con estas bases normativas, la doctrina atinente al deber de los jueces de efectuar el examen comparativo de las leyes con la Constitución Nacional fue aplicada por esta Corte desde sus primeros pronunciamientos cuando –contando entre sus miembros con un convencional constituyente de 1853, el Doctor José Benjamín Gorostiaga– delineó sus facultades para “aplicar las leyes y reglamentos tales como son, con tal que emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la Constitución” (Fallos: 23:37).

9°) Que en esta senda se expidió el Tribunal en 1888 respecto de la facultad

de los magistrados de examinar la compatibilidad entre las normas inferiores y la Constitución Nacional con una fórmula que resulta hoy ya clásica en su jurisprudencia: “es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”.

Tal atribución –concluyó la Corte– “es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario” (Fallos: 33:162).

Como es bien sabido, un año antes, en el caso “Sojo”, esta Corte ya había citado la autoridad del célebre precedente “Marbury vs. Madison” para establecer que “una ley del congreso repugnante a la Constitución no es ley” y para afirmar que “cuando la Constitución y una ley del Congreso están en conflicto, la Constitución debe regir el caso a que ambas se refieren” (Fallos: 32:120). Tal atribución encontró fundamento en un principio fundacional del orden constitucional argentino que consiste en reconocer la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31), pues como expresaba Sánchez Viamonte “no existe ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer término la Constitución Nacional” (Juicio de amparo, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XVII, pág. 197, citado en Fallos: 321:3620).

10) Que el requisito de que ese control fuera efectuado a petición de parte resulta un aditamento pretoriano que estableció formalmente este Tribunal en 1941 en el caso “Ganadera Los Lagos” (Fallos: 190:142). Tal requerimiento se fundó en la advertencia de que el control de constitucionalidad sin pedido de parte implicaría que los jueces pueden fiscalizar por propia iniciativa los actos legislativos o los decretos de la administración, y que tal actividad afectaría el equilibrio de poderes. Sin embargo, frente a este argumento, se afirmó posteriormente que si se acepta la atribución judicial de control constitucional, carece de consistencia sostener que el avance sobre los dos poderes demo-

cráticos de la Constitución no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay (Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio; y 327:3117, considerando 4°).

Agregó el Tribunal que la declaración de inconstitucionalidad de oficio tampoco “se opone a la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraria una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni (...) puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese, debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso” (Fallos: 327:3117, considerando 4° citado).

11) Que, sin perjuicio de estos argumentos, cabe agregar que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente “Mazzeo” (Fallos: 330:3248), esta Corte enfatizó que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” que importa “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (considerando 20).

Se advirtió también en “Mazzeo” que la CIDH “ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. Concluyó que “[e]n otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídi-

cas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21).

12) Que en diversas ocasiones posteriores la CIDH ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente “Almonacid”. En efecto, en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso” precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana [“Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128]. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde, expresado en similares términos, en los casos “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia” (del 1º de septiembre de 2010, parágrafo 202); “Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Raguai’) vs. Brasil” (del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176) y “Cabrera García y Montiel Flores vs. México” (del 26 de noviembre de 2010, parágrafo 225).

Recientemente, el citado Tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad ex officio, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” del 29 de noviembre de 2011).

La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22) , incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.

13) Que resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (confr. casos “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña” y “Gómez Lund y otros”, citados).

Desde esta perspectiva, el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes. Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmaria y demostradamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiesta de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que debe poner de manifiesto tal situación.

En este sentido se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera.

Como puede apreciarse, el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control.

14) Que, en tal sentido, cabe recalcar la jurisprudencia de esta Corte según la cual la declaración de inconstitucionalidad al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de ultima ratio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de

las normas (Fallos: 14:425; 147:286). Además, cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (Fallos: 300:1029; 305:1304).

En suma, la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, sólo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad.

15) Que, admitida en los términos precedentes la potestad de los jueces de efectuar el control de constitucionalidad aunque no exista petición expresa de parte, cabe realizar en autos el correspondiente examen de la norma que establece un régimen indemnizatorio específico para el personal militar. A tal efecto es necesario reiterar que el art. 76, inc. 3º, ap. c), de la mencionada ley 19.101 –texto según la ley 22.511–, le reconoce a los conscriptos que, como consecuencia de actos de servicio, presenten “una disminución menor del sesenta y seis por ciento para el trabajo en la vida civil”, una indemnización única que no podrá exceder de treinta y cinco haberes mensuales de su grado para el personal superior y subalterno.

En lo que respecta a la finalidad y al alcance de dicho artículo, esta Corte ha considerado que resulta evidente que busca establecer un resarcimiento, lo que se compadece con lo expresado en la nota de elevación del proyecto de la ley, según la cual se persiguió “la sustitución del retiro por una adecuada indemnización al personal de la reserva incorporada y de alumnos que sufran una disminución de aptitudes para la vida civil como consecuencia de actos de servicio”, y que ello obstaba a la aplicación de las reglas que regían la responsabilidad genérica (conf. causa “Bertinotti”, Fallos: 315:2207).

16) Que con posterioridad al precedente citado, el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse, en casos de resarcimiento de daños producidos por accidentes, respecto del cuestionamiento con base constitucional del que serían susceptibles los sistemas especiales de responsabilidad que admitían limitaciones indemnizatorias frente al derecho a una reparación integral derivado del principio general I, si se comprobaba la existencia de un menoscabo

sustancial a la garantía invocada por el interesado (Fallos: 327:3753).

17) Que a los efectos de determinar si en la presente causa se produjo esa vulneración, es necesario examinar, por un lado, el alcance de los derechos constitucionales involucrados y, por el otro, si los daños causados por la contingencia en cuestión encuentran su debida reparación con la prestación única que establece el art. 76, inc. 3º, ap. c, de la ley 19.101.

En definitiva, a partir de las normas y principios constitucionales en juego corresponde dilucidar si quedó demostrado que, tras la aplicación de pautas mensurables como las contempladas por el citado artículo, el perjuicio sufrido excede, en forma manifiesta e intolerable, el marco de cobertura que razonablemente cabe entender abarcado por el sistema especial.

18) Que en lo que interesa al caso, esta Corte ha dicho que el “principio general” que establece el art. 19 de la Constitución Nacional, según el cual se “prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero”, se encuentra “entrañablemente vinculado a la idea de reparación”, y que la reglamentación que hace el Código Civil, en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica (conf. Fallos: 308:1118 y 327:3753).

19) Que en cuanto a la protección de la integridad de la persona, esta Corte ha resuelto reiteradamente que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos: 308:1109; 312:752 y 2412; 315:2834; 327:3753; 329:2688 y 334:376, entre muchos otros).

20) Que, en conclusión, la adecuada protección del derecho a la vida y a la integridad psicofísica de las personas exige que se confiera al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, así como evitar la fijación de limitaciones en la medida en que impliquen “alterar” los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28).

En ese entendimiento, cabe señalar que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral (conf. Fallos: 324:2972 y arg. Fallos: 326:2329); ni tampoco si el resarcimiento –derivado de la aplicación de un sistema resarcitorio especial o producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces– resulta en valores irrisorios o insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible (Fallos: 314:729, considerando 4°; 316:1949, considerando 4°; entre otros).

21) Que en el caso la aplicación del sistema indemnizatorio que aquí se trata conduce a un resultado incompatible con los principios y derechos a los que se ha hecho referencia.

A los efectos de llegar a esta conclusión se debe tener en cuenta el quantum real de la “indemnización” prevista en la norma especial, cuyo pago –en su “forma y condiciones”– dejó sujeto a la reglamentación y la magnitud del daño sufrido por el actor.

En este sentido, es de advertir que el decreto 829/82 sólo contempla daños materiales y, dentro de éstos, de acuerdo con la escala que fija, un aspecto de manifiesto carácter parcial, como lo es –según conocido criterio de esta Corte– el grado de incapacidad. En el esquema de dicha reglamentación, ello determina, a su vez, según el porcentaje de esta última, la “cantidad de haberes mensuales” que constituyen “la indemnización”. Para el caso, según lo dispuesto en la ley, deben ser considerados los correspondientes al grado de cabo o cabo 2°.

Sobre esas bases, según el grado de incapacidad reconocido, al actor le corresponderían, según la ley especial y de acuerdo con el régimen de haberes vigente en la actualidad, \$44.432 de indemnización (16 haberes mensuales de “cabo, cabo segundo”; cada uno de ellos, de \$2777, según el decreto 1305/2012).

Por otro lado corresponde tener en cuenta que, una vez admitido que el accidente que sufriera mientras cumplía con el servicio militar –al realizar “la

limpieza de una máquina sobadora de pan, su mano izquierda quedó atrapada en los rodillos [...] produciéndole su aplastamiento hasta la muñeca”–, provocó al actor una incapacidad del 30%, al elevar los montos fijado en el fallo de primera instancia, el a quo estableció una indemnización total de \$150.000 (\$115.000 por el daño material y \$35.000 por el daño moral).

22) Que de lo expuesto surge que el monto de la “indemnización” al que se arriba al aplicar los parámetros del sistema fijado por el régimen especial no repara integralmente el daño sufrido por el actor, circunstancia que si se da en la sentencia apelada que se sustenta en el derecho común, en el que no sólo se tiene en cuenta el resarcimiento del perjuicio moral que el sistema especial no contempla, sino también otras pautas que exceden de la mera incapacidad, tales como las consideradas por los jueces de la causa: el daño patrimonial comprensivo del lucro cesante, la pérdida de integridad física y el daño estético, teniendo en cuenta a su vez la gravedad de los hechos, la incidencia en los múltiples ámbitos en que el sujeto proyecta su personalidad, la condición económico-social, el sexo, la edad, el estado civil y la expectativa de vida económicamente útil.

23) Que lo expresado refleja con claridad la vulneración de los derechos constitucionales del accidentado considerando la insuficiencia del resarcimiento que se obtiene según el sistema especial examinado en relación con el daño que se propone reparar. Se añade a ello la circunstancia de que no resulta razonable que una norma que tiene por objeto subsanar las consecuencias de la minusvalía provocada para “el trabajo en la vida civil” prevea únicamente como pauta orientadora para la estimación del quantum indemnizatorio el haber que percibe quien sólo se desempeña en las fuerzas armadas.

Frente a lo examinado cabe concluir que los medios elegidos no se adecuan al objetivo reparador de la norma, pues se consagra una solución incompatible con los principios y derechos que la Constitución Nacional ordena respetar, proteger y realizar en el caso concreto.

24) Que el hecho de que el actor, al que se le reconoce el derecho a reclamar y obtener la reparación integral y adecuada de los daños sufridos como consecuencia de un accidente ocurrido en ejercicio de un acto de servicio, hubiese percibido la tarifa única prevista en el art. 76, inc. 3º, ap. c, de la ley 19.101, no implica de por sí la admisión de una doble indemnización respecto del

mismo rubro (pérdida de la capacidad de ganancia o lucro cesante), pues las pautas utilizadas para su determinación difieren sustancialmente y no existen obstáculos para que el monto percibido por dicho concepto sea deducido del que resulte de la aplicación de las disposiciones de derecho común.

Por ello y oída la señora Procuradora Fiscal, el Tribunal resuelve: 1) declarar formalmente admisible el recurso extraordinario, y la inconstitucionalidad en el caso del art. 76, inc. 3º, apartado c, de la ley 19.101 –según texto ley 22.511–; 2) confirmar en lo restante el pronunciamiento apelado. Costas por su orden en atención a la forma en que se resuelve (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. - Ricardo Luis Lorenzetti. - Elena I. Highton de Nolasco. - Carlos S. Fayt (por su voto). - Enrique S. Petracchi (en disidencia). - E. Raúl Zaffaroni. - Juan Carlos Maqueda.

2.3. Guía para la lectura y el análisis del caso “Rodríguez Pereyra”

A partir de la lectura y el análisis del fallo “**Rodríguez Pereyra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios**”, (CSJN, 27/11/2012), y de la bibliografía complementaria que estime corresponder, resuelva las siguientes consignas:

- a) Relate, con sus palabras, los hechos más relevantes del caso, en no más de 10 (diez) renglones.
- b) ¿Qué tipo de acción judicial entabló el Sr. Rodríguez Pereyra? ¿Cuál era su pretensión?
- c) ¿Qué decidieron, respectivamente, el juez de primera instancia y la Cámara Nacional de Apelaciones? ¿Qué normas utilizaron para resolver el caso: (i) normas de derecho común (art. 1113 del Código Civil) o (ii) la Ley N° 19101?
- d) Distinga brevemente cuál era la consecuencia jurídica, en este caso concreto, de aplicar las normas de derecho común o la Ley N° 19101.
- e) ¿Qué resolvió finalmente la CSJN? ¿Cuál fue el razonamiento jurídico principal de los jueces para decidir como lo hicieron? ¿Qué alcance le dio la CSJN al principio *alterum non laedere*? (Vea especialmente el considerando 20º).

- e) ¿Era necesario, para resolver este caso, declarar la inconstitucionalidad de la Ley N° 19101? Fundamente su respuesta.
- f) En el considerando 10°, la CSJN expresa que “el requisito de que ese control [el control de constitucionalidad] fuera efectuado a petición de parte resulta un aditamento pretoriano que estableció formalmente este Tribunal en 1941 en el caso Ganadera Los Lagos”. ¿Qué significa? ¿Por qué hace esta mención la Corte Suprema en el presente caso? ¿Cuál es el mensaje que intenta dar?
- g) La CSJN afirma en este caso la posibilidad del control de oficio de constitucionalidad. Indique al menos tres (3) argumentos utilizados por la Corte para justificar esta doctrina.
- h) En el considerando 12°, la CSJN concluye que “los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado”. ¿Por qué? ¿Qué argumentos utiliza la CSJN para arribar a esta conclusión? ¿Cuáles serían las posibles consecuencias jurídicas de que los jueces NO realizaran dicho “control de convencionalidad de oficio”?
- i) En este caso, la Corte Suprema parece querer enviar ciertos *metamensajes*:
- j) Acerca de las atribuciones-deberes del Poder Judicial frente a la inconstitucionalidad.
- k) Acerca de la profesionalidad de los abogados.
- l) Acerca de la posibilidad de regular/limitar la responsabilidad del Estado (tenga en cuenta el Proyecto de Código Civil y Comercial elevado recientemente por el PEN al Congreso Nacional, y su tratamiento de la cuestión de la responsabilidad del Estado).
- m) En su opinión, ¿qué mensajes ha querido transmitir en este caso la Corte Suprema sobre los puntos mencionados en los apartados a), b) y c)?

Capítulo 3

La competencia originaria de la Corte Suprema

Federico G. Thea
Ariana Garrido

I. INTRODUCCIÓN

1. Competencias de la Corte Suprema. Introducción

En los capítulos anteriores, estudiamos que el artículo 116 de la Constitución Nacional (CN) establece que la Corte Suprema y los tribunales inferiores de la Nación conocen y deciden en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución Nacional o por las leyes dictadas por el Congreso de la Nación, enunciando de este modo el alcance de su *competencia*.

Artículo 116 de la Constitución Nacional:

“Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.”

A continuación, el artículo 117 de la Constitución Nacional detalla que *esa* competencia debe ser ejercida por la Corte Suprema (*i*) en grado de apelación, según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; y, (*ii*) en forma originaria y exclusiva, en los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros; y en los casos enumerados en el artículo 116 que tienen a una provincia como parte.

Artículo 117 de la Constitución Nacional

“En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente”.

Por el modo en que están redactados los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, sobre todo el último, entendemos que se deben interpretar ambas normas en forma unificada, dado que la primera de las disposiciones mencionadas consagra la totalidad de la competencia federal, mientras que la segunda especifica dentro de aquella la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De hecho, tal como señala Gelli,¹ son *ambos* artículos de la Constitución Nacional (el 116 y el 117, transcritos precedentemente) los que establecen las atribuciones del Poder Judicial Federal y, por lo tanto, deben ser leídos conjuntamente para entender en forma correcta la competencia federal, en general, y la competencia *originaria* y *apelada* de la Corte Suprema, en particular.

Asimismo, de la interpretación armónica de los artículos 116 y 31 de la Constitución Nacional se ha derivado la competencia *por apelación extraordinaria* de la Corte Suprema para ejercer el control de constitucionalidad.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene:

- i)* Competencia originaria y exclusiva (arts. 117 CN)
- ii)* Competencia por apelación, que puede ser:
 - Competencia por apelación ordinaria (art. 116 CN), según la regla-

1. Gelli, M. A. (2009), *op. cit.* p. 528.

mentación que al efecto dicte el Congreso de la Nación (art. 117 CN); o,

- *Competencia por apelación extraordinaria* (arts. 116 y 117 CN y arts. 14 a 16 de la Ley N° 48).

2. La Competencia Judicial Federal. Características y materias

Para entender la competencia federal originaria de la Corte Suprema es necesario entender primero la competencia federal en general. Y para evitar confusiones, tener presente que la llamada Justicia Nacional de la Capital Federal (es decir, los tribunales ordinarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) no pertenecen a la Justicia Federal y que su denominación se debe a una situación institucional previa a la Reforma Constitucional de 1994, que le confirió autonomía a la Ciudad de Buenos Aires.

CSJN (2015). “Corrales”. *Fallos 338:1517*

“[E]n atención a que la Constitución federal le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y su continuidad se encuentra supeditada a que tengan lugar los convenios de transferencia de competencias antes aludidos.

En efecto, si bien el carácter nacional de los tribunales de la Capital Federal pudo tener sustento en el particular status que esta tenía con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que, producida esta modificación fundamental, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta forma, al igual que lo que ocurre en las jurisdicciones provinciales, estos asuntos deben ser resueltos por la justicia local”.

Volviendo al tema central que nos ocupa en este apartado: no basta con leer el artículo 117 CN para entender la competencia originaria de la CSJN, sino que hay que hacerlo conjuntamente con el artículo 116 de la Carta Magna.

La competencia judicial federal comprende:

- a) *Las causas en las que se discutan cuestiones que estén reguladas por la Constitución Nacional.* De esta competencia se ha derivado, naturalmente, el llamado “control de constitucionalidad”.
- b) *Las causas regidas por las leyes dictadas por el Congreso de la Nación, con excepción de la reserva hecha en el artículo 75, inciso 12 CN.* Es decir, con excepción de los Códigos sustantivos, de materia y de fondo: Códigos Civil y Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y la Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados; y las leyes que se refieran a esas materias, que los hayan ampliado o modificado). Esto es así porque el artículo 75, inc. 12 CN (llamado “Cláusula de los Códigos”) le atribuye al Congreso de la Nación el dictado de normas sobre las materias mencionadas (es una atribución delegada), pero reserva su aplicación judicial a las jurisdicciones locales.
- c) *Las causas que versan sobre tratados internacionales.* La competencia federal se extiende desde las cuestiones que suscitan la aplicación de los tratados bilaterales o multilaterales con Estados extranjeros, hasta los celebrados con organismos internacionales. Pero, si los tratados forman parte de la normativa común, en razón de la materia, le corresponderá intervenir a la justicia local respectiva.
- d) *Las causas en las que estén involucrados embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros.*
- e) *Las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima (o aérea).*

Esto abarca a todos los hechos, actos y contratos referidos a la navegación y al comercio marítimo que se realicen con buques destinados a puertos extranjeros desde puertos del país y entre puertos de las provincias por ríos interiores. La competencia marítima es muy amplia, y las excepciones deben establecerse por ley.² La competencia judicial federal se ha extendido, también, a las causas regidas por el derecho aeronáutico, pues las mismas razones que la abonan en el caso de la marítima (regulación por el Congreso Nacional del comercio exterior

2. Conf. Zarini, H. J. (2008). *Constitución Argentina. Comentada y concordada*. Buenos Aires: Astrea, p. 434.

o interprovincial y navegación por mares y ríos interiores) la justifican en los casos de comercio internacional o interestatal por aeronavegación.

f) *Las causas en las que la Nación sea parte:*

Tal como sucede con varias disposiciones de la Constitución Nacional (entre ellas el art. 1°) la Ley Suprema emplea el término “Nación” en reemplazo de “Estado Federal”. Así pues, la expresión debe entenderse en el sentido *cuando el Estado Federal sea parte*. Incluye los órganos de todos los poderes del Estado; los organismos descentralizados y entidades autárquicas.

g) *Las causas de distinta vecindad y extranjería.*

Le corresponde intervenir a la justicia federal en todos los conflictos o juicios en los que las partes litigantes sean:

- (i) dos o más provincias;
- (ii) una provincia contra los vecinos de otra provincia;
- (iii) vecinos de diferentes provincias;
- (iv) una provincia contra un Estado extranjero;
- (v) una provincia contra un habitante extranjero;
- (vi) un vecino de una provincia contra un Estado extranjero;
- (vii) un vecino de una provincia contra un habitante extranjero.

Ahora bien, de todos estos casos, algunos son de *competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema* (arts. 117 CN) y otros pueden llegar a instancias del Máximo Tribunal solo por vía de apelación, ya sea en razón de la *competencia por apelación ordinaria o extraordinaria*.

Estudiaremos a continuación la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema, reservando el análisis de la competencia apelada para el Capítulo 4.

3. Características de la Competencia Originaria de la CSJN

El principio general en materia de competencia de la Corte es que el Alto Tribunal intervenga como consecuencia de un recurso de apelación. La excepción, contenida en la segunda parte del artículo 117, impone la interven-

ción originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia. De manera que, en caso de duda, la solución consistirá en *negar* la competencia originaria del Alto Tribunal.³

El artículo 117 de la Constitución Nacional establece, en su parte final, que son de competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, así como también todos aquellos casos en que alguna provincia fuese parte. De todos modos, como ya dijimos, es importante leer el artículo 117 en conjunto con el artículo 116. De tener a la vista únicamente el artículo 117 parecería que todos los casos en los cuales una provincia fuera parte deben ser de competencia originaria y exclusiva de la Corte. Sin embargo, esto no es así: si un vecino de la Provincia de Buenos Aires, por ejemplo, demanda al Estado provincial por un reintegro del impuesto de ingresos brutos, el juicio no tramita en la Corte Suprema de Justicia de la Nación de modo originario, sino que se sustancia en el fuero contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires. ¿Por qué? Porque la competencia originaria que se contempla en el artículo 117 CN cuando una provincia es parte del litigio, refiere únicamente a los supuestos enumerados en el artículo 116 CN: causas entre dos provincias, entre una provincia y un vecino de otra, entre una provincia y un Estado o ciudadano extranjero. En función del principio antes señalado, la interpretación de estos supuestos de competencia originaria es generalmente restrictiva.

Como explica Badeni, “los temas de competencia originaria y exclusiva impiden que cualquier otro tribunal judicial pueda intervenir en ellas. Por ley del Congreso no es posible aumentar ni reducir esas cuestiones, y las sentencias que emita la Corte Suprema no son susceptibles de revisión por otro tribunal. Contra ellas, solamente cabe interponer el recurso de reposición o revocatoria, por ante el mismo Tribunal”.⁴

3. Badeni, G. (2008) *Tratado de Derecho Constitucional: tomo 2*. Buenos Aires: La Ley, p. 1762.

4. *Ibíd.*

4. Regulación de la Competencia Originaria de la CSJN

La competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema está taxativamente establecida en el artículo 117 CN. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿puede de algún modo reglamentarla el Congreso? En caso afirmativo, ¿con qué alcances?

En el año 1887, la Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en el caso “Sojo”,⁵ y señaló que:

CSJN (1887). “Sojo”. Fallos 32:120

“La jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte, no está sujeta a las excepciones que pueda establecer el Congreso, limitada como lo está, no puede ser ampliada ni restringida; la que está sujeta a reglamentación es la jurisdicción apelada, que puede ser ampliada y restringida por la ley, según la organización y reglamentación de los tribunales inferiores, tanto respecto de las cuestiones de hecho como de derecho”.

A pesar de que el precedente “Sojo” –que se convirtió en doctrina establecida y reiterada de la Corte Suprema– parece indicar que la respuesta a la pregunta formulada es negativa, resulta innegable que alguna reglamentación normativa es necesaria, al menos para definir el sentido de algunas expresiones de la competencia jurisdiccional que la Constitución le ha conferido a la Corte Suprema de modo originario y exclusivo.⁶

Ahora bien, teniendo en cuenta la doctrina de nuestro Máximo Tribunal en el caso “Sojo”, podríamos afirmar que, si bien es posible –y necesario– reglamentar la competencia originaria de la Corte Suprema, dicha reglamenta-

5. En el caso se trataba de una acción de *habeas corpus* iniciada ante la Corte Suprema a raíz de la prisión de un periodista, ordenada por la Cámara de Diputados de la Nación por todo el tiempo que durasen sus sesiones. El Tribunal declaró su incompetencia sosteniendo que “no es dado a persona o poder alguno aplicar o extender los casos en que la Corte Suprema ejerce *jurisdicción exclusiva y originaria* por mandato imperativo de la Constitución”. CSJN (1887). “Sojo”. Fallos 32:120.

6. Gelli, M. A. (2009), *op. cit.* p. 566.

ción no podría en ningún caso significar una ampliación ni una restricción de la competencia originaria y exclusiva prevista en el art. 117 CN. Ya veremos si en la práctica legislativa se respeta esta *doctrina* de la Corte Suprema o no. En la actualidad, la competencia originaria de la CSJN se encuentra reglamentada por el artículo 24 del Decreto-Ley N° 1285/58, que analizaremos a continuación.

5. Los casos de competencia originaria y exclusiva de la CSJN

Las cuestiones de competencia originaria de la Corte Suprema están determinadas por razón de las personas y no de la materia objeto del proceso, la que, eventualmente, puede ser de competencia de los jueces federales inferiores. No interesa si se trata de una cuestión regida por la legislación civil, comercial, penal, laboral o de otra índole. Lo fundamental es que la acción judicial sea promovida por o contra alguna de las personas que enuncia el artículo 117 de la Constitución Nacional.⁷

Como vimos en el punto anterior, el artículo 117 de la Constitución Nacional dispone dos tipos de competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema:

- (i) la de las causas que conciernen a embajadores, ministros y cónsules extranjeros; y,
- (ii) la de las causas enumeradas en el artículo 116 CN. en que es parte una provincia.

Ambos supuestos han sido, a su vez, reglamentados por el artículo 24 del Decreto-Ley N° 1285/58.

5.1. Asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros

En primer lugar, cabe recordar que los embajadores, ministros y cónsules extranjeros gozan de inmunidad de jurisdicción en la República Argentina,

7. Badeni, G. (2008), *op. cit.* p. 1762.

en razón de representar a Estados extranjeros (en condiciones de reciprocidad) pero pueden aceptar expresa o implícitamente la jurisdicción de la República Argentina, en cuyo caso, la cuestión es de competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema.

El artículo 24 del Decreto-Ley N° 1285/58 reglamentó el alcance esta competencia, estableciendo que:

Artículo 24 del Decreto-Ley N° 1285/58 in fine:

“Son causas concernientes a embajadores o ministros plenipotenciarios extranjeros, las que les afecten directamente por debatirse en ellas derechos que les asisten o porque comprometen su responsabilidad, así como las que en la misma forma afecten a las personas de su familia, o al personal de la embajada o legación que tenga carácter diplomático.

Son causas concernientes a los cónsules extranjeros las seguidas por hechos o actos cumplidos en el ejercicio de sus funciones propias, siempre que en ellas se cuestione su responsabilidad civil y criminal”.

Luego de leer el párrafo transcrito, y retomando el análisis de la doctrina del caso “Sojo”, cabría preguntarse si el artículo 24 del Decreto-Ley N° 1285/58, al prever que *también* son causas concernientes a embajadores o ministros plenipotenciarios extranjeros “las que en la misma forma afecten a las personas de su familia, o al personal de la embajada o legación que tenga carácter diplomático” respeta o no el criterio de la Corte de que su competencia originaria no puede ser ampliada.

En cuanto a los recaudos que deben tenerse para la procedencia de esta competencia, el art. 24 del citado decreto-ley prevé que:

Artículo 24 del Decreto-Ley N° 1285/58 in fine

“No se dará curso a las acciones contra [embajadores o ministros plenipotenciarios extranjeros], sin requerirse previamente, del respectivo embajador o ministro plenipotenciario, la conformidad de su gobierno para someterlas a juicio”.

5.2. Asuntos en los que alguna provincia fuese parte

El art. 117 de la Constitución Nacional también establece la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia en aquellos casos en que es parte alguna provincia, ya sea en forma directa (como actora o demandada) o de manera indirecta (como cuando se dispone su intervención obligada en el proceso como tercero a requerimiento de alguna de las partes).⁸

De acuerdo a la reglamentación del artículo 24 del Decreto-Ley N° 1285/58, la Corte Suprema de Justicia conocerá en forma originaria y exclusiva:

- (i) en todos los asuntos que versen entre dos o más provincias;
- (ii) en los asuntos *civiles* entre una provincia y algún vecino o vecinos de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros;
- (iii) en asuntos que versen entre una provincia y un Estado extranjero.

Artículo 24 del Decreto-Ley N° 1285/58 *in fine*

“La Corte Suprema de Justicia conocerá: 1°) Originaria y exclusivamente, en todos los asuntos que versen entre dos (2) o más provincias y los civiles entre una (1) provincia y algún vecino o vecinos de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros; de aquellos que versen entre una (1) provincia y un (1) Estado extranjero [...]

A los efectos pertinentes de la primera parte de este inciso, se considerarán vecinos:

- a) Las personas físicas domiciliadas en el país desde dos (2) o más años antes de la iniciación de la demanda, cualquiera sea su nacionalidad;
- b) Las personas jurídicas de derecho público del país;
- c) Las demás personas jurídicas constituidas y domiciliadas en el país;
- d) Las sociedades y asociaciones sin personería jurídica, cuando la totalidad de sus miembros se halle en la situación prevista en el apartado a)”.

Según Bianchi,⁹ la reglamentación de este supuesto contenida en el Decre-

8. Badeni, G. (2008), *op. cit.*, p. 1763.

9. Bianchi, A. A. (1989). *Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

to-Ley N° 1285/58 es mucho más intensa que en el supuesto anterior (el de asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros), al punto de que la *materia* del caso (si es causa civil o de derecho público local), sumada a la *distinta vecindad* resultan determinantes. De acuerdo a este autor, de la combinación entre *materia* y *distinta vecindad* surgen cuatro reglas básicas:

- (i) si la materia es de derecho local, o tiene elementos locales, la causa no accede a la competencia originaria, aun cuando entre las partes haya distinta vecindad;
- (ii) si la materia es exclusivamente civil, se requiere que entre la provincia y su contraparte haya distinta vecindad;
- (iii) si la materia es exclusivamente federal, se accede a la competencia originaria sin perjuicio de la vecindad de las partes;
- (iv) si la contraparte de la provincia accede de por sí a la jurisdicción federal, el caso corresponde a la competencia originaria, sin perjuicio de la materia.

En relación a este supuesto, resulta de suma importancia analizar dos conceptos que, según el alcance y la interpretación que se les dé, pueden modificar sustancialmente el alcance de la competencia originaria de la Corte. Se trata del concepto de “causa civil” y de “provincia”, a los fines de la determinación de la competencia originaria de la Corte Suprema. Veamos:

5.2.1. El concepto de causa civil para la determinación de la competencia originaria de la Corte Suprema

Ahora bien, mientras la interpretación de qué se entiende por *distinta vecindad* no ha traído mayores controversias en la jurisprudencia de la Corte,¹⁰ el concepto de *causa civil* sí ha sido objeto de múltiples y variadas interpretaciones.

10. El artículo 24 del Decreto-Ley N° 1285/58 es bastante claro, en el sentido de que “se considerarán vecinos: (a) Las personas físicas domiciliadas en el país desde dos (2) o más años antes de la iniciación de la demanda, cualquiera sea su nacionalidad; (b) Las personas jurídicas de derecho público del país; (c) Las demás personas jurídicas constituidas y domiciliadas en el país; (d) Las sociedades y asociaciones sin personería jurídica, cuando la totalidad de sus miembros se halle en la situación prevista en el apartado a)”.

Básicamente, el concepto de *causa civil* atiende a la relación jurídica o naturaleza del litigio, entendiéndose que se presenta dicho extremo cuando una provincia sea parte en el pleito y la materia discutida pertenezca al derecho privado o común, dictado por el Congreso de la Nación en los términos del art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte no ha sido uniforme en la aplicación de este concepto, por lo que ciertos casos que en algún momento fueron considerados *causa civil* a los efectos de acceder a la competencia originaria de la Corte, en otro momento fueron rechazados del conocimiento originario y exclusivo del Máximo Tribunal.

En los últimos años, los cambios de doctrina de la CSJN en relación a su competencia originaria han seguido un criterio hermenéutico más riguroso y estricto, motivados principalmente en razones institucionales de preservación de sus limitados recursos humanos y materiales.

En cuanto al alcance actual del concepto de *causa civil*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se apartó de su doctrina tradicional (que había sido consolidada, entre otros, en el caso “De Gandía”, de 1992),¹¹ en el año 2006, en el caso “Barreto”.¹²

11. CSJN (1992). “De Gandía”. *Fallos* 315:2309.

12. CSJN (2006). “Barreto”. *Fallos* 329:759.

CSJN (2006). “Barreto”. *Fallos* 329:759

“[se] impone entender por ‘causa civil’ –a los efectos de determinar la competencia originaria de este Tribunal por razón de la distinta vecindad o de extranjería– a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata, como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, en la determinación y valuación del daño resarcible.

De igual modo al que esta Corte declina su competencia originaria para conocer de aquellos asuntos, cuando es parte una provincia, en que pese a estar en tela de juicio de modo predominante una cuestión federal la decisión del caso también impone el tratamiento de puntos del derecho público local, tampoco tomará intervención en esta sede cuando el examen de un caso que se califica como de responsabilidad civil de un Estado provincial se atribuya a la falta de servicio o remita al examen de materias no regladas por disposiciones dictadas por el Congreso de la Nación sino por las autoridades locales de gobierno, en ejercicio de una atribución no delegada a la Nación.

Este concepto excluye, por lo tanto, todos aquellos casos en que, como el sub examine, quiera hacerse responsable patrimonialmente a una provincia por los daños y perjuicios que crean sufrir los ciudadanos de otro Estado local, o un extranjero, por la actuación o por la omisión de los órganos estatales en el ejercicio de sus funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales”.

La Corte se apoyó en dos argumentos primordiales para llegar a esta interpretación, basados en el federalismo y la defensa de las autonomías provinciales, y en una renovada lectura de la realidad que rodea su actividad jurisdiccional y su rol como Tribunal Supremo de la Nación. Dijo la Corte:

CSJN (2006). “Barreto”. *Fallos* 329:759

“[L]os miembros del Tribunal que suscriben esta decisión consideran que debe abandonarse la generalizada calificación del concepto de ‘causa civil’ [...]

[A]dquiere un valor decisivo la evidencia empírica que demuestra que el criterio empleado a partir de 1992 para discernir la presencia de una ‘causa civil’ ha tenido, como consecuencia de su amplia formulación semántica, una significativa expansión en el ámbito de la competencia originaria del Tribunal de procesos de esta naturaleza, caracterizados por una gran diversidad de temas fácticos y jurídicos concernientes a la responsabilidad patrimonial de los estados de provincia por la llamada falta de servicio, o regulados por el derecho común y el derecho público local, con la consecuente afectación de los siempre limitados recursos humanos y materiales existentes que en gran medida están siendo destinados al conocimiento y decisión de asuntos que, por su naturaleza y más allá de su fuente, son ajenos a la trascendente e insustituible atribución institucional de este Tribunal como intérprete final de la Constitucional Nacional y custodio último de las garantías superiores reconocidas en dicha Ley Suprema”.

5.2.2. El concepto de *provincia* para la determinación de la competencia originaria de la Corte Suprema y la particular situación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Finalmente, analizaremos también un problema interpretativo sobre el alcance de la competencia originaria de la Corte, que ha surgido como consecuencia del *status* de “ciudad autónoma” conferido a la Ciudad de Buenos Aires en la Reforma Constitucional del año 1994.

El nuevo art. 129 CN al preceptuar que “la ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad [...]”, trae consigo numerosos interrogantes e incertidumbres, producto de la novedosa e inédita posición que aquélla ha adquirido, sin

antecedentes ni parangones similares en el diseño constitucional del país.¹³

Los principales interrogantes que surgen al respecto son: ¿la Ciudad Autónoma de Buenos Aires está equiparada a una administración autonómica provincial y aforada a la jurisdicción originaria de la CSJN? ¿Corresponde conferirle *status* de persona jurídica de derecho público y, por tal propiedad, tratársela conforme al régimen de competencia instaurado por los arts. 116 y 117 de la Constitución?

Esta cuestión fue resuelta por la Corte Suprema ya en el año 1999, en el caso “Cincunegui, Juan Bautista c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad” (*Fallos* 322:2856). Sin embargo, la cuestión se siguió planteando ante el Máximo Tribunal y fue tratada con mayor profundidad de argumentos en el caso “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Provincia de Tierra del Fuego”.¹⁴ Aunque la mayoría de la Corte decidió en este caso mantener su jurisprudencia y fue contraria a aceptar la competencia originaria respecto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el fuerte contrapunto de interesantes argumentos entre la posición de la mayoría y los votos disidentes, amerita –en nuestra opinión– seguir considerando y discutiendo las diferentes hipótesis planteadas en relación al *status* de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la competencia originaria de la CSJN.

La mayoría mantiene una interpretación restrictiva de los alcances de su competencia originaria –en línea con la doctrina del fallo “Sojo”– y hace hincapié en el concepto de “provincia”. Dice la mayoría:

13. Palacio de Caeiro, S. B. (2008). La competencia originaria y la situación de la Ciudad de Buenos Aires. *La Ley* B, 343.

14. CSJN (2007). “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Provincia de Tierra del Fuego”. *Fallos* 330:5279.

CSJN (2007). “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Provincia de Tierra del Fuego”. *Fallos* 330:5279 –Voto de la mayoría de la Corte

“[La CABA] no es una provincia argentina y..., por ende, no le corresponden las prerrogativas que la Ley Suprema reconoce únicamente a dichos estados locales de litigar. [...]

En un similar orden de ideas... esta Corte... no sólo reiteró la conocida formulación acerca de la diversidad de status jurídico entre ambos entes estatales, sino que sostuvo su decisión destacando, por un lado, la preexistencia de las provincias a la Nación, la jerarquía de ellas y la conservación de todos los poderes que no han delegado al gobierno federal (arts. 121 y concordantes de la Constitución Nacional), y puntualizando, además, el particular sistema de autonomía decidido por los constituyentes para la ciudad de Buenos Aires, en los términos y con los alcances que se desprenden del art. 129 y de la cláusula transitoria séptima de la Ley Fundamental”.

Ahora bien, más allá de la definición del término “provincia” a los fines de la competencia originaria, no está de más indagar sobre las consecuencias prácticas de esa determinación y, en consecuencia, preguntarse si tiene más sentido tratar una causa en la que es parte una provincia y contraparte la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de manera análoga a los pleitos entre provincias, o a los pleitos en que es parte una provincia y un vecino de otra.

Teniendo en cuenta esta pregunta, los jueces Argibay y Zaffaroni votaron en disidencia en este caso, señalando que:

CSJN (2007). “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Provincia de Tierra del Fuego”. Fallos 330:5279 –Voto en disidencia de los jueces Argibay y Zaffaroni

“[A]mbos estados [la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Provincia de Tierra del Fuego] tienen facultades propias de legislación y jurisdicción, para crear y aplicar su derecho público local, aunque la primera no pueda ser clasificada propiamente como una “provincia” (artículo 129 de la Constitución Nacional). Un intento de superar esta indeterminación consiste en asignar el caso a los tribunales de la parte (en este caso demandada) que es, en sentido propio, una provincia. Esto implica asumir que, si bien las provincias no pueden ser llevadas a los tribunales de otra, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires sí debe someterse a los jueces de las provincias con las que deba litigar.

Pero, semejante afirmación, pese a su contundencia, carece de suficiente respaldo en las normas de la Constitución Nacional; no hay ninguna de sus cláusulas que introduzca, explícita o implícitamente, este tipo de limitación a la autonomía institucional de la Ciudad. Por otro lado, interpretar que la ausencia de previsión constitucional específica obliga a ese Estado a resignar sus facultades propias de jurisdicción en favor de los tribunales de cualquier otra provincia con la que mantenga un litigio judicial, anula uno de los aspectos centrales de la autonomía política que tienen todos los estados que forman parte de la federación, a saber: la de no estar obligado a someterse al poder de otros estados miembros”.

Tal como observamos, analizando la opinión transcripta de la disidencia, la solución de la mayoría de la Corte que le niega la competencia originaria a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires significa que cuando la Ciudad sea parte en un litigio contra una provincia, en lugar de presentar su defensa ante un tribunal absolutamente “imparcial” (en el sentido más literal del término, es decir, que no pertenezca a ninguna de las partes, como podría serlo la Corte Suprema de Justicia de la Nación) lo deberá hacer ante los tribunales judiciales pertenecientes a la misma provincia que es su contraparte en el litigio; la que deberá resolver con imparcialidad e independencia el litigio.

II. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y GUÍAS PARA SU ANÁLISIS

1. Caso “Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación” (1887). CSJN, *Fallos* 32:120

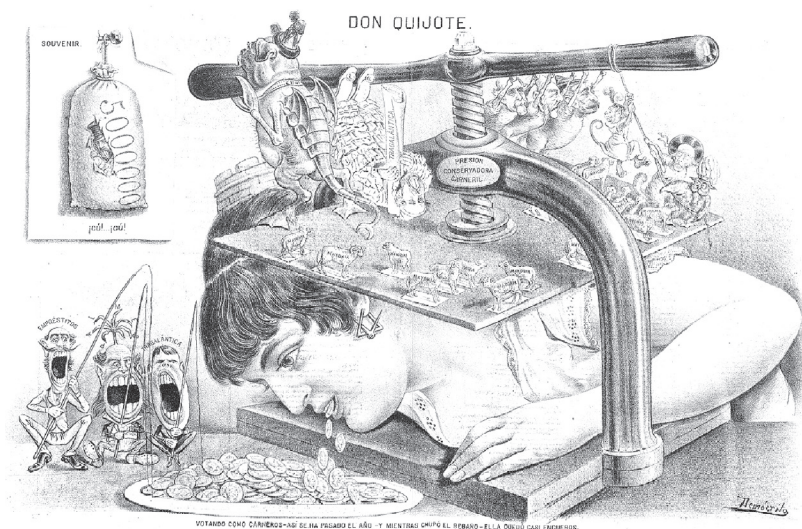
1.1. Introducción al caso “Sojo”¹⁵

Eduardo Sojo era el director y editor propietario de *Don Quijote*, un semanario, principalmente de humor político, en cuya tapa alertaba “Este periódico se compra pero no se vende”. Lo que caracterizará a *Don Quijote* será la sátira y la ácida crítica con la que provocará a los políticos de la época (Julio A. Roca, Bartolomé Mitre, Miguel Juárez Celman, Carlos Pellegrini, entre otros). De este modo, a través de sus páginas, denunciará abiertamente la corrupción, el fraude electoral, el clientelismo político y la dilapidación del erario público, entre otros excesos de poder.

El fallo “Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación” que estudiaremos a continuación, se origina por una caricatura realizada por el propio Sojo, en la edición de *Don Quijote* del 4 de septiembre de 1887.

La caricatura hacía referencia al Proyecto de Ley sobre el Arrendamiento de las Obras de Salubridad de la Capital Federal, que se debatía en el Congreso de la Nación en ese momento. A fines de mayo de 1887, el Poder Ejecutivo (presidido por Miguel Juárez Celman) había enviado al Congreso un proyecto de ley que consistía en una contratación directa ad referendum con la empresa Canevalli & Cía., para la finalización, arrendamiento y explotación de las obras sanitarias de la Capital. El resultado final importaba proveer a la ciudad de tres servicios: aguas corrientes, cloacas y desagües.

15. Esta introducción al caso Sojo está basada en el artículo de G. Taboada. (2012). Un leading case injusto: El caso Sojo, *La Ley* E, 1161, que hace un excelente y pormenorizado relato de los hechos. Recomendamos la lectura del texto completo del artículo.



El Estado ya había realizado tres cuartas partes de las obras destinando veintiún millones de Pesos Moneda Nacional y en dieciséis años no había podido terminarlas. Faltando seis millones y medio de Pesos Moneda Nacional para finalizarlas, las entregaba a Canevalli & Cía. para que las terminara en el plazo de tres años, por el precio de veintiún millones de Pesos Moneda Nacional (recuperando, de este modo, lo invertido). A cambio, se estipulaba a favor de la empresa, el arrendamiento y la explotación de las obras terminadas por el término de cuarenta y cinco años, debiendo los beneficiarios de los tres servicios pagarle una tarifa mensual de Seis Pesos y Cincuenta Centavos Oro.

La obra estaba prácticamente terminada [...] por lo tanto al darla en explotación al capital privado, creó un clima de sospechas sobre cuáles eran las verdaderas razones que impulsaron la decisión.

Luego de la aprobación en general del proyecto en la Cámara de Diputados, Eduardo Sojo realiza la caricatura que lo llevaría a estar preso. Ello debido a que dibujaba como carneros, a todos los diputados que habían votado a favor del proyecto, junto a la ridiculización del Presidente Juárez Celman, el Vicepresidente Pellegrini y el Ministro del Interior Eduardo Wilde (encargado de defender el proyecto en el recinto del Congreso como representante del gobier-

no). A todos ellos, los ubicaba sobre una prensa, que llevaba el nombre “Paz y Liquidación” (recordemos que el lema del gobierno era Paz y Administración, el mismo lema que utilizara Roca en su primer mandato). A través de la prensa, todos ellos presionaban a una mujer que representaba la República, la cual iba expulsando monedas a un plato, en el que pescaban Canevalli & Cía.

Al día siguiente de la publicación, el 5 de septiembre de 1887, el Diputado por Buenos Aires Lucio V. Mansilla, defensor del proyecto de las Obras de Salubridad, lleva la caricatura al recinto de la Cámara de Diputados y propone un proyecto de resolución que, con algunas modificaciones, es aprobado por mayoría en la siguiente forma: “La cámara resuelve que el presidente ordene la prision del individuo Sojo, por violacion a sus inmunidades en el periodico *Don Quijote* del 4 del corriente mes; por el término que duren sus sesiones”.

Ante lo sucedido, Sojo solicita su inmediata libertad, interponiendo un recurso de habeas corpus directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Su abogado era el Dr. Mariano Varela, el mismo letrado que había patrocinado al Sr. Eliseo Acevedo en un caso similar al de Sojo, que había sido resuelto en forma favorable. Sin embargo, el Máximo Tribunal entendió en el caso Sojo que carecía de competencia para entender en el recurso interpuesto por el caricaturista por cuanto este no era embajador, ministro ni cónsul, únicos casos en los que el art. 101 CN (actual art. 117 CN) autorizaba a la Corte a ejercer competencia exclusiva y originaria.

En la siguiente edición de su periódico, bajo el título “LO ESPERABA”, Sojo se quejaría diciendo: “Ya habréis visto el fallo que la Corte Suprema ha dado al recurso de habeas corpus. Mi caso es diferente al de todos los demas. ¡Como ha de ser! Pero no me toma de sorpresa, yo ya me lo presumia, no obstante la pertinacia é ensistencia de mis amigos, que me decian; —‘No dude Vd. del fallo favorable a su libertad; seria una negacion del derecho, seria borrar la lógica de los procedimientos, seria entronizar la arbitrariedad, seria esto, y lo otro y lo de más allá. (...) Yo los oía con placer, por que creia en su amistad, pero no me hacia ilusiones porque creo en el gobierno” [sic].

El diario *La Prensa* reprobaría el fallo de la Corte, al decir que “es deplorable que este alto Tribunal de la Nación desautorice sus fallos, contradiciéndose consigo mismo en casos iguales” [sic]. *La Nación*, por su parte, diría

que “Cuando por espacio de veinte años la corte suprema ha reconocido y ratificado su competencia originaria en los recursos de habeas corpus, con toda razón debe suponerse que había considerado y resuelto la duda que hoy se ha suscitado” [sic].

Finalmente, las obras no pasaron a manos de la compañía Canevalli, sino que fue un sindicato inglés, presidido por la casa Baring Brothers, el que se hizo cargo de las mismas, debiendo pagar tres cuotas de siete millones de pesos oro cada una. Sin embargo, solo pagó dos cuotas y presentó quiebra antes de vencerse el tercer pago.

1.2. Resumen del Dictamen del Procurador General

La jurisdiccion establecida por V. E. en los casos de “habeas corpus” ocurridos en el asiento de sus deliberaciones, es de todo punto uniforme. Los que han deducido este recurso en la capital, todos han ocurrido directamente á V. E. prescindiendo de los jueces de seccion.

En todos estos casos, V. E. ha hecho lugar ó ha denegado la libertad que se solicitaba.

Lo recordaré sucintamente: en 1870, D. Juan V. Montaña, preso á disposicion del gobierno nacional, solicitó directamente su excarcelacion que le fué negada; en 1871, el coronel D. Patricio Rodriguez, preso por el gobierno nacional, dedujo igual recurso directo, y fué puesto en libertad, en 1877, D. L. de la Torre, dedujo el mismo recurso, y V. E. no hizo lugar, por no estar preso; el mismo D. L. de la Torre, ocurrió, en 1877 directamente, y V. E. no hizo lugar á la excarcelacion, por no estar comprendida la violacion del secreto en la ley de setiembre.

Vienen enseguida los casos recientes de Acevedo y el presente.

Surje ahora la duda acerca de si todos hemos estado equivocados: acerca del derecho con que V. E. ha conocido originariamente de estos recursos.

El Congreso, se dice, no ha podido ampliar los casos de jurisdiccion originaria, y por consiguiente el artículo 20 de la ley de Setiembre que atribuye á V. E. tal jurisdiccion originaria en los recursos de “habeas corpus”, es repugnante á la Constitucion, y de ningun valor.

Al expedirme en los casos de esta naturaleza en que he sido llamado á

intervenir, mi opinion está consignada implícitamente, y de perfecta conformidad con la de mis antecesores, y de todos los miembros de esta Corte, con una sola excepcion reciente. En ella me ratifico decididamente.

Ocurre ante todo preguntar: al conocer la Corte de estos recursos, deducidos directamente ¿ejerce jurisdiccion originaria, ó conoce por apelacion?

El que ocurre á V. E. por haber sido preso por una autoridad que juzga destituida de poder para prenderlo, viene en queja en apelacion, ante esta Corte de una resolucion que reputa injusta.

No es, pues, exacto que V. E. ejerza jurisdiccion originaria en estos casos [...]

Basta esto solo para justificar el procedimiento seguido hasta ahora por V. E. [...]

Si alguna duda quedara aún, diré, señor, con el gran juez Marshall, en el caso de Bunford, antes citado: “Hay alguna oscuridad en la ley del Congreso, y algunas dudas se han suscitado en la Corte con respecto á la interpretacion de la Constitucion. La Corte, sin embargo, en favor de la libertad, hace lugar al recurso”. Eduardo Costa.

1.3. Resumen del Fallo de la Corte Suprema

Buenos Aires, setiembre 22 de 1887.

Visto en el acuerdo este recurso y debiendo decidir ante todo la cuestion de competencia suscitada, en que ha sido oido especialmente el procurador general.

La mision que incumbe á la Suprema Corte de mantener á los diversos poderes tanto nacionales como provinciales en la esfera de las facultades trazadas por la Constitucion, la obliga á ella misma á absoluta estrictez para no estralimitar la suya, como la mayor garantía que puede ofrecer á los derechos individuales.

Por grande que sea el interés general, cuando un derecho de libertad se ha puesto en conflicto con atribuciones de una rama del poder público, más grande y más respetable es el de que se rodée ese derecho individual de la formalidad establecida para su defensa. No es dado á persona ó poder alguno, ampliar ó extender los casos en que la Corte Suprema ejerce jurisdiccion esclusiva y originaria por mandato imperativo de la Constitucion Nacional.

Para que el caso ocurriese en el procedimiento que se le ha sometido por el recurso de “habeas corpus”, sería necesario que el individuo arrestado fuese un embajador, ministro ó cónsul extranjero, ó el arresto hubiese sido decretado por tribunal ó juez de cuyos autos le correspondiese entender por apelacion.

Pudiera parecer que tratándose de un mandamiento de uno de los cuerpos constituyentes del Poder Legislativo, en tales recursos, era más propio que la Corte Suprema lo resolviese en única instancia; pero si tales recursos pudieran ser procedentes en tales casos, sería necesario que la constitucion fuese reformada al respecto. La ley autorizando el recurso de “habeas corpus”, y atribuyendo á todo juez el resolverlo, no ha podido alterar y no ha alterado la jurisdiccion fundada en las claras y terminantes prescripciones constitucionales. [...]

En todos los casos relativos á embajadores ú otros ministros públicos, dice la americana, y aquellos en que un Estado sea parte, la Corte Suprema tendrá jurisdiccion originaria. En todos los otros casos, la jurisdiccion de la Corte Suprema será de apelacion, tanto respecto á la ley como al hecho, con las escepciones y reglamentos que el Congreso hiciere.

De ambos textos resulta, si bien con mayor claridad en el texto argentino, que el Congreso puede establecer escepciones y dictar reglamentos á la jurisdiccion de apelacion, lo que importa decir distribuir la justicia entre los tribunales inferiores y la Corte que siempre es de apelacion, con excepcion de los casos en que la ley hubiese limitado el recurso ó en que la jurisdiccion es originaria y esclusiva, vocablo que no está en la Constitucion americana y que hace más terminante el precepto si aún pudiera serlo más.

La jurisdiccion originaria y esclusiva de la Corte, no está sujeta á las escepciones que pueda establecer el Congreso, limitada como lo está, no puede ser ampliada ni restringida; la que está sujeta á reglamentacion, es la jurisdiccion apelada, que puede ser ampliada y restringida por la ley, segun la organizacion y reglamentacion de los tribunales inferiores, tanto respecto de las cuestiones de hecho como de derecho.

El “palladium” de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable segun las conveniencias públicas del momento, el “palladium” de la libertad es la Constitucion, esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservacion inviolable, cuya guarda se-

veramente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condicion esencial de los fallos de la justicia federal.

La garantía acordada por el recurso de “habeas corpus”, fundada en la igualdad ante la ley, no tiene otra excepcion que cuando la persona que ha sido objeto de un mandato indebido contra su libertad, pueda traer conflicto internacional. En los demás casos, el juez más inmediato, más espedito en sus resoluciones, es y debe ser el competente, no sin la garantía también de la apelacion, dada asimismo en favor de la libertad.

La apelacion al tribunal superior es la garantía dada tanto en pró de la justicia como de la libertad individual. Si hubiera duda en la interpretacion del texto constitucional relativo, debía resolverse por la apelacion en favor de la libertad, pero nunca por interés alguno, en contra de aquel texto expreso.

El artículo veinte de la ley de catorce de Setiembre de mil ochocientos sesenta y tres, no autoriza á pensar que la mente del Congreso hubiera sido crear un nuevo caso de jurisdiccion originaria esclusiva. No hay vaguedad en sus términos, no hay oscuridad, y si la hubiese, ella desaparecería por completo á la luz del precepto claro é intergiversable de la Constitucion.

La Corte y los jueces de seccion pueden entender del recurso de “habeas corpus”, pero dentro de sus respectivas jurisdicciones, como dice la ley de los Estados Unidos, y la confusion que allí se ha advertido, ha sido sugerida porque en su última parte se establece la apelacion á la Suprema Corte en estos recursos; y entónces, en los casos de acudirse directamente á la Corte de órdenes de prision espeditas por jueces inferiores, en virtud de las dudas con respecto á la interpretacion de la Constitucion, con relacion á la jurisdiccion originaria, se ha opinado á favor de la libertad, que debía hacerse lugar al recurso, porque precisamente se trataba de jueces respecto de cuyos autos correspondía apelacion, y en cuanto á la facultad de entender la Corte en apelacion, ninguna limitacion puede deducirse del texto constitucional. [...]

Es principio inconcuso en esta materia, que una disposicion legal para casos determinados implica la exclusion de los demás, porque de otro modo la disposicion sería inútil como dice Story. Así sería evidentemente inexacto deducir que el Congreso en virtud de sus facultades generales de legislacion cuando la Constitucion ha especificado los requisitos necesarios para ser Presidente de la

República, pudiera agregar el de ser militar ó eclesiástico, porque la Constitución no lo ha prohibido. Es de la esencia del sistema constitucional que nos rige, la limitación de los poderes públicos á sus atribuciones y facultades demarcadas como derivadas de la soberanía del pueblo, por su expreso consenso.

Es principio de derecho comun que el mandatario solo puede hacer aquello á que se halla espresa ó implícitamente autorizado por su mandato, y este principio es el mismo que sirve de base á la interpretacion de los poderes en el orden constitucional. “Solo á las personas en el orden privado es aplicable el principio de que nadie puede ser obligado á hacer lo que la ley no mande, ni privado de hacer lo que la ley no prohíbe; pero á los poderes públicos no se les puede reconocer la facultad de hacer lo que la Constitución no les prohíbe espresamente”, sin invertir los roles respectivos de mandante y mandatario y atribuirles poderes ilimitados. [...]

No es posible reconocer en la honorable Cámara de diputados de la nacion, de cuyo mandamiento de prision procede el recurso entablado de “habeas corpus”, el carácter de tribunal en el caso, sujeto al recurso de apelacion para ante esta Corte. “Ello es repugnante á la independencia de los poderes legislativo y judicial y á otros principios fundamentales del orden constitucional que nos rige”. Para tal consideracion sería necesario que esta Corte hubiese sido investida de la facultad de revisar los actos de las Cámaras legislativas en los casos en que ellas tienen peculiar y exclusiva jurisdiccion, lo que no se puede sostener sin evidente error”. [...]

Por las consideraciones espuestas, se declara que esta Corte no tiene jurisdiccion originaria en la presente causa, debiendo el recurrente ocurrir donde corresponda. Notifíquese con el original habilitándose las horas necesarias; y previa reposicion de sellos, archívese. - Benjamin Victoria. - Uladislaio Frias. - Federico Ibargúren (en disidencia). - C. S. De La Torre (en disidencia). - Salustiano J. Zavalía.

1.4. Resumen de la disidencia del juez De la Torre

El artículo veinte de la ley nacional de Jurisdiccion y Competencia de los tribunales federales de catorce de Setiembre de mil ochocientos sesenta y tres dispone testualmente lo siguiente:

“Cuando un individuo se halle detenido ó preso por una autoridad nacional, ó á disposicion de una autoridad nacional ó so color de una orden emitida por autoridad nacional... la Corte Suprema ó los jueces de Seccion podrán á instancia del preso ó de sus parientes ó amigos, investigar sobre el origen de la prision, y en caso de que esta haya sido ordenada por autoridad ó persona que no esté facultada por la ley, mandarán poner al preso inmediatamente en libertad”.

Del punto de vista de esta ley que tiene por objeto garantir la seguridad personal de los que habitan el territorio de la República contra prisiones ilegales, poniéndola inmediatamente bajo el amparo de todos y cada uno los tribunales que forman el poder judicial de la nacion, la jurisdiccion de la Suprema Corte para conocer de la legalidad de una prision llevada á cabo por orden y disposicion de una de las Cámaras del poder legislativo de la nacion, es pues indudable.

El sentido de la disposicion citada es tan claro y completo su alcance, como generales sus términos, y no es posible sin olvidar y contrariar unos y otros introducir en ella distinciones ni limitaciones que no admite evidentemente su texto, y que no son conformes siquiera con la naturaleza del privilegiado recurso que ella sanciona, uno de cuyos principales caractéres es el de poder ser llevado ante cualquier Juez ó Corte territorial, que se halle inmediato al lugar de la prision que lo motive.

No se trata absolutamente en esta disposicion, como erróneamente á mi entender se sugiere, de facultades incidentales ó accesorias ó simplemente de recursos puestos al alcance de cada Juez como medio solo de hacer fácil y posible en casos dados, el curso de los procedimientos judiciales, para deducir de ahí que la importante garantía que ella acuerda, no puede ser dispensada por los jueces por vía de accion directa y principal, sino como un incidente de otro juicio; no, ella es mucho más que una disposicion simplemente procedimental, es una disposicion jurisdiccional como su colocacion misma en la ley lo indica, principal é independiente de toda otra, y que tiene por objeto especial y único, incorporar en nuestra legislacion el remedio del “habeas corpus”, no conocido ni practicado antes en nuestro sistema de procedimientos, invistiendo al propio tiempo á los jueces con los medios necesarios para hacerlo efectivo.

Sostener por tanto tal recurso puramente como un incidente de la jurisdicción de apelación de la Corte, es á la par que contravenir al precepto claro de la ley, desnaturalizar por completo aquel remedio llano y expeditivo que la misma ley acuerda en favor de todo el que se supone estar sufriendo una prisión arbitraria.

Se sugiere sin embargo que con arreglo á los términos del artículo ciento uno de la Constitución Nacional, no es dado á esta Corte conocer originariamente de otros casos que los enumerados en dicho artículo, y que no estando el presente comprendido entre ellos, queda él necesariamente fuera de la jurisdicción de este Tribunal.

Pero contra tal sugestión, que envuelve desde luego un desconocimiento de la eficacia y validez de la ley antes citada, ley que es digno recordar, fué discutida y sancionada por el primer Congreso que siguió á la reorganización de la República, y en cuya confección colaboraron acreditados miembros de la Convención que sancionó como de la que reformó posteriormente la Constitución, y que por lo mismo puede considerarse como una genuina y segura interpretación de esta, contra tal sugestión, digo, puede observarse que los términos del artículo citado son simplemente afirmativos de la jurisdicción originaria de la Suprema Corte, en los casos que él enumera, y no negativos ni restrictivos de los poderes legislativos del Congreso para extender esa misma forma de conocer á casos distintos, en el ejercicio de la facultad que la Constitución le defiende para reglar los procedimientos en los juicios, distribuir la jurisdicción entre los Tribunales del fuero nacional y dictar todas las demás leyes necesarias y convenientes al ejercicio de los poderes conferidos al Gobierno General.

Los términos de ese artículo son en efecto: “En estos casos (todos los que enumera el artículo cien como de competencia de la Suprema Corte y demás Tribunales inferiores de la Nación), la Suprema Corte ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y escepciones que prescriba el Congreso, pero en todos los asuntos relativos á embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna Provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente”. [...]

La vital importancia de los casos enumerados en la segunda parte, relacio-

nadas estrictamente con la paz pública, y los intereses políticos y diplomáticos de la nacion, esplica la disposicion especial y espresa de que ellos son objeto, pero de ahí no resulta á la verdad que solo en esos casos y no en otros sea posible el ejercicio de la jurisdiccion originaria, ni que quede el Congreso privado por tal medio de extender esa jurisdiccion á cualesquiera otros de los casos á que se estiende el poder judicial de la Nacion. Dejando, al contrario, la disposicion constitucional con facultad á aquel cuerpo para hacer escepciones á la jurisdiccion de apelacion, virtualmente lo habilita para ampliar la jurisdiccion originaria. Lo ha entendido así el Congreso, y lo ha practicado esta Corte sin oposicion no solo en el caso en cuestion. [...]

Pero, si lo espuesto no bastase, y la disposicion constitucional fuese en realidad susceptible de dudas, sería todavía de examinar si ellas son tales que justifiquen en este caso el ejercicio de la autoridad deferida á esta Corte para declarar nulas las leyes incompatibles con los preceptos de la Constitucion, y fulminar tal declaracion contra la que la autoriza á espedir en primera instancia el auto de “habeas corpus” en defensa de la seguridad individual garantida por la ley fundamental. [...]

Y finalmente, que “es solo en disposiciones constitucionales espresas, limitando el Poder Legislativo, que puede encontrarse un seguro y sólido fundamento á la accion de las Cortes de Justicia para declarar nula cualquier disposicion de la Legislatura.” Sin afirmar que sea necesario siempre, que una especial prohibicion de la Constitucion ó un explícito mandato de la misma hayan sido menospreciados ó desobedecidos para que pueda declararse ineficaz una ley, puede pues concluirse, dados los antecedentes relacionados, que la que es materia y sirve de fundamento á la accion deducida, no es susceptible de tal declaracion. [...]

Finalmente, si lo que constituye la esencia y el verdadero carácter de la jurisdiccion de apelacion no es otra cosa que la facultad de revision de los procedimientos, de una otra corte ó autoridad cualquiera, y si esa revision puede tener lugar lo mismo por el recurso de “habeas corpus” que por el recurso ordinario y técnico de la apelacion, el presente puede en rigor tenerse como un caso de jurisdiccion de apelacion creado y establecido por la ley misma.

Fundado en estas consideraciones, que, aparte de la autoridad de la ley del Congreso, tienen en su favor la de los precedentes de esta Corte, que ha ejer-

cido constantemente hasta el presente sin una sola excepcion la jurisdiccion originaria que aquella ley la defiende, segun lo demuestran los casos á que se refiere el Señor Procurador General en su precedente vista, y en las demás razones aducidas por este funcionario, mi voto en la presente cuestion es porque la Corte se declare competente para entender en el concurso deducido, y proceda á conocer de él en el fondo. - C. S. de La Torre.

1.5. Guía para la lectura y el análisis del caso “Sojo”

A partir de la lectura y el análisis del fallo “**Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación**” (CSJN, 22/09/1887), resuelva las siguientes consignas:

- a) Lea el art. 20 de la Ley N° 48 (citado en el voto del Juez De la Torre), y explíquelo con sus palabras.
- b) ¿Cuál es la decisión de la Corte Suprema en este fallo? ¿Tiene jurisdicción originaria aquí? ¿Tiene jurisdicción apelada?
- c) ¿Cómo interpreta la mayoría de la Corte el art. 101 CN (actual 117 CN)?
- d) ¿Cómo interpreta la Corte Suprema el art. 20 de la Ley N° 48? ¿Declara su inconstitucionalidad? ¿Era necesario? ¿Por qué?
- e) Según la opinión del Procurador General y del Juez De la Torre, ¿tiene jurisdicción originaria la CSJN? ¿Tiene jurisdicción apelada? ¿Cómo opinan que debe resolverse el caso?
- f) ¿Cómo interpreta el Juez De la Torre el art. 101 CN (actual 117 CN)?
- g) En su opinión, ¿cómo debe interpretarse el art. 101 CN (actual 117 CN)? ¿Es posible al leer la palabra “exclusivamente” en este artículo, decir que los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte son *exclusivamente* de jurisdicción de la Corte Suprema y no de los tribunales inferiores, pero que esto no implica que el número de situaciones en que la Corte Suprema acepta jurisdicción originaria no puede ser ampliada?
- h) ¿Cómo trata la Corte su propia jurisprudencia? ¿Cuál es la actitud del Juez De la Torre sobre el uso por la Corte de su propia jurisprudencia en comparación a la jurisprudencia norteamericana? (Piense en las

críticas que recibió el fallo en aquella época, que fueron sintetizadas en la introducción al fallo).

- i) En un pasaje de la decisión de la mayoría de la Corte, se dice que “[1] a mision que incumbe á la Suprema Corte de mantener á los diversos poderes tanto nacionales como provinciales en la esfera de las facultades trazadas por la Constitucion, la obliga á ella misma á absoluta estrictez para no estralimitar la suya, como la mayor garantía que puede ofrecer á los derechos individuales”. En su opinión, ¿cumplió la Corte con dicha misión en este caso? ¿Por qué?
- j) ¿Hay una decisión de la Corte sobre la legitimidad de la encarcelación del recurrente? En su opinión, ¿tenía la Honorable Cámara de Diputados la facultad constitucional para encarcelar al Sr. Sojo? Fundamente su respuesta.

2. Caso “Barreto, Alberto D. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otro” (2006). CSJN, Fallos 329:759

2.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema

Buenos Aires, marzo 21 de 2006.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 62/70 comparecen Alberto Damián Barreto y Mirta Liliana Galarza, denuncian domicilio real común en el ámbito de la Capital Federal (fs. 73) y promueven demanda contra la Provincia de Buenos Aires y contra un miembro de las fuerzas policiales de ese Estado, cabo Javier Francisco Talavera, con el objeto de obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz de la muerte de Gisela Barreto, hija de los demandantes.

Atribuyen responsabilidad a la provincia en tanto la menor fue baleada por un suboficial dependiente de la policía local en ejercicio de sus funciones –mientras perseguía a dos personas sorprendidas cuando intentaban abrir la puerta de un vehículo estacionado en la vía pública– y mediante el uso del arma reglamentaria provista por la repartición. Afirman que, además, la demandada cumplió en forma defectuosa con la obligación de entrenar al suboficial, tanto técnica como psicológicamente, para cumplir adecuadamente con

sus funciones. Fundan su pretensión en el art. 1112 del Código Civil.

2°) Que a fs. 71 el señor Procurador Fiscal subrogante dictamina que el proceso resulta ajeno a la instancia originaria de esta Corte hasta tanto se aclaran las contradicciones existentes entre el domicilio real denunciado por los actores a fs. 62 y el que surge de la fotocopia simple del poder general judicial obrante a fs. 1/2. [...]

3°) Que frente a asuntos de naturaleza substancialmente análoga al ventilado en el sub lite y, como formulación general, a todos aquellos otros en que también se hubo promovido –con apoyo en normas de derecho común– pretensiones indemnizatorias de los daños y perjuicios originados por la presunta falta de servicio imputada a cualquiera de los órganos que integran los poderes de gobierno de las provincias, esta Corte [...], la conclusión de que los procesos de la índole mencionada deben ser calificados como causa civil en los términos del art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58. Sobre la base de esta premisa, y acreditada la distinta vecindad, o extranjería, del reclamante, el Tribunal ha declarado desde entonces su competencia originaria para conocer de estos casos con arreglo al supuesto que [...] prevé el art. 117 de la CN, consistente en los casos en que litiga una provincia contra un vecino domiciliado en otro estado local o un extranjero.

4°) Que los miembros del Tribunal que suscriben esta decisión consideran que debe abandonarse la generalizada calificación del concepto de “causa civil” que se viene aplicando desde el citado precedente de 1992. [...]

5°) Que con tal comprensión, adquiere un valor decisivo la evidencia empírica que demuestra que el criterio empleado a partir de 1992 para discernir la presencia de una “causa civil” ha tenido, como consecuencia de su amplia formulación semántica, una significativa expansión en el ámbito de la competencia originaria del Tribunal de procesos de esta naturaleza, caracterizados por una gran diversidad de temas fácticos y jurídicos concernientes a la responsabilidad patrimonial de los estados de provincia por la llamada falta de servicio, o regulados por el derecho común y el derecho público local, con la consecuente afectación de los siempre limitados recursos humanos y materiales existentes que en gran medida están siendo destinados al conocimiento y decisión de asuntos que, por su naturaleza y

más allá de su fuente, son ajenos a la trascendente e insustituible atribución institucional de este Tribunal como intérprete final de la Constitucional Nacional y custodio último de las garantías superiores reconocidas en dicha Ley Suprema.

[...]

Frente a lo expresado en torno a la impostergable necesidad de preservar y fortalecer el rol institucional correspondiente a esta Corte, se impone un nuevo y prudente examen del ámbito de aplicación de este capítulo temático en especial de su competencia originaria que, con base en una razonable interpretación que arraigue objetivamente en el texto normativo en juego y en la amplitud de opiniones fundadas que permite (Fallos: 306:1672), se incline por la alternativa de mayor rigurosidad que, a la par de dejar en el ámbito de la jurisdicción originaria del Tribunal un núcleo de asuntos nítidamente previsto por la Ley Fundamental, permita atenderlo de modo compatible con el responsable ejercicio de otras atribuciones que hacen de modo directo a las altas funciones jurisdiccionales subrayadas con anterioridad, que de modo indelegable corresponden a este Tribunal en su condición de Supremo.

De ahí, pues, la imperiosa necesidad de revisar un criterio que, sostenido en una hermenéutica posible y fundada, se muestra como gravemente inconveniente en su aplicación actual. No debe olvidarse que a este Tribunal no incumbe emitir juicios históricos, ni declaraciones con pretensión de perennidad, sino proveer justicia en los casos concretos que se someten a su conocimiento [...], alta finalidad que se encuentra comprometida y cuyo apropiado logro impone la revisión que se postula. [...]

7º) Que el objeto de la jurisdicción originaria conferida por los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional en asuntos, como el presente, de distinta vecindad –o extranjería– de la parte litigante con una provincia no es otro –según lo ha expresado desde antiguo el Tribunal– que darles garantías a los particulares para sus reclamaciones, proporcionándoles jueces al abrigo de toda influencia y parcialidad. Pero ese alto y respetable interés institucional encuentra su preciso límite en el respeto al principio constitucional que consagra la autonomía de los estados provinciales, de manera de no perturbar su administración interna, porque si todos los actos de sus poderes pudieran ser

objeto de una demanda ante la Corte vendría a ser ella quien gobernase a las provincias desapareciendo los gobiernos locales [...].

En estas condiciones se le reconoce el carácter de exclusiva y no susceptible de extenderse, tal como lo ha establecido una constante jurisprudencia del Tribunal (Fallos: 270:78; 271:145; 280:176; 285:209; 302:63, entre otros), y sólo procede en razón de las personas cuando a la condición de vecino de otra provincia –o de extranjero– se une el requisito de que el litigio asuma el carácter de “causa civil” [...].

8º) Que una calificación de esa naturaleza se ha atribuido a los casos en los que su decisión hace sustancialmente aplicables disposiciones de derecho común, entendiendo como tal el que se relaciona con el régimen de legislación contenido en la facultad del art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

Por el contrario, quedan excluidos de tal concepto los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que éstas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y sgtes. de la Constitución Nacional [...]

9º) Que en el sub lite los actores persiguen –con apoyo en disposiciones contenidas en el Código Civil– la reparación de los perjuicios derivados del accionar irregular de personal de la policía provincial en la realización de tareas de prevención de delitos.

La pretensión procesal subsume el caso, entonces, en un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado local por la presunta “falta de servicio” en que habría incurrido un órgano de la Provincia de Buenos Aires derivada del cumplimiento irregular de las funciones estatales que le son propias (Fallos: 306:2030 y sus citas; 320:1999, dictamen de la señora Procuradora Fiscal a la que adhiere este Tribunal).

10) Que se trata, pues, de un daño que los actores atribuyen a la actuación del Estado provincial en el ámbito del derecho público, como consecuencia del ejercicio imperativo del “poder de policía de seguridad” entendido como una “potestad pública” propia del Estado, quien la ejerce cuando lo estima

conveniente para satisfacer exigencias de bien público o de interés general; materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado [...]

11) Que lo expuesto conduce necesariamente –a fin de resolver el caso– al estudio del régimen jurídico administrativo local que sienta las bases del sistema provincial de seguridad pública y que determina las funciones esenciales y obligaciones del personal que lo integra (leyes 12.154 y 12.155, entre otras), interpretándolo en su espíritu y en los efectos que la soberanía provincial ha querido darle, todo lo cual no es del resorte de la Corte Suprema (Fallos: 312:606; 319:1407; 322:617).

12) Que no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el sub lite se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos –entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados– aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate (Fiorini, op. cit., primera parte, págs. 90 y sgtes.).

Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, prima facie, se encuadra el presente caso [...]

13) Que en concordancia con los principios enunciados y en ejercicio de las competencias constitucionales que le son propias la provincia demandada sancionó el Código Contencioso Administrativo que establece, en lo que aquí interesa, la competencia de los tribunales contencioso administrativos en el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan en los casos originados por la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones adminis-

trativas, de los órganos de la provincia. Agrega, asimismo, que “(l)a actividad de los órganos del Poder Ejecutivo... se presume realizada en el ejercicio de funciones administrativas y regida por el derecho administrativo. Procederá esta presunción aun cuando se aplicaren por analogía normas de derecho privado o principios generales del derecho” (art. 1º, ley 12.008).

A título meramente ejemplificativo determina que la competencia contencioso-administrativa comprende las controversias “que versen sobre la responsabilidad patrimonial, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia... regidas por el derecho público, aún cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas de derecho privado” (art. 2º, inc. 4); en tanto excluye de esa competencia las “que se encuentren regidas por el derecho privado...” (art. 4º, inc. 1, texto según ley 13.101).

14) Que el desarrollo argumentativo expresado impone entender por “causa civil” –a los efectos de determinar la competencia originaria de este Tribunal por razón de la distinta vecindad o de extranjería– a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata, como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, en la determinación y valuación del daño resarcible.

De igual modo al que esta Corte declina su competencia originaria para conocer de aquellos asuntos, cuando es parte una provincia, en que pese a estar en tela de juicio de modo predominante una cuestión federal la decisión del caso también impone el tratamiento de puntos del derecho público local, tampoco tomará intervención en esta sede cuando el examen de un caso que se califica como de responsabilidad civil de un Estado provincial se atribuya a la falta de servicio o remita al examen de materias no regladas por disposiciones dictadas por el Congreso de la Nación sino por las autoridades locales de gobierno, en ejercicio de una atribución no delegada a la Nación.

Este concepto excluye, por lo tanto, todos aquellos casos en que, como el sub examine, quiera hacerse responsable patrimonialmente a una provincia por los daños y perjuicios que crean sufrir los ciudadanos de otro Estado local, o un extranjero, por la actuación o por la omisión de los órganos estatales en el ejercicio de sus funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales.

15) Que la doctrina expuesta no hace más, en rigor, que proseguir con el desarrollo argumental formulado por el Tribunal desde cuando menos el precedente registrado en Fallos: 7:373 del 31 de julio de 1869. Allí se sostuvo que “la Constitución Federal de la República se adoptó para su gobierno como Nación, no para el gobierno particular de las provincias, las cuales, según la declaración del artículo ciento cinco [hoy ciento veintidós], tienen derecho a regirse por sus propias instituciones y elegir por sí mismas sus gobernadores, legisladores y demás empleados; es decir: que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, como lo reconoce el artículo ciento cuatro [hoy ciento veintiuno]... que de este principio fundamental se deduce, que a ella corresponde exclusivamente darse leyes y ordenanzas de impuestos locales, de policía, higiene, y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitación que las enumeradas en el artículo ciento ocho [hoy ciento veintiséis] de la misma Constitución”. Este mandato constitucional veda a esta Corte juzgar sobre el funcionamiento de las instituciones locales creadas en su consecuencia, so pena de producirse una inadmisibile intervención federal por el Poder Judicial de la Nación en el ámbito del derecho público local no delegado (Fallos: 315:2309, considerando 3º de la minoría).

16) Que esta inhibición para entender en forma originaria en este proceso no frustra la intervención del Tribunal a fin de conocer sobre las cuestiones federales que pudieran suscitarse en el proceso, mediante la instancia revisora que –verificados los demás recaudos que condicionan su admisibilidad– regla desde septiembre de 1863 el art. 14 de la ley 48, y de la cual no está excluida la cuestión concerniente a la violación de garantías constitucionales por la ausencia de imparcialidad del órgano judicial interviniente, como patentemente lo demuestra el emblemático precedente dictado por esta Corte, recurso extraordinario mediante, en el caso “Penjerek” del 14 de noviembre de 1963 (Fallos: 257:132).

La interpretación que postula este pronunciamiento se exhibe en las actuales circunstancias como valiosa en grado sumo, pues a la par que armoniza y concilia los legítimos intereses de los particulares a ser juzgados con imparcialidad con el debido respeto a las autonomías provinciales, tiene esencial-

mente en miras –sin prescindir de la competencia examinada– profundizar los instrumentos apropiados para mejorar el funcionamiento de esta Corte, concentrando sus decisiones de modo preferente en el responsable ejercicio de su jurisdicción constitucional más eminente y de mayor trascendencia institucional.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se resuelve: Declarar la incompetencia de esta Corte para entender en forma originaria en este juicio. Notifíquese. Comuníquese al señor Procurador General y, oportunamente, remítanse las actuaciones al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Buenos Aires a fin de que, conforme a lo resuelto, decida lo concerniente al tribunal que entenderá en la causa por razón de la materia. - Enrique S. Petracchi. - Elena I. Highton de Nolasco. - Juan C. Maqueda. - E. Raúl Zaffaroni. - Ricardo L. Lorenzetti. - Carmen M. Argibay.

2.2. Guía para la lectura y el análisis del caso “Barreto”

A partir de la lectura y el análisis del fallo “**Barreto, Alberto D. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otro**”, (CSJN, 21/03/2006), y de la bibliografía complementaria que estime corresponder, resuelva las siguientes consignas:

- a) Relate, con sus palabras, los hechos más relevantes del caso, en no más de 10 (diez) renglones.
- b) ¿Qué tipo de acción judicial entablaron el Sr. Barreto y la Sra. Galarza? ¿Cuál era su pretensión? ¿Contra quiénes dirigieron la demanda? ¿En qué normas y argumentos fundaron su derecho?
- c) ¿Cuál es la decisión de la Corte Suprema en este fallo? ¿Tiene jurisdicción originaria aquí? ¿Por qué?
- d) En el considerando 5º, la Corte arguye “la imperiosa necesidad de revisar un criterio que, sostenido en una hermenéutica posible y fundada, se muestra como gravemente inconveniente en su aplicación actual”. ¿Qué criterio considera la Corte que es imperioso revisar? ¿Qué argumentos da la Corte Suprema para justificar el giro en su jurisprudencia? (considerando 4º)? ¿Por qué entiende la Corte que la aplicación actual de ese criterio se muestra como “gravemente inconveniente”?
- e) En el considerando 5º, la Corte también hace referencia a “la impos-

tergable necesidad de preservar y fortalecer el rol institucional correspondiente a esta Corte”. En su opinión, ¿cómo se vincula la cuestión debatida en el caso con el rol institucional de la Corte Suprema?

- f) En este caso, la Corte Suprema ofrece una nueva interpretación de la noción de “causa civil”, apartándose de su jurisprudencia anterior: ¿cuáles son los argumentos que brinda para fundamentar su cambio de criterio? (Lea atentamente los considerandos 8º y siguientes).
- g) En opinión de la Corte, ¿la responsabilidad extracontractual del Estado por la “falta de servicio” es una cuestión de derecho civil o de derecho público? ¿Por qué? ¿Cuál es la relevancia de esta circunstancia a los fines de resolver el presente caso?
- h) Según la mayoría de la Corte, ¿es relevante para la definición de una causa como “civil” la circunstancia de que para resolverla se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil? ¿Por qué? (considerando 12º)
- i) En el Considerando 16º, la Corte expresa que “[l]a interpretación que postula este pronunciamiento se exhibe en las actuales circunstancias como valiosa en grado sumo, pues a la par que armoniza y concilia los legítimos intereses de los particulares a ser juzgados con imparcialidad con el debido respeto a las autonomías provinciales”. ¿Por qué afirma la Corte que su interpretación garantiza el “debido respeto a las autonomías provinciales”?
- j) ¿Está de acuerdo con la decisión de la Corte Suprema? ¿Por qué?

3. Caso “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Provincia de Tierra del Fuego” (2007). CSJN, *Fallos* 330:5279

3.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema

Buenos Aires, diciembre 18 de 2007.

Considerando:

1º) Que a fs. 3/8 se presenta el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y promueve demanda contra la Provincia de Tierra del Fuego por

cumplimiento del convenio de asistencia médica hospitalaria que, según afirma, vincula a ambos estados. Expresa que a raíz de esa convención la demandante se obligó a prestar servicios de atención médica –en los hospitales bajo su dependencia– en favor de los pacientes que le derivare la provincia demandada, que como contraprestación se obligó a pagar un porcentaje de los valores correspondientes a los aranceles establecidos en base al nomenclador nacional. Agrega que a pesar de la atención médica prestada a numerosos habitantes de la demandada que fueron derivados en la forma convenida por el Estado provincial, éste no ha cumplido con las prestaciones debidas, razón por la cual promueve esta pretensión con el objeto de percibir el capital que resulta de las facturas que acompaña, con más los intereses devengados desde la constitución en mora.

2º) Que en todas las oportunidades en que, con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, fue necesario calificar el status institucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de esclarecer si es aforada, o no, a la competencia originaria de esta Corte Suprema que reglan los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, este Tribunal ha decidido desde el primer precedente en que tuvo ocasión de pronunciarse (Fallos: 322:2856 –La Ley Online–) hasta en las decisiones más recientes dictadas en las causas “Mendoza” (Fallos: 329:2316 –La Ley, 2006-D, 281–) y A.827.XLIII. “Asociación Civil para la Defensa Ciudadana c/ Estado Nacional y otro (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) s/ acción de amparo” del 27 de noviembre de 2007, que aquella entidad no es una provincia argentina y que, por ende, no le corresponden las prerrogativas que la Ley Suprema reconoce únicamente a dichos estados locales de litigar –en los supuestos contemplados por las disposiciones citadas– en la instancia originaria de esta sede, que por ser de exclusiva raigambre constitucional no es susceptible de ampliarse, restringirse o modificarse por persona o poder alguno (arts. 44, 45, 54, 75, incs. 2º, 30 y 31, 124, 125, 129 y cláusula transitoria séptima).

[...]

4º) Que en un similar orden de ideas y frente a un caso en que eran partes codemandadas un Estado provincial y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, esta Corte atribuyó el conocimiento del asunto a un juez de la provincia

emplazada, para lo cual no sólo reiteró la conocida formulación acerca de la diversidad de status jurídico entre ambos entes estatales, sino que sostuvo su decisión destacando, por un lado, la preexistencia de las provincias a la Nación, la jerarquía de ellas y la conservación de todos los poderes que no han delegado al gobierno federal (arts. 121 y concordantes de la Constitución Nacional), y puntualizando, además, el particular sistema de autonomía decidido por los constituyentes para la ciudad de Buenos Aires, en los términos y con los alcances que se desprenden del art. 129 y de la cláusula transitoria séptima de la Ley Fundamental (Fallos: 323:3991).

5º) Que, sin embargo, en la resolución dictada en el caso “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Casa de la Provincia del Chubut”, publicada en Fallos: 326:2479 (La Ley Online) e invocada por el señor Procurador Fiscal subrogante para fundar su dictamen en el sub lite, el Tribunal sostuvo –al remitir a los fundamentos del señor Procurador General– que el proceso correspondía a su competencia originaria porque por tratarse de una cuestión de derecho público de la ciudad, de darse intervención a la justicia provincial “...se violaría el art. 129 de la Constitución Nacional, que inviste a la Ciudad de Buenos Aires de un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de jurisdicción”. [...]

7º) Que ello es así, pues la aislada solución tomada en el caso de Fallos: 326:2479 se sostuvo en un fundamento objetable, en la medida que, por un lado, el reconocimiento a la ciudad autónoma de facultades propias de jurisdicción –sin que corresponda abrir juicio en esta oportunidad acerca de su extensión– sólo tiene el preciso alcance de atribuir a las autoridades locales de poderes para resolver ciertas colisiones efectivas de derechos, mas esas facultades no son incompatibles ni configuran un impedimento para que dicho Estado sea sometido a otras jurisdicciones de inequívoca raigambre constitucional, como son las expresamente reconocidas a los estados provinciales y a la Nación de litigar sólo ante sus propios tribunales, fuera de los supuestos típicos y de excepción asignados a la competencia originaria de esta Corte. [...]

Todavía podría agregarse a lo expresado, para confirmar que el pronunciamiento invocado en el dictamen se trató de una decisión única que no generó

seguimiento ulterior, que de haberse preservado debida coherencia con ese sustento argumental dicho fundamento también debería haber dado lugar a la competencia originaria cuando en un asunto fuesen partes contradictoras la ciudad autónoma y el Estado Nacional, criterio que no se invocó ni aplicó en ninguno de esos asuntos en que esta Corte tomó intervención para definir la jurisdicción interviniente, que sin excepciones fueron atribuidos a los tribunales federales inferiores a pesar de tratarse materias de derecho público local de la ciudad (Fallos: 323:1199; 327:2357, 2536, 2857, 5254 y 6063).

8º) Que en las condiciones expresadas, es doctrina del Tribunal que las causas que se suscitaren entre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y una provincia deberán tramitar ante los jueces del Estado provincial que es parte. Naturalmente, por tratarse aquella ciudad de una persona jurídica de derecho público –en los términos previstos por el art. 24, inc. 1º, ap. b, del decreto-ley 1285/58– con domicilio en su territorio, a aquella regla le son aplicables las excepciones en favor de la competencia originaria de esta Corte contempladas de modo genérico por la Constitución Nacional, para los procesos entre aquellas personas en que se ventile una causa civil o de manifiesto contenido federal.

9º) Que con tal comprensión, este proceso no corresponde a la competencia originaria del Tribunal pues, más allá de que la entidad demandante –como persona de derecho público– queda alcanzada por la categoría de vecino extraño que prevé el art. 116 de la Constitución Nacional (art. 24, inc. 1º, ap. b, del decreto-ley 1285/58; art. 111, inc. 2º, ley 1893), no se presenta un asunto susceptible de ser calificado como causa civil en la medida en que la relación jurídica en que se funda la pretensión es de naturaleza administrativa, al tratarse de un convenio que vincula a dos organizaciones estatales por medio del cual ambas han actuado en sus respectivos caracteres de poder administrador y en ejercicio de facultades que corresponden al derecho público local (Fallos: 329:2085 y sus citas y causa I.423.XLI “Intense Life S.A. c/ Tierra del Fuego, Provincia de [Secretaría de Salud Pública] s/ cobro de pesos”, del 20 de febrero de 2007), como lo es el servicio de atención médica hospitalaria y de salud que la Ciudad de Buenos Aires asumió con respecto a los habitantes de la provincia demandada y que ésta le derivare (conf. convenio que obra a fs. 238/241 del expediente administrativo acompañado por la actora).

Por ello y oído el señor Procurador Fiscal subrogante, se resuelve: Declarar que la presente causa no corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese, comuníquese al señor Procurador General, y archívese. - Ricardo Luis Lorenzetti. - Elena I. Highton de Nolasco. - Carlos S. Fayt. - Enrique Santiago Petracchi. - Juan Carlos Maqueda. - E. Raúl Zaffaroni (en disidencia). - Carmen M. Argibay (en disidencia).

3.2. Resumen de la Disidencia de la jueza Argibay (a la que adhiere el juez Zaffaroni)

Considerando:

1) A fs. 1/8 comparece el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y promueve demanda contra la Provincia de Tierra del Fuego, a fin de obtener el pago de varias facturas por la atención médica brindada a numerosos habitantes de la provincia demandada, en el marco del convenio de “Asistencia Médica Hospitalaria” que, según afirma, vincula a ambos estados. La actora expresa que por esa convención se obligó a prestar servicios de atención médica –en los hospitales bajo su dependencia– a los pacientes derivados por la demandada, que como contraprestación se obligó a pagar un porcentaje de los valores correspondientes a los aranceles establecidos en base al nomenclador nacional. [...]

2) A fs. 10 el señor Procurador Fiscal subrogante dictamina que el proceso resulta ajeno a la instancia originaria de esta Corte por cuanto en el convenio mencionado se decidió prorrogarla expresamente a favor de un Tribunal Arbitral (cláusula décimo sexta del convenio). [...]

Por consiguiente, en razón de no tratarse de un “asunto civil”, corresponde establecer si la presente causa en la que es parte una provincia y contraparte la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe ser tratada de manera análoga a los pleitos entre provincias, o a los pleitos en que es parte una provincia y un vecino de otra; si es lo primero corresponderá entender a esta Corte en instancia originaria (art. 24.1, primera parte, del decreto-ley 1285/58, ratificado por ley 14.467) y, si corresponde lo segundo, deberán entender los tribunales locales de alguno de los dos estados litigantes.

Es decir, que están fuera de discusión dos aspectos del problema: uno, que es

parte una provincia y, dos, que no se trata de un “asunto civil” (artículo 24.1, segunda parte, del decreto citado), sino fundado en el derecho público local. [...]

4) La aplicación del criterio que habitualmente utiliza esta Corte para interpretar los textos legales referidos a su competencia originaria supondría el siguiente argumento: en asuntos que no son “civiles” ni corresponden al derecho federal, la competencia originaria está habilitada si se trata de una controversia entre dos provincias (artículo 24.1, primera parte, del decreto-ley 1285/58), pero, dado que la Ciudad de Buenos Aires no lo es, el Tribunal debe declararse incompetente. Así, descartada la competencia originaria de la Corte Suprema y de los demás tribunales nacionales, por necesaria consecuencia, corresponde afirmar la de los tribunales locales.

Sin embargo, esta vía de solución no tiene buenas razones para dirimir si son competentes los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires o los de la provincia demandada, desde que ambos estados tienen facultades propias de legislación y jurisdicción, para crear y aplicar su derecho público local, aunque la primera no pueda ser clasificada propiamente como una “provincia” (artículo 129 de la Constitución Nacional). Un intento de superar esta indeterminación consiste en asignar el caso a los tribunales de la parte (en este caso demandada) que es, en sentido propio, una provincia. Esto implica asumir que, si bien las provincias no pueden ser llevadas a los tribunales de otra, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires sí debe someterse a los jueces de las provincias con las que deba litigar.

Pero, semejante afirmación, pese a su contundencia, carece de suficiente respaldo en las normas de la Constitución Nacional; no hay ninguna de sus cláusulas que introduzca, explícita o implícitamente, este tipo de limitación a la autonomía institucional de la Ciudad. Por otro lado, interpretar que la ausencia de previsión constitucional específica obliga a ese Estado a resignar sus facultades propias de jurisdicción en favor de los tribunales de cualquier otra provincia con la que mantenga un litigio judicial, anula uno de los aspectos centrales de la autonomía política que tienen todos los estados que forman parte de la federación, a saber: la de no estar obligado a someterse al poder de otros estados miembros. [...]

Así, el caso de los pleitos entre la Ciudad de Buenos Aires y otra provincia

debe ser tratado como un caso no previsto en las normas constitucionales y legales sobre jurisdicción federal –cuyo origen es cronológicamente muy anterior a la autonomía política de la Ciudad de Buenos Aires– y no como uno que pueda resolverse felizmente por medio de las reglas generales que habitualmente sirven de sustento a la jurisprudencia del Tribunal relacionada con su competencia originaria.

La circunstancia señalada conduce a la necesidad de revisar el argumento tradicional de la Corte, ya no en cuanto a la clasificación de la Ciudad de Buenos Aires en la categoría “provincia”, sino para examinar qué aspectos del régimen constitucional se verían alterados y en qué medida por la admisión de este tipo de pleitos en su competencia originaria.

5º) En primer término he de puntualizar que, si no fuese por la exigencia de que se trate de un “asunto civil”, introducido primero por el artículo 1º de la ley 48 e incorporado luego al artículo 24.1 del decreto-ley 1285/58, la letra del artículo 117 de la Constitución Nacional, por sí sola, remitiría los asuntos en que fuese parte una provincia a la competencia originaria de la Corte Suprema. No cabe presumir, por ende, que la admisión de un caso como el sub lite, en que la contraparte de la Ciudad de Buenos Aires es justamente una provincia, constituya una grave desviación de la tarea que incumbe a esta Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el original diseño constitucional.

Por otro lado, la restricción de la competencia originaria del Tribunal a los “asuntos civiles”, introducida por vía legislativa, dejó aparte los pleitos entre dos o más provincias que corresponden siempre al Tribunal, cualquiera sea la materia. De este modo quedó superada la indeterminación sobre el juez que debe intervenir y el potencial conflicto que, al respecto, puede suscitarse entre ambas jurisdicciones. Como puede verse, la misma indeterminación que soluciona la ley reglamentaria preservando la competencia originaria del artículo 117 de la Constitución Nacional, es la que se reabre, en casos como el de autos, si se sigue el criterio restrictivo para excluir dicha intervención del Tribunal.

6º) Las razones que justifican mi opinión sobre la improcedencia de seguir en este caso el criterio restrictivo tradicional no constituyen una innovación radical. Esta Corte en el pasado se ha visto enfrentada a decisiones que la po-

nían frente a un dilema semejante, es decir: o bien apartarse de la rigidez con que habitualmente interpreta su competencia originaria, o bien convalidar una situación en la que resultaban avasalladas las prerrogativas constitucionales de alguna de las partes. [...]

Más allá del debate sobre la recta interpretación del artículo 127 de la Constitución Nacional, la circunstancia señalada en último término fue la que se tuvo en cuenta para mantener en la competencia originaria de la Corte Suprema todas las causas judiciales que se plantearan entre dos o más provincias (Joaquín V. González, en la obra ya citada, parágrafo n° 629, interpretación que fue recogida por esta Corte en Fallos: 310:2478). Dicho de otro modo, según este enfoque, tal habría sido la razón por la cual la ley 48 y sus sucesoras (ley 4055 y decreto-ley 1285/58) no exigieron respecto de estas controversias el requisito de que fueran una “causa civil”.

8°) Estas consideraciones, me llevan a la conclusión de que no hay menoscabo a la Constitución Nacional, sino que, por el contrario, resulta más acorde a sus fines, admitir, como se lo hizo en Fallos: 326:2479, que las causas en que son partes contrapuestas una provincia y la Ciudad de Buenos Aires corresponden a la competencia originaria de esta Corte.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal subrogante, se declara que la presente causa corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. - Carmen M. Argibay.

3.3. Guía para la lectura y el análisis del caso “CABA c/ Provincia de Tierra del Fuego”

A partir de la lectura y el análisis del fallo “**Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Provincia de Tierra del Fuego**” (CSJN, 18/12/2007), resuelva las siguientes consignas:

- a) Relate, **con sus palabras**, los hechos más relevantes del caso, en no más de 10 (diez) renglones.
- b) ¿En qué consiste la demanda presentada por la Ciudad de Buenos Aires?
¿Cuál es su pretensión? ¿Ante qué tribunal presenta su demanda?
- c) Según el voto de la mayoría, ¿tiene competencia la Corte para enten-

der en este caso? ¿Tiene competencia originaria? ¿Tiene competencia apelada?

- d) ¿Cómo califica la mayoría de la Corte el *status* institucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires? ¿Cuáles son sus fundamentos? ¿Por qué analiza esta cuestión la Corte? ¿Cómo se relaciona con la cuestión sometida a su decisión?
- e) En el considerando 4º, la mayoría de la Corte recordó que “frente a un caso en que eran partes codemandadas un Estado provincial y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, esta Corte atribuyó el conocimiento del asunto a un juez de la provincia emplazada, para lo cual no sólo reiteró la conocida formulación acerca de la diversidad de status jurídico entre ambos entes estatales, sino que sostuvo su decisión destacando, por un lado, la preexistencia de las provincias a la Nación, la jerarquía de ellas y la conservación de todos los poderes que no han delegado al gobierno federal (arts. 121 y concordantes de la Constitución Nacional)”. ¿Qué significa que las provincias son “preexistentes” a la Nación? ¿La preexistencia de una provincia a la Nación le da una diferente jerarquía? ¿Todas las provincias argentinas son preexistentes a la Nación? ¿Prevé la Constitución un diferente tratamiento a las provincias según sean preexistentes o no a la Nación?
- f) Además de analizar el *status* institucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Corte considera si en el caso se ventila una “causa civil”. ¿Por qué? ¿Qué dice al respecto la mayoría de la Corte? ¿Cuál es la consecuencia de su interpretación? ¿Qué dice el voto en disidencia de la Jueza Argibay al respecto? ¿Coincide en este punto con el voto de la mayoría?
- g) En el voto de la Jueza Argibay se evalúan otras opciones posibles a la competencia originaria de la Corte. ¿Cuáles serían esas alternativas? ¿Son aceptables para la Jueza Argibay dichas opciones? ¿Cómo valora el hecho de que tanto la provincia de Tierra del Fuego como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen facultades propias de legislación y jurisdicción, para crear y aplicar su derecho público local? (Lea atentamente el considerado 4º).
- h) ¿Cómo interpreta la Jueza Argibay el *status* institucional de la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires? ¿Difiere de la opinión de la mayoría?

- i) ¿Qué interpretación constitucional ofrece la Jueza Argibay? ¿Tiene en cuenta la *finalidad* de las cláusulas constitucionales? ¿Cómo opera, al respecto, su lectura del art. 127 CN?
- j) ¿Qué conclusiones se derivan de la interpretación constitucional propuesta por la Jueza Argibay? ¿Cómo resuelve finalmente la cuestión?
- k) Si Ud. fuera Juez de la CSJN y hubiera tenido que emitir su voto en este fallo, ¿qué hubiera resuelto? ¿Hubiera votado como la mayoría? ¿Hubiera adherido al voto de la Jueza Argibay? Fundamente su respuesta.

4. Caso “Corrales, Guillermo Gustavo y otro s/ habeas corpus” (2015). CSJN, Fallos 338:1517

4.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema

Buenos aires, diciembre 9 de 2015

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que la presente contienda negativa de competencia, que se suscitó entre la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional y la Cámara Federal de Casación Penal, tiene como origen el habeas corpus colectivo interpuesto a favor de todas las personas mayores de 70 años que permanecen detenidas en unidades carcelarias federales como imputados, procesados y/o condenados por los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar y con fundamento en lo que el accionante describe como el “agravamiento en la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad” y con la aclaración de que “de ninguna manera este habeas corpus pretende la revisión de los decisorios mencionados” en los que se denegó el arresto domiciliario a detenidos que presentaban esas características “–ni de ningún otro– en la inteligencia de que esta no es la finalidad del habeas corpus...” (cf. fs. 8, 9, 17/17 vta. y 18).

2º) Que la petición quedó radicada ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 33 y fue rechazada in limine. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en el marco del procedimiento de

consulta previsto en la ley 23.098, confirmó lo decidido. Posteriormente, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional declinó su competencia en favor de la Cámara Federal de Casación Penal para que resolviera el recurso de casación que el accionante interpusiera contra lo decidido por el tribunal nacional de alzada.

Ello por entender que, en tanto el objeto de la acción está referido a la situación de personas detenidas en establecimientos del Servicio Penitenciario Federal radicados fuera de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a disposición de los jueces federales de distintas jurisdicciones a quienes les atribuye la situación ilegítima denunciada, resulta competente la justicia federal con asiento en jurisdicción provincial en los términos del art. 8º inc. 20 de la ley 23.098 y la Cámara Federal de Casación Penal para entender en la instancia recursiva conforme lo previsto en el arto 30 bis del Código Procesal Penal de la Nación.

3º) Que la Cámara Federal de Casación Penal rechazó tal atribución por entender que debía continuar interviniendo el tribunal declinante en aras de evitar incidencias que conspiran contra la rapidez e informalidad con la que debe ser resuelta toda acción de habeas corpus. Ante la insistencia del tribunal de origen, quedó trabada la contienda. [...]

5º) Que... corresponde precisar que no podría admitirse la atribución de competencia a la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional para resolver respecto del recurso de casación antes aludido con base en el carácter nacional de los magistrados que la integran. Esto por cuanto, más allá de la innegable pertenencia al Poder Judicial de la Nación de los tribunales ordinarios de esta ciudad, la justicia nacional criminal no posee competencia en materia federal (cf. arts. 26 y 33 de la ley 23.984).

6º) Que a este respecto, por otra parte, cabe recordar que esta Corte ha dicho que la ley 24.588, que en su arto 8º dispone que “la justicia nacional y ordinaria de la ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación”, es reglamentaria del art. 129 de la Constitución Nacional (Fallos: 329: 5438). [...]

8º) Que en atención a que la Constitución federal le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y su continuidad se encuentra supeditada a que tengan

lugar los convenios de transferencia de competencias antes aludidos.

En efecto, si bien el carácter nacional de los tribunales de la Capital Federal pudo tener sustento en el particular status que esta tenía con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que, producida esta modificación fundamental, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta forma, al igual que lo que ocurre en las jurisdicciones provinciales, estos asuntos deben ser resueltos por la justicia local.

9º) Que transcurridos ya más de veinte años de la reforma constitucional de 1994, resulta imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara que la Cámara Federal de Casación Penal deberá resolver el recurso de casación mencionado en el considerando 2º del presente, a la que se le remitirá la presente causa, a sus efectos. Hágase saber a la Cámara en lo Criminal y Correccional. - Juan C. Maqueda. - Ricardo L. Lorenzetti. - Elena I. Highton de Nolasco (por su voto) - Carlos S. Fayt (por su voto)

4.2. Guía para la lectura y el análisis del caso “Corrales”

A partir de la lectura y el análisis del fallo “**Corrales, Guillermo Gustavo**” (CSJN, 09/12/2015), resuelva las siguientes consignas:

- a) Relate, con sus palabras, los hechos más relevantes del caso, en no más de 10 (diez) renglones.
- b) Este caso se originó con motivo de una acción de habeas corpus colectivo iniciada en favor de todas las personas mayores de 70 años detenidas en unidades carcelarias federales como imputados, procesados y/o condenados por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar. Investigue (i) la cantidad de personas condenadas en nuestro país por delitos de lesa humanidad cometidos durante

- la última dictadura militar; (ii) las principales sentencias condenatorias; (iii) el estado de detención actual de las personas condenadas; y, (iv) los distintos tipos de recursos presentados para modificar las condiciones de detención de dichas personas. Investigue y compare la opinión de quienes se manifiestan a favor y en contra de la modificación (mejora) de las condiciones de detención de las personas imputadas, procesadas y/o condenadas por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar. ¿Cuál es su opinión al respecto?
- c) Explique con sus palabras la diferencia entre la Justicia Nacional y la Justicia Federal. ¿Qué competencias tiene la denominada Justicia Nacional ordinaria?
 - d) ¿Cuál es la vía de acceso a la Corte Suprema en este caso? ¿Qué es una contienda negativa de competencia?
 - e) ¿Por qué afirma la Corte que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio?
 - f) ¿Qué significa para la Corte abandonar el criterio según el cual todos los Magistrados que integran la judicatura de la Capital de la República revisten el mismo carácter nacional?
 - g) Explique el nuevo criterio fijado por la Corte en relación a la equiparación de tribunales nacionales ordinarios y tribunales federales.
 - h) ¿Por qué entiende la Corte que el caso debe ser resuelto por la Cámara Federal de Casación Penal?
 - i) La Corte expresó en este caso que “transcurridos ya más de veinte años de la reforma constitucional de 1994, resulta imperioso que las autoridades competentes adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional”. ¿Qué mensaje está transmitiendo la Corte en este párrafo? ¿Se trata de parte del *holding* o del *obiter dictum* de la sentencia? ¿A quién está dirigido este mensaje? ¿Cuál es su alcance u obligatoriedad?
 - j) Compare esta sentencia con la decisión de la CSJN en el fallo “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Provincia de Tierra del Fuego” (CSJN, 18/12/2007). ¿Cuál es el alcance que la CSJN le da a la autonomía de la CABA en cada fallo? ¿Cree que son decisiones contradictorias?

Capítulo 4

La competencia apelada de la Corte Suprema

Federico G. Thea
Ariana Garrido
Silvina Rodríguez

I. INTRODUCCIÓN

1. Recapitulación

En los capítulos anteriores vimos que no todos los casos judiciales terminan siendo resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y que aquellas controversias que sí llegan a tratamiento del Máximo Tribunal pueden hacerlo por dos vías:

- (i) Competencia originaria y exclusiva (arts. 117 CN), que estudiamos en el Capítulo 3; y
- (ii) Competencia por apelación, que se divide en:
 - Competencia por apelación ordinaria (art. 116 CN), según la reglamentación que al efecto dicte el Congreso de la Nación (art. 117 CN); o
 - Competencia por apelación extraordinaria (arts. 116 y 117 CN), que puede ser por vía del Recurso Extraordinario Federal (arts. 14 a 16 de la Ley N° 48) o por vía del Recurso Extraordinario por Salto de Instancia (Ley N° 26790).

En este capítulo estudiaremos el acceso a la Corte Suprema por vía de apelación, tanto ordinaria como extraordinaria.

1.1. La Competencia Federal Ordinaria. Características y materias

En el capítulo anterior dijimos que la competencia judicial federal comprende:

- a) *Las causas en las que se discutan cuestiones que estén reguladas por la Constitución Nacional.* De esta competencia se ha derivado, naturalmente, el llamado “control de constitucionalidad”.
- b) *Las causas regidas por las leyes dictadas por el Congreso de la Nación, con excepción de la reserva hecha en el artículo 75, inciso 12 C.N.* Es decir, con excepción de los Códigos sustantivos, de materia y de fondo: Códigos Civil y Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y la Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados; y las leyes que se refieran a esas materias, que los hayan ampliado o modificado). Esto es así porque el artículo 75, inc. 12 CN (llamado “Cláusula de los Códigos”) le atribuye al Congreso de la Nación el dictado de normas sobre las materias mencionadas (es una atribución delegada), pero reserva su aplicación judicial a las jurisdicciones locales.
- c) *Las causas que versan sobre tratados internacionales.* La competencia federal se extiende desde las cuestiones que suscitan la aplicación de los tratados bilaterales o multilaterales con Estados extranjeros, hasta los celebrados con organismos internacionales. Pero, si los tratados forman parte de la normativa común, en razón de la materia, le corresponderá intervenir a la justicia local respectiva.
- d) Las causas en las que estén involucrados embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros.
- e) Las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima (o aérea).
Esto abarca a todos los hechos, actos y contratos referidos a la navegación y al comercio marítimo que se realicen con buques destinados a puertos extranjeros desde puertos del país y entre puertos de las provincias por ríos interiores. La competencia marítima es muy amplia, y las excepciones deben establecerse por ley.¹ La competencia judicial federal se ha extendido, también, a las causas regidas por el derecho aeronáutico, pues las mismas razones que la abonan en el caso de la marítima (regulación por el Congreso Nacional del comercio exterior o interprovincial y navegación por mares y ríos interiores) la justifican en los casos de comercio internacional o interestatal por aeronavegación.

1. Conf. Zarini, H. J. (1996). *Constitución Argentina. Comentada y concordada*. Buenos Aires: Astrea, p. 434.

f) Las causas en las que la Nación sea parte:

Tal como sucede con varias disposiciones de la Constitución Nacional (entre ellas el art. 1°) la Ley Suprema emplea el término “Nación” en reemplazo de “Estado Federal”. Así pues, la expresión debe entenderse en el sentido *cuando el Estado Federal sea parte*. Incluye los órganos de todos los poderes del Estado; los organismos descentralizados y entidades autárquicas.

g) Las causas de distinta vecindad y extranjería.

Le corresponde intervenir a la justicia federal en todos los conflictos o juicios en los que las partes litigantes sean:

- (i) dos o más provincias;
- (ii) una provincia contra los vecinos de otra provincia;
- (iii) vecinos de diferentes provincias;
- (iv) una provincia contra un Estado extranjero;
- (v) una provincia contra un habitante extranjero;
- (vi) un vecino de una provincia contra un Estado extranjero;
- (vii) un vecino de una provincia contra un habitante extranjero.

De todo este listado, solo son de competencia originaria de la CSJN:

- las causas que conciernen a embajadores, ministros y cónsules extranjeros; y
- las causas en que es parte una provincia, de acuerdo a lo previsto por el art. 117 CN y la reglamentación efectuada por el Decreto-Ley N° 1285/58.

Todos los demás casos mencionados en el artículo 116 de la Constitución Nacional son de competencia federal ordinaria y, por lo tanto, pueden eventualmente llegar a conocimiento del Máximo Tribunal por vía del recurso ordinario de apelación ante la Corte.

2. Competencia por Apelación Ordinaria: el Recurso Ordinario de Apelación ante la CSJN

Antes de que existieran las Cámaras Federales de Apelación, la Corte Suprema actuaba como tribunal de apelación ordinario de las sentencias que

dictaban los jueces federales de primera instancia. Es decir, como el Congreso de la Nación no había creado aún los tribunales de apelación contra las sentencias de los jueces de primera instancia, la Corte Suprema hacía las veces de tribunal de segunda instancia.

Artículo 108 de la Constitución Nacional

“El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”.

Artículo 75, inc. 20 de la Constitución Nacional

Corresponde al Congreso:

“Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia; crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores, y conceder amnistías generales”.

En el año 1902 el Congreso Nacional sancionó, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, la Ley N° 4055, mediante la cual se crearon las Cámaras Federales. Esta ley estableció, además, que las sentencias de las Cámaras Federales de Apelación serían a su vez apelables ordinariamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la medida en que se dieran ciertos supuestos, que fueron luego tomados también por el Decreto-Ley N° 1285 del año 1958, que rige actualmente la materia.²

Estos supuestos, en los que la Corte interviene como tribunal ordinario de segunda o tercera instancia, son aquellos en que se interpone un Recurso Ordinario de Apelación contra:

- (i) Las sentencias definitivas dictadas por las Cámaras de Apelaciones Nacionales de Capital Federal y por las Cámaras Federales en los jui-

2. Lonigro, F. V. (19/05/2010). Los modos de acceder a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Doctrina Judicial*.

cios en los que es parte el Estado Nacional y en los que el monto es igual o superior a una cifra que se va actualizando periódicamente (art. 24, inciso 6 a) del Decreto 1285/58, modificado por la Ley N° 21708).

Actualmente, para la procedencia del recurso deducido es necesario, entre otros requisitos, que el valor disputado en último término, sin sus accesorios, sea superior a la suma de \$10.890.000 (conf. Acordada CSJN N° 28/2014).

- (ii) Las sentencias dictadas en juicios por extradición de criminales reclamados por otros Estados (conf. art. 24, inciso 6 b) del Dto. 1285/58 modificado por la Ley N° 21708).
- (iii) Las sentencias dictadas en juicios originados a raíz de apresamientos o embargos marítimos sobre buques extranjeros en tiempos de guerra, sobre salvamento militar y sobre nacionalidad del buque, legitimidad de su patente o regularidad de sus papeles (conf. art. 24, inciso 6 c) modificado por la Ley N° 21708).

Asimismo, cabe agregar que la Ley N° 24463 de Solidaridad Previsional, preveía en su artículo 19 un supuesto adicional de recurso ordinario.³ Sin embargo, dicha disposición fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema en el fallo “Itzcovich”⁴ (que estudiaremos en este capítulo) y, un mes después, derogada formalmente por el Congreso de la Nación mediante la Ley N° 26025.

El Recurso Ordinario de Apelación ante la Corte Suprema no presenta mayores complejidades ni debates académicos, toda vez que está regulado de manera bastante concreta y precisa; y no da lugar a mayores debates interpretativos y márgenes de discrecionalidad –a diferencia de lo que ocurre con el Recurso Extraordinario de Apelación ante la Corte, que veremos en el siguiente apartado–.

Algunas de las principales características del Recurso Ordinario de Apelación, que lo diferencian del Recurso Extraordinario, son:

3. Su texto original disponía que “[l]a sentencia definitiva de la Cámara Federal de la Seguridad Social será apelable ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por recurso ordinario, cualquiera fuere el monto del juicio. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas”.

4 CSJN (2005). “Itzcovich”. *Fallos* 328:566.

- (i) El recurso ordinario de apelación solo opera dentro del ámbito de la justicia nacional (es decir, por la Justicia Federal y la Justicia Nacional de la Capital Federal hasta que se concrete su traspaso como tribunales ordinarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tal como estudiamos en el Capítulo 3). Esta es una diferencia muy importante con el Recurso Extraordinario, que tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio: la apelación extraordinaria del artículo 14 de la Ley N° 48 puede proceder respecto de sentencias emanadas tanto de tribunales nacionales como de superiores tribunales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- (ii) El recurso ordinario de apelación habilita a dirimir ante el Alto Tribunal todo tipo de cuestiones de derecho (ya sean federales, comunes o locales), y también cuestiones de hecho y prueba; a diferencia del recurso extraordinario federal que, como veremos en el apartado siguiente, limita las cuestiones que pueden debatirse ante la Corte (ver también el artículo 14 de la Ley N° 48).
- (iii) El recurso ordinario de apelación debe ser interpuesto en un plazo de cinco días, no requiere fundamentación y no se sustancia ante el tribunal *a quo*, sino directamente ante la Corte Suprema en la oportunidad que prevé el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Por su parte, el recurso extraordinario tiene fijado un plazo de diez días para su presentación, debe ser fundado en esa oportunidad y se encuentra prevista la sustanciación ante el tribunal *a quo* (art. 257 del código citado).
- (iv) Las impugnaciones que se sustancian a través del recurso ordinario de apelación que cumplan con todos los requisitos legales son de conocimiento obligatorio para la Corte Suprema, ya que no resultaría de aplicación la facultad discrecional que el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial le otorga al Alto Tribunal para desestimar los recursos extraordinarios (y las quejas por su denegatoria) cuando las cuestiones litigiosas son insustanciales o carentes de trascendencia.

A pesar de su denominación, el Recurso Ordinario de Apelación ante la Corte Suprema no es el más “ordinario” (en el sentido de habitual o común)

de los recursos que se presentan ante el Máximo Tribunal, sino que ese lugar lo ocupa, paradójicamente, el Recurso “Extraordinario” Federal.⁵

3. Competencia por Apelación Extraordinaria: el Recurso Extraordinario Federal

La competencia extraordinaria de la Corte Suprema en ejercicio del control de constitucionalidad deriva de los artículos 31 y 116 de la Constitución Nacional (a los que se le suman, luego de la reforma constitucional de 1994, los artículos 43 y 75, inc. 22)

Este recurso nació formalmente a partir del dictado de la Ley N° 48, sancionada el 25 de agosto de 1863, cuando hacía menos de un año que se había instalado definitivamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Era Presidente de la Argentina Bartolomé Mitre.⁶

La Ley N° 48 creó el recurso extraordinario federal mediante el cual le es posible a la Corte Suprema, en última instancia, ejercer el control de constitucionalidad de las normas y actos estatales contrarios a la Ley Suprema, en grado de apelación y a petición de parte interesada. El ejercicio de ese control genera una tensión significativa en el sistema político argentino, basado en los principios de la soberanía popular y de la división del poder,⁷ tal como adelantamos en los Capítulos 1 y 2 de este libro. Es decir, la finalidad del Recurso Extraordinario Federal es la de garantizar la supremacía de la Constitución Nacional y el orden jerárquico del derecho federal sobre las normas jurídicas provinciales o locales y sobre las de derecho común, otorgándole a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la posibilidad de tener la última palabra en cualquier caso en el que, a su criterio, estén en juego dichas cuestiones.

Al momento de sancionarse la Ley N° 48, la Corte Suprema actuaba como

5. Para ver más diferencias entre el recurso ordinario y extraordinario de apelación ante la Corte Suprema, se pueden consultar: Tribiño, C. R. (2004). Acerca de la interrelación entre los recursos ordinario y extraordinario ante la Corte Suprema. *La Ley E*, 1354; y, Pravato, L. E. (2015). El recurso ordinario ante la Corte Suprema. *La Ley E*, 333, entre otros.

6. Lonigro, F. V. (19/05/2010), *op. cit.*

7. Gelli, M. A. (2009), *op. cit.*, p. 535.

un tribunal ordinario de segunda instancia, por apelación de las sentencias dictadas por jueces federales de primera instancia (y también originariamente según lo preveía la Constitución Nacional de 1853/60). La Ley N° 48 vino a consagrar una instancia ante la Corte, que no fue pensada como una tercera instancia común, sino como una instancia excepcional a la que se accedía por apelación de sentencias definitivas dictadas por los tribunales superiores de cada provincia, con el objetivo de que la Corte controlara si esas sentencias locales no vulneraban las potestades que la Constitución Nacional ha adjudicado al Gobierno Nacional. Es decir, la idea era que el Máximo Tribunal verificara el respeto por la supremacía del orden jurídico nacional por sobre el provincial, establecida en el artículo 31 de la Ley Fundamental.

En efecto, a través del Recurso Extraordinario Federal la Corte Suprema de Justicia se encargaría de controlar la constitucionalidad de las sentencias dictadas por tribunales superiores de provincia.

Por su parte, la Ley N° 4055 estableció que las sentencias de las Cámaras Federales podrían también ser apeladas ante el máximo tribunal, extraordinariamente, en la medida que se dieran los supuestos señalados en el artículo 14 de la Ley N° 48. Es decir que serían apelables ante la Corte las sentencias definitivas dictadas por las Cámaras Federales de Apelación, por las Cámaras Nacionales de Apelación (con asiento en Capital Federal, ahora Ciudad Autónoma de Buenos Aires), por un Tribunal Superior de Provincia y por un Tribunal Superior Militar, siempre que se discutan las cuestiones a las que se refiere el art. 14 de la Ley N° 48.

Entonces, si bien la Ley N° 48 había creado ya una instancia de intervención extraordinaria de la Corte, válida para apelar sentencias dictadas por Tribunales Superiores de Provincia, con la Ley N° 4055 se amplió esa intervención extraordinaria de manera tal que también se llegaba a la Corte por apelación de sentencias dictadas por las Cámaras Federales y por las Cámaras Nacionales con asiento en la Capital Federal.

Por lo tanto, si hasta entonces la función de la Corte era asegurar la supremacía del orden jurídico nacional por sobre el provincial, ahora también sería la de mantener la supremacía de la Constitución Nacional sobre el resto del ordenamiento jurídico federal, ya que a la Corte sólo se llegaría, extraor-

dinariamente, ante la existencia de una cuestión federal (es decir, en el caso de sentencias que, ante una posible colisión entre la Constitución Nacional y una norma nacional, pudieran haber declarado la validez de estas últimas).⁸

El procedimiento judicial por el cual se sustancia la tramitación del recurso extraordinario está previsto en el Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación de la siguiente manera:

- El recurso extraordinario debe ser interpuesto ante el tribunal que dictó la resolución que lo motiva dentro del plazo de diez días desde su notificación (art. 257).
- Si el tribunal superior de la causa no concede el recurso extraordinario, el interesado podrá interponer recurso de queja por denegación del extraordinario, directamente ante la Corte Suprema y dentro de los cinco días de haber sido notificado de la denegatoria (art. 285).
- La Corte Suprema podrá desestimar el recurso de queja sin más trámite, exigir la presentación de copias de las actuaciones o la remisión del expediente (art. 285).
- Concedido el recurso extraordinario, o interpuesto recurso de queja por denegación del extraordinario, la Corte Suprema podrá, según su sana discreción y con la sola invocación de esta facultad, rechazar el recurso extraordinario o de queja por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia (art. 280).
- Si se declara procedente el recurso extraordinario o la queja, y la Corte Suprema resuelve revocar la sentencia recurrida, será aplicable el art. 18 de la Ley N° 48 (art. 285).

3.1. El Recurso Extraordinario Federal.

Requisitos comunes, específicos y formales

Los requisitos que condicionan la procedencia del recurso extraordinario se clasifican en comunes y específicos.⁹

8. Lonigro, F. V. (19/05/2010). Los modos de acceder a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Doctrina Judicial*.

9. Gelli, M. A. (2009), *op. cit.*, p. 539.

3.1.1. Requisitos comunes del Recurso Extraordinario Federal

Los requisitos comunes son aquellos cuyo cumplimiento se impone en todo proceso judicial:

- La existencia de una “causa” o “caso” judicial.¹⁰
- Que la cuestión sea “judiciable”.¹¹
- Que exista un agravio o afectación de derechos o intereses (individuales o colectivos).¹²
- Que el agravio subsista al momento de tener que dictar sentencia.¹³

10. Ver entre muchos otros CSJN, *Fallos* 186:95, 193:79, 1:27, 1:455, 2:254, 319:1654, 329:3184, 307:557, 323:672, 324:1225, 295:651, 327:5571, 326:1355.

11. Ver entre muchos otros CSJN, *Fallos* 4: 311, 33:162, 251:246 (relativos a la calificación de utilidad pública a los fines de una expropiación); CSJN, *Fallos* 247:674, 314:1234, 317:40, 327:2678, 334:1412 (relativos al régimen interno de las Universidades); CSJN *Fallos* 323:1825 (relativo al régimen de tarifas).

12. Ver entre muchos otros CSJN *Fallos* 294:34 (Interés jurídico); CSJN *Fallos*: 310:418, 314:853, 323:959, 321:3394 (Inadmisibilidad de agravios conjeturales); CSJN *Fallos* 307:2061 (Inadmisibilidad de agravios remediados durante el proceso); CSJN *Fallos* 323:629, 316:2030 (Demostración del gravamen. Carga de la prueba); CSJN *Fallos* 301:947, 322:2173, 323:1097 (Reparabilidad por otra vía); CSJN *Fallos* 316:1802, 290:216, 323:3653 (Rechazo de agravios imputables a la conducta del recurrente: Sometimiento voluntario al régimen que se quiere impugnar); CSJN *Fallos* 307:961, 314:1368, 319:2883, 308:540, 307:469 (Rechazo de agravios imputables a la conducta del recurrente: Negligencia); CSJN *Fallos* 323:1094 (Rechazo de agravios imputables a la conducta del recurrente: Prófujo); CSJN *Fallos* 319:2485, 323:285 (Rechazo de agravios imputables a la conducta del recurrente: Renuncia del derecho); CSJN *Fallos* 254:162 (Legitimación: Derechos subjetivos); CSJN *Fallos* 315: 1492, 332:111, 333:935 (Legitimación: Derechos de incidencia colectiva); CSJN *Fallos* 306:1125, 307:2384, 311:2580, 331:1364 (Legitimación: carácter de ciudadano); CSJN *Fallos* 322:528, 324:2048, 333:1023 (Legitimación: carácter de legisladores); CSJN *Fallos* 321:1352, 320: 690, 323:1339, 325:645, 325:669, 333: 1212, (Legitimación: Asociaciones); CSJN *Fallos* 321:1352, 323:4098, 326: 2777, 330:2800 (Legitimación: Defensor del Pueblo).

13. Ver entre muchos otros CSJN *Fallos* 239:459, 321:3646, 324:4300 (Comprobación de oficio); CSJN *Fallos* 5:316 (Cuestiones abstractas: Liberación del detenido en habeas corpus); CSJN *Fallos* 247:649 (Cuestiones abstractas: Opción por salir del país); CSJN *Fallos* 306:1160, 324:1096 (Cuestiones abstractas: Muerte del condenado); CSJN *Fallos* 307:1737, 308:1223, 318:550, 316:3130 (Cuestiones abstractas: Situaciones procesales); CSJN *Fallos* 316:723 (Cuestiones abstractas: Acuerdo de partes); CSJN *Fallos* 237:636, 310:819, 316:479, 330:3160, 331:549, F. 259 XLVI (Interés institucional en resolver a pesar de haberse vuelto la cuestión abstracta).

3.1.2. Requisitos específicos del Recurso Extraordinario Federal

Los requisitos específicos del Recurso Extraordinario Federal son todos aquellos que se añaden a los comunes como consecuencia de la naturaleza particular de este recurso de apelación.

Son requisitos específicos del Recurso Extraordinario Federal:

- Que exista una cuestión federal o constitucional.¹⁴
- Que haya una relación directa e inmediata de la cuestión federal con la materia debatida en el juicio.
- Que la resolución objeto del recurso extraordinario sea contraria al derecho federal invocado.
- Que la resolución recurrida sea una sentencia definitiva, en el sentido de no ser susceptible de revisión por otro organismo judicial en el mismo juicio, o de resolver el caso de una manera que no pueda ser revisada en un juicio posterior.¹⁵
- Que la sentencia definitiva objeto del recurso extraordinario haya emanado del tribunal superior de la causa.¹⁶

14. Sobre este requisito nos explayamos en el apartado siguiente.

15. La CSJN ha dicho que entiende por sentencia definitiva aquella “que pone fin al pleito e impide su continuación y aquella que causa un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior” (CSJN Fallos 323:1084, 244:279).

Sobre la asimilación (o no) a sentencias definitivas de: resoluciones sobre caducidad de instancia (ver CSJN Fallos 325:2896, 324:1359, 324:1459, 331:1186); cuestiones procesales relativas a la prueba (ver CSJN Fallos 307:2281, 321:1454); recusación (CSJN Fallos 306:1392); medidas cautelares (CSJN Fallos 256:150, 323:2205, 323:2790, 328:3638, 333:1885, 314:1202, 319:2325, 324:3213); nulidades procesales (ver CSJN Fallos 310:1486, 310:1924, 315:2584, 316:341, 318:665, 314:377, 332:2487); resoluciones sobre prisión preventiva (ver CSJN Fallos 308:1202, 310:167, 314:451, 316:635, 319:183, 324:1632, 324:3952); resoluciones sobre excarcelación (ver CSJN Fallos 234:450, 305:1022, 280:297); resoluciones sobre habilitación de la instancia en el fuero contencioso administrativo federal (ver CSJN Fallos 322:73, 323:1919, 329:2886); resoluciones sobre el principio “solve et repete” (ver CSJN Fallos 321: 1741, 322: 1284, 328:2938, 330:2498); ejecuciones fiscales (ver CSJN Fallos 188:244, 323:2819, 330:4749, 312:178, 313:170, 24:946, 325:1008, 333:185 333:935); fallos plenarios (ver CSJN Fallos 312:473, 324:4504, 330:2999, 305:1962).

16. Sobre el concepto de tribunal superior de la causa, ver CSJN Fallos 302:1337, 304:1468, 308:490, 311:2478, 334:120, 334:295, 314:916, 315:761, 331:1784 (sobre superiores tribunales de provincia); CSJN Fallos 318:514, 328:1108 (sobre Cámara Nacional de Casación Penal); CSJN Fallos 315:2555, 315:1551 (sobre sentencias inapelables por el monto, emanadas

- Que el agravio federal sea “suficiente” y las cuestiones planteadas resulten “sustanciales” y “trascendentes” (conf. art. 280 *in fine* del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).¹⁷

En relación al último requisito enumerado, cabe señalar que fue incorporado en el año 1990 por la Ley N° 23774, que modificó el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).¹⁸ Esta reforma procesal le atribuyó a la Corte Suprema una herramienta por demás discrecional para atender o denegar el control constitucional, al facultar al Máximo Tribunal “según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, [a] rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.¹⁹

En las estadísticas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se puede apreciar la cantidad de causas que son rechazadas por improcedentes (sea por incumplimiento de las cuestiones formales previstas en la Acordada N° 4/2007 o bien por aplicación del artículo 280 del CPCCN). En el cuadro que sigue, puede observarse que de los 7615 fallos dictados por la CSJN en el año 2016, 5.896 fueron para dictar el recurso planteado improcedente.²⁰

de jueces de primera instancia).

17. El art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prevé que “[c]uando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

18. Esta norma no solo introdujo modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sino que también modificó la integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aumentando de cinco a nueve el número de miembros. Dicha modificación fue dejada sin efecto en el año 2006 (ver Capítulo 1).

19. El art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación le atribuye a la Corte Suprema una herramienta discrecional para atender o denegar el control constitucional, al establecer que “[c]uando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

20. Datos correspondientes al total de fallos emitidos por la CSJN en el año 2016. Para

NO PROCEDENTES		PROCEDENTES		
<u>Por Fórmulas</u> (Art. 280, Acordada Nº 4, otras fórmulas)	<u>Otros pronunciamientos</u> (Interlocutorias y/o providencias simples, honorarios)	<u>Varios</u> (Competencias, PVA, Aclaratorias/ Revo catorias)	<u>Con remisión a precedentes</u> (Parcial y total)	<u>Sentencias con fundamentos desarrollados por la Corte</u>
5307	589	952	635	132

Aun cuando esta herramienta pueda ser útil para “aliviar” el trabajo de la Corte ante el creciente número de causas que recibe, ha recibido numerosas críticas. Tal como resume Gelli,²¹ las principales críticas son dos:

- En primer lugar, se critica la indeterminación de las causales que habilitan a la Corte Suprema a rechazar el recurso extraordinario, que son “de tal anchura que el peligro de la arbitrariedad ronda la decisión del Tribunal, con mengua de la seguridad jurídica”.²²
- En segundo lugar, se critica que no se le exija a la Corte Suprema la expresión de las razones del rechazo del recurso extraordinario, ya que esto constituye una autorización legal al Máximo Tribunal para “incumplir con uno de los principios que deben regir los actos de gobierno en general –y los del Tribunal en particular– en el sistema de la república democrática: la fundamentación en las decisiones que toman los poderes del Estado”.²³ De hecho, hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado la gravedad de este tema, en el Caso “Mohamed v. Argentina”.²⁴

información sobre otros períodos se puede consultar el sitio web de la CSJN: <http://datos.csjn.gov.ar/dataset/3fa1c718-8e02-403c-a1fb-9910eb37d16d/resource/ff3a9ec0-13aa-4a07-814c-fb685998996e/download/fallos2016.pdf>

21. Gelli, M. A. (2009), *op. cit.*, p. 548.

22. Gelli, M. A. (2009), *ibid.*, p. 549, y Garay, A. F. (1990). Comentario sobre las reformas al recurso extraordinario. *La Ley* E, 984.

23. Gelli, M. A. (2009), *ibid.*, p. 549, y Sagües, N. P. (1992) *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario Federal: tomo I*. Buenos Aires, Astrea, p. 298.

24. La Corte IDH consideró que “el hecho de que el recurso haya sido rechazado con base en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación torna en incierta la accesibilidad al mismo puesto que esa disposición habilita la denegatoria no motivada del recurso, de manera que los usuarios de la administración de justicia y, en este caso el señor

- La Cuestión Federal como requisito específico del Recurso Extraordinario

La existencia de una causa federal o constitucional directa para la procedencia del recurso extraordinario es uno de los requisitos que mayores discusiones genera.

Se trata de un requisito legal ineludible que, sin embargo, y por obra de la jurisprudencia de la Corte Suprema, es prescindible en los casos de arbitrariedad de la sentencia o gravedad institucional, donde la manifestación de la cuestión federal es indirecta.

La cuestión constitucional o federal, como requisito especial del recurso extraordinario, consiste en aquellos casos en los que se debate una cuestión de derecho que compromete la interpretación o la supremacía de la Constitución Nacional, ya sea en forma directa o indirecta.

Este requisito está contemplado en el artículo 14 de la Ley N° 48, que detalla las tres hipótesis de conflicto que suscitan el caso federal. Así, habrá cuestión federal pura o directa cuando se cuestione:

- (i) La validez de una ley del Congreso, de un tratado o de un acto de autoridad ejercida en nombre de la Nación, y la resolución apelada sea contraria a su validez.
- (ii) La validez de una ley, de un decreto o de un acto de autoridad provincial por considerarse contraria a la Constitución Nacional, a las leyes del Congreso o a los tratados, y la resolución apelada haya sido en favor de aquella validez.
- (iii) La interpretación de alguna cláusula de la Constitución Nacional, de una ley del Congreso, de un tratado o de un acto de autoridad nacional, y la resolución apelada sea contraria a la validez de la pretensión que se funda sobre dicha cláusula.

Mohamed, no pueden conocer las razones por las que no pudieron acceder a esa instancia recursiva". Corte IDH, Caso "Mohamed Vs. Argentina", Sentencia del 23 de noviembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Artículo 14 de la Ley Nº 48

“Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:

1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

2° Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio”.

Tales son las hipótesis que configuran la cuestión federal, que han sido clasificadas por la doctrina especializada de la siguiente manera:

- Cuestiones federales simples:²⁵ se dan cuando está en discusión la interpretación de cláusulas constitucionales o de normas de carácter federal (estas incluyen, naturalmente, a los instrumentos internacionales ratificados por la República Argentina y a la interpretación que de ellos realizan los órganos encargados de su aplicación e interpretación a nivel internacional).²⁶
- Cuestiones federales complejas: se dan cuando se discute la compatibilidad de normas jurídicas:

25. Ver, entre muchos otros: CSJN *Fallos* 303:696, 308:789, 318:441, 315:1492, 319:459, 321:2764, 308:176, 308:883, 308:2246.

26. Ver, por ejemplo: CSJN *Fallos* 323:4130, 326:2968, 327:5668, relacionados con la interpretación de instrumentos internacionales de derechos humanos.

- (i) de manera directa: si el conflicto se produce entre la Constitución Nacional y normas inferiores; o²⁷
- (ii) de manera indirecta: si el conflicto se produce entre dos normas que tienen atribuida una determinada jerarquía en la Constitución Nacional.²⁸

Ahora bien, conforme al artículo 15 de la Ley N° 48, corresponde excluir de ellas los casos que versan sobre la interpretación o aplicación que realice un tribunal provincial de los códigos civil, comercial, penal, de minería, de la legislación del trabajo y seguridad social y, en general, de la llamada legislación común u ordinaria. Se trata de cuestiones previstas en el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional que, aunque sean “cuestiones de derecho”, no darán lugar a la sustanciación del recurso extraordinario.

Artículo 15 de la Ley N° 48

“Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior, deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescripto en él, de tal modo, que su fundamento aparezca de los autos y tenga una resolución directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, Tratados o comisiones en disputa, quedando entendido, que la interpretación o aplicaciones que los tribunales de provincia hicieren de los códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería, no dará ocasión a este recurso por el hecho de ser leyes del Congreso, en virtud de lo dispuesto en el inciso 11, artículo 67 de la Constitución”.

De todos modos, los alcances de esa restricción han sido atenuados considerablemente con la inclusión de las sentencias arbitrarias y los casos de gravedad institucional, entre las hipótesis que hacen viable el Recurso Extraordinario Federal, cuando se manifiesta una cuestión federal indirecta.

Así, se ha dicho que las causales de procedencia del Recurso Extraordinario Federal se ampliaron en mérito a la creación pretoriana, por parte de

27. Ver, entre muchos otros: CSJN *Fallos* 308:2268, 305:2150, 323:3770, 323:385, 324:3143, 324:4048, 324:363.

28. Ver, por ejemplo: CSJN *Fallos* 320: 875.

la Corte Suprema, de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia y la de la gravedad institucional. Ambas doctrinas sirvieron como llaves para abrir este recurso en casos en los cuales, en principio, no se cumplían los requisitos formales para su admisión, o no se encontraba comprometida una cuestión de derecho federal.²⁹

a) La doctrina de la arbitrariedad de sentencia como causal de procedencia del Recurso Extraordinario Federal

En relación al concepto de “arbitrariedad de sentencia”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “sólo hay sentencia arbitraria cuando se resuelve contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley respecto al caso, se prescinde de pruebas fehacientes, regularmente traídas a juicio o se hace remisión a las que no constan en él”. Y ha complementado este concepto definiendo también qué casos no ameritan considerar determinadas sentencias como arbitrarias, al entender que “el error en la interpretación [de la ley] o en la estimación de [las pruebas], sea cual fuese su gravedad, no hace arbitraria una sentencia en el sentido propio y estricto de la expresión”.³⁰

29. Gelli, M. A. (2009), *op. cit.*, p. 547.

30. CSJN (1947). “Carlozzi c/ Tornese Ballesteros”. *Fallos* 207:72.

CSJN (1974). “Pellegrini c/ Etcheberry”. Fallos 289:107

“La arbitrariedad determinante de la invalidación de la sentencia tiene como razón esencial remediar una sustitución de lo que en derecho y justicia está mandado en punto a vigencia del orden jurídico, por la subjetiva voluntad del juzgador, vale decir, por su mero arbitrio”.

“El recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia tiende a salvaguardar lo que puede llamarse el primer principio del orden constitucional enunciado en el Preámbulo, que es afianzar la justicia, pero su excepcionalidad impone una aplicación de él en extremo restrictiva, a fin de que no se convierta en una tercera instancia ordinaria, con la consiguiente lisa y llana sustitución de la potestad específicamente propia de la justicia ordinaria por la de la Corte Suprema”.

“En el recurso extraordinario por arbitrariedad de una sentencia que resuelve cuestiones de hecho y derecho común en una causa en la que no se han articulado originariamente cuestiones constitucionales o federales, no se hace excepción a la regla según la cual dicha vía no ha de ser oportunidad para sustituir el criterio de los jueces que tienen a su cargo la aplicación de la legislación común, porque mediante este recurso no se fija una interpretación o aplicación, ni se corrigen errores posibles en la apreciación de los hechos y su prueba, sino que se descalifica, por arbitraria, en todo o en parte, la fundamentación de la sentencia recurrida y se somete la causa a nuevo juzgamiento por el tribunal competente”.

Tal como se desprende de la jurisprudencia transcripta, los supuestos de “arbitrariedad de sentencia” pueden estar relacionados con la aplicación del derecho (“arbitrariedad normativa”) o con la lectura de los hechos (“arbitrariedad fáctica”).

Entre los supuestos de arbitrariedad normativa, pueden encontrarse en la jurisprudencia de la Corte Suprema casos de sentencias *contra legem* (v. gr. CSJN, Fallos 239:367); sentencias carentes de fundamentación normativa (v. gr. CSJN, Fallos 322:2381), sentencias basadas en normas inexactas o inexistentes (v. gr. CSJN, Fallos: 301:825); sentencias que se apartan de las normas aplicables al caso (v. gr. CSJN, Fallos 319:88, 319:459, 320:1492, 324:309,

324:841); y sentencias que interpretan erróneamente la normativa aplicable (v. gr. CSJN, *Fallos* 326:1864).

Entre los supuestos de arbitrariedad fáctica, pueden encontrarse en la jurisprudencia de la Corte Suprema casos de sentencias que prescinden de pruebas decisivas (v. gr. CSJN, *Fallos* 322:1325, 327:4077), sentencias que invocan pruebas inexistentes (v. gr. CSJN, *Fallos* 239:445, 250:99, 331:583, CSJN R. 23. XLIII; RHE “Rodríguez, Jorge Oscar c/ Estado Nacional” (Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina), sentencia del 6 de mayo de 2008); sentencias con valoración de las pruebas arbitraria (v. gr. CSJN, *Fallos* 285:127, 330:2498, 331:1488); sentencias con falta de congruencia en la valoración de las pruebas (v. gr. CSJN, *Fallos* 318:1711, 319:215, 320:202, 324:1987, 318:2047); sentencias que presentan omisiones en relación a la prueba que consta en el expediente (v. gr. CSJN, *Fallos* 317:1041, 310:2936) casos de exceso ritual (v. gr. CSJN, *Fallos* 238:550, 316:696, 320:2209, 320:2326); sentencias que presentan autocontradicciones (v. gr. CSJN, *Fallos* 261:263, 319:1625); casos de afirmaciones dogmáticas (v. gr. CSJN, *Fallos* 311:2120, 322:995, 320:2748); y sentencias que resultan ininteligibles (v. gr. CSJN, *Fallos* 315:856).

Sin perjuicio de la amplitud de casos que se han ido incorporado con el correr de los años dentro de los supuestos de “arbitrariedad de sentencia”, y de que la Corte fue generalmente flexible en la materia,³¹ cabe señalar que en los últimos años la tendencia de la Corte Suprema ha girado hacia una reducción del campo de acción de la doctrina de la sentencia arbitraria.

b) La doctrina de la gravedad institucional como causal de procedencia del Recurso Extraordinario Federal

La Corte Suprema no ha ofrecido una definición precisa para identificar qué casos deben ser considerados de “gravedad institucional”. Sin embargo, sí ha empleado varias expresiones indeterminadas para referirse a este concepto

31. La Corte Suprema ha incluso afirmado que “el recurso extraordinario de arbitrariedad ha de considerarse comprendido en el art. 14 de la ley 48 porque arbitrariedad comporta violación del orden constitucional en lo esencial de él y, por ello, declararlo procedente importa tanto como declarar que hay en el caso ‘cuestión federal’ bastante para justificar la intervención de la Corte Suprema”, CSJN (1974). “Pellegrini c/ Etcheberry”. *Fallos* 289:107.

y eximir el cumplimiento de los requisitos del recurso extraordinario federal.

En palabras de nuestro Máximo Tribunal, “el recurso extraordinario ha sido instituido como el instrumento genérico para el ejercicio de la función jurisdiccional más alta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que se satisface cabalmente, cuando están en juego problemas de gravedad institucional, con su decisión por ella, desde que su fallo es precisamente el fin de la jurisdicción eminente que le ha sido conferida, aun cuando su ejercicio puede promoverse en contiendas entre particulares”.³²

CSJN (1960). “Antonio, Jorge”. *Fallos* 248:189

“Así como la ausencia de interés institucional –que la jurisprudencia contempla, en general, con el nombre de ‘cuestiones federales insustanciales’– autoriza el rechazo de plano del recurso extraordinario, también la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, superando los ápices procesales frustratorios del contralor constitucional del tribunal”.

Sin embargo, la Corte ha ido acotando también el alcance de este concepto. Por ejemplo, ha dicho que “en lo atinente a la eventual configuración de gravedad institucional, una simple alegación en ese sentido no basta, a los fines del recurso extraordinario federal, si la intervención del máximo tribunal se reclama con un propósito que se acota a la defensa de intereses netamente individuales, y no se demuestra que la situación derive en repercusiones relevantes y directas sobre la comunidad toda”;³³ y que “la alegada trascendencia económica y jurídica de [un] litigio no alcanza para configurar un supuesto de gravedad institucional, si no aparece fehacientemente demostrado que lo decidido en la causa... pueda afectar principios del orden social vinculados

32. CSJN (1960). “Antonio, Jorge”. *Fallos* 248:189.

33. CSJN (2009). “Isabel Cardozo c/ Galeno Argentina S.A.”. *Fallos* 332:1163. Del dictamen de la Procuradora Fiscal que los doctores Petracchi y Maqueda hacen suyo en su voto. La mayoría declaró inadmisibile el recurso extraordinario por aplicación del art. 280 del Código Procesal.

con instituciones básicas del derecho que autoricen a prescindir de los recaudos formales y sustanciales de la apelación extraordinaria intentada”³⁴

3.1.3. Requisitos formales del Recurso

Extraordinario Federal: la Acordada CSJN N° 4/2007

Con fecha 16 de marzo de 2007 la Corte Suprema dictó la Acordada N° 4/2007, por la que aprobó el reglamento sobre los escritos de interposición del recurso extraordinario y del recurso de queja por denegación de aquél con el objeto de catalogar los diversos requisitos que, con arreglo a reiterados y conocidos precedentes, hacen a la admisibilidad formal de los referidos escritos.

Esta Acordada fue dictada en el marco de una creciente expansión de los casos que llegaban a la Corte Suprema por la vía de la apelación extraordinaria, especialmente invocando supuestos de “sentencias arbitrarias” y cuestiones de “gravedad institucional”³⁵ Tal como recuerda Gelli, “la problemática del aumento exponencial de los recursos que llegaban a la Corte Suprema llevó a la doctrina jurídica a señalar la necesidad de implementar medidas a fin de que la Corte cubriera a cabalidad su principal misión: guardiana de la Constitución, de los derechos individuales y de los valores esenciales que hacen al entramado del tejido social”³⁶

Es en este contexto que en el año 2007 la Corte Suprema emite la Acordada N° 4/2007 estableciendo los requisitos de admisibilidad formal del Recurso Extraordinario Federal y del Recurso de Queja por denegación de aquel.

El primero de los requisitos que debe cumplir el escrito de interposición del recurso extraordinario y también el de queja por denegación de aquel,

34. CSJN (2009). “Automotores Saavedra S.A. c/ Fiat Concord S.A.”. *Fallos* 332:466. Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo.

35. Según Gelli, a estas razones debe sumarse un recurso extraordinario de apelación ante la Corte Suprema en materia previsional creado por ley, que hizo crecer sustancialmente el trabajo del Máxima Tribunal (este sistema fue finalmente, declarado inconstitucional por la Corte Suprema en el caso “Izcovich” (CSJN, 2005, *Fallos* 328:566). Ver Gelli, M. A. (2009), *op. cit.*, p. 555.

36. Ver Gelli, M. A. (2009). *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada: tomo II*. Buenos Aires: La Ley, p. 555, con cita de Morello, A. y Rosales Cuello, R. (2005). La competencia de la Corte Suprema: su presente y futuro. *La Ley* E, 2055.

previsto en el art. 1º, está referido a la extensión de los mismos. Está inspirado en el propósito de facilitar la tarea del Tribunal, notoriamente sobrecargado por la excesiva cantidad de causas que recibe.

El artículo 2º en sus diez incisos indica los datos de una carátula que debe presentarse en hoja aparte, referidos al objeto de la presentación, la enunciación precisa de la carátula del expediente, el nombre de quien suscribe el escrito, con mención de su domicilio constituido en la Capital Federal y el carácter en que interviene, la individualización de la decisión recurrida y del organismo, juez o tribunal que la dictó, la fecha de su notificación, la mención concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal, con cita de las normas involucradas y de los precedentes de la Corte si los hubiere y de la declaración que se pretende obtener, y la cita de las normas que le confieren jurisdicción a la Corte para intervenir. Del mismo modo, dispone el art. 4º, que la queja deberá contener una carátula en hoja aparte con los datos indicados en los incisos a), b), c), d) y e) del art. 2º, la mención del organismo, juez o tribunal que dictó la resolución denegatoria, la fecha de su notificación, la aclaración de si se hizo uso de la ampliación del plazo prevista en el art. 158 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) y, en su caso, la demostración de que el recurrente está exento de efectuar el depósito previsto en el art. 286 del CPCCN. Se trata de formularios que ofrecerán al Tribunal una síntesis del contenido de la impugnación, a la manera de presentación del caso, proporcionándole una primera aproximación a los distintos requisitos de admisibilidad que el recurso extraordinario y el directo deben reunir. Pueden, además, incidir positivamente en la tramitación más ágil del expediente porque contienen todos los datos que fácilmente permitirán individualizarlo a los funcionarios y empleados de la Corte.

Finalmente, las exigencias consignadas en el art. 3º, en todos sus incisos, apuntan a que el escrito de interposición del recurso extraordinario demuestre que el recurso intentado reúne los requisitos propios previstos en los arts. 14, 15 y 16 de la Ley Nº 48 y 6º de la Ley Nº 4055.

El puntilloso detalle de los datos que debe contener el mencionado escrito de interposición del recurso extraordinario con relación a la cuestión federal, a lo definitivo del pronunciamiento impugnado y al órgano emisor del mis-

mo, en verdad, son reveladores de la decisión política del Máximo Tribunal, manifestada por sus integrantes, de priorizar su rol institucional, el control de que los actos de los otros dos poderes se ajusten a la Constitución.³⁷ En este sentido, cabe señalar que la Corte ha sido muy exigente en la minuciosidad con que ha establecido los recaudos de admisibilidad de estos recursos diluyendo un criterio antiguo mediante el cual la Corte abría en el pasado ciertos recursos con algún defecto formal, argumentado que no debía estarse a un excesivo rigorismo formal.³⁸

4. Recurso de Queja por Apelación Denegada

Teniendo en cuenta que tanto el Recurso Extraordinario como el Ordinario de Apelación deben ser interpuestos ante el Tribunal Superior de la Provincia que dictó la sentencia apelada, o ante la Cámara Federal o Nacional que lo haya hecho, si estos tribunales rechazaran la procedencia del recurso, el apelante podrá interponer, ante la Corte misma, un Recurso de Queja por Apelación denegada (conf. art. 24, inciso 4 del Decreto N° 1285 modificado por la Ley N° 21708).

5. Competencia por apelación extraordinaria: el Recurso Extraordinario por Salto de Instancia (*per saltum*). La Ley N° 26790

La institución del *per saltum* consiste en la facultad de avocación de la Corte Suprema de Justicia en aquellos procesos carentes de una sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa. Su objeto reside en obviar una o varias instancias previstas por la ley antes de ser viable la intervención en la causa de la Corte Suprema, por circunstancias especiales que configuran una hipótesis de gravedad institucional.

37. Sbdar, C. B. (22/11/2007). Acordada 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Nuevas exigencias formales dirigidas a disminuir la avalancha de recursos extraordinarios por arbitrariedad de sentencia. *La Ley Sup. Act.*, 1.

38 Gelli, M. A. (2009), *op. cit.*, p. 558.

El fundamento directo de la figura del *per saltum* es la gravedad institucional, que ha permitido superar por esta vía las exigencias de sentencia definitiva y superior tribunal de la causa, extremos que integran los denominados “requisitos propios” del recurso extraordinario federal.

La primera vez que se planteó la aplicabilidad del *per saltum* fue en el caso “Dromi” resuelto el 6 de septiembre de 1990, aunque no existía una norma legal que expresamente lo previera en aquel momento. Fue una “creación pretoriana”.

Recientemente, la Ley N° 26790 incorporó al Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación dos nuevas disposiciones, los artículos 257 *bis* y 257 *ter* que regulan el recurso extraordinario por salto de instancia, receptando así expresamente un mecanismo ya adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque con una jurisprudencia sinuosa fundada en la exclusiva discrecionalidad del Alto Tribunal.

El primer artículo de la ley establece los requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario por salto de instancia, a saber:

- (i) debe tratarse de una materia eminentemente federal; esto es, de aquellas que habilitan, sí o sí, la intervención de la CSJN;
- (ii) que medie en la materia que se trate en la causa “notoria gravedad institucional”;
- (iii) que este recurso constituya el único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, a los efectos de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior.

El segundo párrafo del mismo artículo aclara que existirá gravedad institucional en aquellas cuestiones que excedan el interés de las partes, proyectándose sobre el general o público, que comprometa las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados.

De seguido, en el tercer párrafo del art. 257 *bis* del CPCCN, se establece el resguardo de restricción y excepcionalidad de este recurso, como un señalamiento a las partes litigantes de que no cualquier causa habilitará la vía del recurso extraordinario por salto de instancia. El siguiente párrafo de la misma norma incorpora más señalamientos respecto a cuándo procede el pedido de

este recurso, fijando que solo comprende a las sentencias definitivas de primera instancia, las resoluciones equiparables a ellas en sus efectos y aquellas dictadas a título de medidas cautelares. Y el último establece taxativamente que no procederá este recurso en causas de materia penal, resguardando así el principio normativo de la doble instancia derivado de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Finalmente, la segunda disposición normativa, art. 257 *ter*, regula la forma, plazo, trámite y efectos, de este recurso extraordinario por salto de instancia.

Artículo 257 *ter* del CPCCN

“El recurso extraordinario por salto de instancia deberá interponerse directamente ante la Corte Suprema mediante escrito fundado y autónomo, dentro de los diez (10) días de notificada la resolución impugnada. La Corte Suprema podrá rechazar el recurso sin más trámite si no se observaren *prima facie* los requisitos para su procedencia, en cuyo caso proseguirá la causa según su estado y por el procedimiento que corresponda.

El auto por el cual el Alto Tribunal declare la admisibilidad del recurso tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida.

Del escrito presentado se dará traslado a las partes interesadas por el plazo de cinco (5) días notificándolas personalmente o por cédula.

Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, la Corte Suprema decidirá sobre la procedencia del recurso.

Si lo estimare necesario para mejor proveer, podrá requerir al Tribunal contra cuya resolución se haya deducido el mismo, la remisión del expediente en forma urgente”.

II. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y GUÍAS PARA SU ANÁLISIS

1. Caso “Itzcovich, Mabel v/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ reajustes varios” (2005). CSJN, *Fallos* 328:566

1.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema

Buenos Aires, marzo 29 de 2005.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social que confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior que había dispuesto nuevos cálculos del nivel inicial y de la movilidad de los haberes de la jubilada y el pago de las diferencias resultantes de la comparación entre esas operaciones y los montos efectivamente percibidos, la ANSeS dedujo recurso ordinario de apelación que fue concedido según el art. 19 de la ley 24.463.

2º) Que al contestar los agravios esgrimidos por la ANSeS... la actora pide que se rechace *in limine* el recurso intentado y que se declare la invalidez de la ley 24.463, para lo cual señala que viola garantías constitucionales y el derecho a un proceso sencillo y breve contemplado en diversas convenciones internacionales que cita... objeciones de las que se corrió traslado al organismo previsional y vista al señor Procurador General.

3º) Que la interesada sostiene que la ley 24.463 instituyó un sistema de vallas para impedir que los jubilados, cuyos requerimientos son de naturaleza alimentaria, tengan un acceso efectivo y rápido a la justicia, pues les impone la necesidad de aguardar los resultados de la apelación ordinaria ante esta Corte después de haber agotado el procedimiento administrativo y debatido en dos instancias judiciales.

4º) Que la actora afirma que ello vulnera los arts. 14 bis, 16, 17, 18 y 28 de la Constitución Nacional, porque la norma que impugna diferencia indebida-

mente a los peticionarios o beneficiarios del sistema previsional de los restantes ciudadanos, que no se ven sometidos a esta dilación para el reconocimiento de sus derechos. Entiende también que se los desalienta económicamente, pues al añadirse etapas al trámite de su reclamo se cercena en mayor grado su crédito, ya que han perdido también la gratuidad del proceso por aplicación del art. 21 de la ley citada.

5º) Que las circunstancias expuestas imponen el examen de la validez de la norma cuestionada a la luz de la experiencia recogida durante los casi diez años de su vigencia, pues aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad. [...]

6º) Que según el mensaje de elevación del proyecto de la ley 24.463, la reforma se había orientado a resolver los aspectos del sistema integrado de jubilaciones y pensiones que generaban un déficit estructural y a restablecer la solidaridad de dicho régimen. Se tuvo especialmente en cuenta, a la hora de diseñar los aspectos procesales de la norma, la conveniencia de moderar el altísimo índice de litigiosidad en materia de seguridad social y evitar el dispendio jurisdiccional.

7º) Que en el estricto marco del art. 19 de la ley citada y según los antecedentes parlamentarios que precedieron a su sanción, puede advertirse la preocupación del Congreso por la solvencia del régimen de reparto y también el hecho de que la tercera instancia ordinaria tuvo en miras conceder una mayor seguridad de acierto a los fallos que deciden cuestiones de importancia para el patrimonio estatal, particularmente por la repercusión que tienen para los asuntos análogos [...]

9º) Que además la experiencia reflejada en las estadísticas demuestra que el organismo previsional no ha utilizado en forma apropiada la vía procesal bajo análisis, pues en una significativa mayoría de los recursos ordinarios que dedujo el fallo final confirmó el que había sido impugnado o declaró desierto el remedio por falta de fundamento suficiente, lo cual ha implicado –por el tiempo necesario para la tramitación y resolución– una injustificada poster-

gación en el cobro del crédito de carácter alimentario que había sido reconocido en las instancias anteriores.

10) Que si bien es cierto que hasta el presente la Corte acató la jurisdicción reglada que el Poder Legislativo le ha asignado mediante el recurso en cuestión, ello no la inhabilita para declarar que la disposición impugnada, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido indefendible, pues no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción y en su aplicación práctica compromete el rol institucional del máximo tribunal y causa graves perjuicios a los justiciables en una etapa de la vida en que la tutela estatal resulta imprescindible.

Al respecto, cabe destacar que el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional [...]

11) Que en ese orden de ideas, el procedimiento previsional se vincula con personas que, por lo general, han concluido su vida laboral y, en la mayoría de los casos, han supeditado su sustento a la efectiva percepción de los haberes que les corresponden por mandato constitucional. El fin protector de las prestaciones comprometidas justifica adoptar el criterio que más convenga a la celeridad del juicio, siempre y cuando las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas con arreglo a las reglas del debido proceso, recaudos que se encuentran asegurados por la existencia de tribunales especializados y la doble instancia.

[...]

13) Que sobre la base de las consideraciones precedentes, corresponde concluir que el art. 19 de la ley 24.463 carece actualmente de la racionalidad exigida por la Ley Fundamental y por ello debe declararse su invalidez, toda vez que cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la ley en que se encuentra inserto o bien su aplicación torna ilusorios aquéllos, de modo tal que llegue, incluso, a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional, es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal, pues precisamente esa función moderadora constituye uno de los fines supremos del Poder Ju-

dicial y una de las mayores garantías con que éste cuenta para asegurar los derechos contra los posibles abusos de los poderes públicos. [...]

14) Que la solución enunciada se aviene también con la necesidad de simplificar y de poner límites temporales a la decisión final en las controversias de índole previsional [...], respetando así los principios que resultan de convenciones internacionales y que hoy tienen reconocimiento constitucional. [...]

15) Que la autoridad institucional de este fallo no afectará el tratamiento del presente y de otros recursos ordinarios que a la fecha estén en condiciones de ser interpuestos para ante este Tribunal, toda vez que no ha de privarse de validez a los actos procesales cumplidos ni dejarse sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes en vigor [...]. Ello es así toda vez que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vean malogrados en ese trance. En mérito de ello, es necesario fijar la línea divisoria para el obrar de la nueva jurisprudencia, apoyándola en razones de conveniencia, utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia, necesidad que entraña, a su vez, la de fijar el preciso momento en que dicho cambio comience a operar. [...]

Las razones biológicas o económicas que le imprimen una especial naturaleza a esta clase de causas no autorizan a someter a los litigantes a una suerte de retrogradación del proceso que esta Corte ya conjuró en el precedente “Barry” citado. De tal modo, las causas en las que haya sido notificada la sentencia de cámara con anterioridad al momento en que el presente pronunciamiento quede firme, continuarán su trámite con arreglo a la norma cuya inconstitucionalidad aquí se dispone.

16. Que por ser ello así, corresponde examinar los agravios de la demandada, que sostiene de modo genérico que el fallo apelado es arbitrario, pero no señala los aspectos específicos de la decisión que le causan perjuicio. [...]

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, el Tribunal resuelve: Declarar la invalidez constitucional del art. 19 de la ley 24.463 con el alcance que surge de las consideraciones que anteceden y declarar desierto el recurso interpuesto por la ANSeS. Notifíquese a las partes y al Ministerio Público, comuníquese a la Cámara Federal de la Seguridad Social, publíquese en el Boletín Oficial y devuélvase. - Enrique S. Petracchi. - Augusto C. Belluscio (en disidencia

parcial). - Carlos S. Fayt. - Antonio Boggiano (en disidencia parcial). - Juan C. Maqueda (según su voto). - E. Raúl Zaffaroni (según su voto). - Elena I. Highton de Nolasco. - Ricardo L. Lorenzetti (según su voto). - Carmen M. Argibay (en disidencia parcial).

1.2. Resumen del voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni

[...]

4°) Que, no obstante que este Tribunal ha entendido hasta el presente en una considerable cantidad de recursos interpuestos con fundamento en la norma citada, estima oportuno revisar tal criterio a la luz de las circunstancias actuales y de acuerdo con los fundamentos mismos de su rol institucional como cabeza del Poder Judicial de la Nación. Tal revisión se sustenta en las razones que serán expresadas a continuación, al margen del juicio que, en otro momento, pudo merecer el criterio legislativo adoptado al sancionar la ley 24.463; ello es así, pues a esta Corte no incumbe emitir juicios históricos, ni declaraciones con pretensión de perennidad, sino proveer justicia en los casos concretos que se someten a su conocimiento (...).

5°) Que en los precedentes “Barry” y “Hussar”, (...) el Tribunal señaló que, según el mensaje de elevación del proyecto de la ley 24.463 de solidaridad previsional, la reforma se había orientado a resolver los aspectos del sistema integrado de jubilaciones y pensiones que generaban un déficit estructural y a restablecer la solidaridad de dicho régimen. [...] A partir de ello, censuró la norma del art. 24 de aquella ley por considerarla ajena a las motivaciones de la reforma y lesivas de derechos esenciales garantizados por la Constitución. [...]

Entre las circunstancias ponderadas en dichos precedentes, cabe destacar las relacionadas con el contenido alimentario de los créditos de que se trataba y con la necesidad de protección de esos créditos asegurando la mayor eficiencia y celeridad de las decisiones.

En cuanto a lo primero, se exigió una consideración particularmente cuidadosa de los créditos previsionales a fin de que, en los hechos, no se afectaran sus caracteres de integrales e irrenunciables, ya que las prestaciones correspondientes tienden a la cobertura de los riesgos de subsistencia y ancianidad,

que se hacen manifiestos en los momentos de la vida en que la ayuda es más necesaria, lo que no se compadece con la posibilidad de que las sentencias dilaten sin término la decisión de las cuestiones sometidas a los jueces. [...]

En cuanto a lo segundo, vale decir, la necesidad de asegurar la mayor eficiencia y celeridad de las decisiones, el Tribunal afirmó que el carácter de orden público de las normas sobre organización judicial, distribución de competencias o similares, no obsta a remover los obstáculos que pudieran encontrar los jueces para desempeñar eficazmente sus funciones en salvaguarda de otros preceptos legales también de orden público, como son los dirigidos a lograr la pronta terminación de los procesos cuando no se oponen a estos principios fundamentales que pudieran impedirlo.

6°) Que de acuerdo con ello y con el carácter tuitivo del régimen previsional, cabe inferir que el objetivo que el Estado perseguía mediante el establecimiento de este recurso ordinario era instalar un sistema eficiente, que permitiese cubrir mejor los riesgos de subsistencia de la población de mayor edad o incapacitada para el trabajo, estableciendo un modo de revisión judicial de los actos que “otorguen o denieguen” beneficios y reajustes. [...]

7°) Que el art. 19 de la ley 24.463, en cuanto interesa, dispone: “La sentencia definitiva de la Cámara Federal de la Seguridad Social será apelable ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por recurso ordinario, cualquiera fuere el monto del juicio”.

Según el art. 117 de la Constitución Nacional... la Corte federal ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso. En este sentido, ha de considerarse que el Poder Legislativo cuenta con facultades suficientes para reglamentar las vías recursivas según las cuales se puede acceder a la máxima instancia nacional, de acuerdo con un criterio cuya conveniencia o acierto esta Corte ha reconocido como un ámbito ajeno a la posibilidad de revisión judicial [...]. Sin embargo, ha señalado este Tribunal en innumerables casos, que la mencionada limitación no obsta a la valoración que quepa efectuar acerca de la racionalidad de las medidas adoptadas, entendida ésta como la adecuación entre el medio elegido y el fin propuesto como bien social en un momento dado. Ese medio será admisible siempre que tenga una relación racional con el fin que le sirve de presupuesto,

el cual deberá representar un interés social de intensidad tal que justifique la decisión. Asimismo, el medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional... Todo ello conforme los límites dispuestos en el art. 28 de la Constitución Nacional.

También admitió esta Corte que ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen, pudieron haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de las circunstancias objetivas relacionadas con ellas. [...]

8º) Que el Tribunal ve comprometida su misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales lo que lo lleva a ponderar cuidadosamente las circunstancias, evitando que por aplicación mecánica e indiscriminada de la norma se vulneren derechos fundamentales de la persona y se prescinda de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto, lo que iría en desmedro del propósito de “afianzar la justicia”, enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, propósito liminar que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad. [...]

9º) Que la racionalidad de las decisiones legislativas, entendida aquí sólo en el nivel de adecuación de medios a fines, en principio no es una cuestión sobre la que deba pronunciarse la magistratura. Como regla debe entenderse que corresponde al legislador proveer con leyes de organización judicial, distribución de competencia y otras, la protección de los justiciables, asegurándoles el acceso a la justicia, la mayor eficiencia y celeridad en las decisiones y una pronta y legítima terminación de los procesos.

10) Que si bien lo señalado es regla general, el art. 1º de la Constitución Nacional, al establecer el principio republicano, impone la racionalidad a todos los actos de gobierno de la República y la republicana separación de poderes debe ser funcional a ese objetivo y nunca un obstáculo a éste. Por tanto, si la inadecuación de medios a fines, como resultado de una prolongada experiencia, se torna palmaria, la regla general cede en beneficio de la plena vigencia del mismo principio republicano y queda habilitado el control judicial sobre la decisión legislativa.

11) Que esta Corte no puede negar la evidencia empírica que demuestra

que la vigencia del procedimiento establecido en el art. 19 de la ley 24.463 ha tenido, principalmente, dos consecuencias. Por un lado, ha implicado una evidente expansión del ámbito de competencia de esta Corte, tanto en el aspecto cuantitativo como en el cualitativo, con la consiguiente alteración del rol que hasta entonces venía cumpliendo.

En tal sentido, resultan elocuentes los datos estadísticos del Tribunal relativos a la gran cantidad de recursos ordinarios interpuestos con fundamento en el citado art. 19, así como la diversidad de temas fácticos y jurídicos debatidos y resueltos por esa vía. [...]

12) Que la otra consecuencia resultante de la vigencia del artículo en crisis, deriva del estudio por parte del Tribunal de los planteos traídos a conocimiento por la vía allí prevista, pues dicho estudio ha permitido advertir que, en gran número de casos, la tramitación del recurso ha implicado una injustificada postergación del cobro del crédito de carácter alimentario que había sido fundadamente reconocido en sede judicial.

Tal postergación no encuentra razonable sustento siquiera en las motivaciones de la ley en que se insertó aquel artículo, las cuales carecen de alusión a normas o principios constitucionales que justifiquen para las causas previsionales la existencia de una instancia no prevista para otras de índole –por ejemplo– civil, laboral o comercial.

13) Que, la afectación en el cobro oportuno de créditos de la naturaleza expuesta debe ser evaluada, también, a la luz del principio de igualdad desde todas sus dimensiones, pues, debe reconocerse que en la sociedad existen múltiples discriminaciones como realidad cultural, fundadas en oscuros prejuicios, que la legislación y los jueces deben esforzarse por reducir y eliminar, dando vigencia al principio de igualdad ante la ley. Una de las más odiosas es la discriminación etaria contra los adultos mayores de la población, que asocia a éstos el estereotipo negativo de incapacidad física, intelectual y afectiva, y que, como toda discriminación excluyente, bajo el manto de la piedad hacia el “inferior” postula una “tutela” que no es más que la consagración de la marginación y la exclusión social. [...]

14) Que, las consecuencias de esta discriminación, sumadas a la pérdida de condiciones dignas de vida resultantes de la demora en el pago de créditos

legítimos, al margen de los casos extremos de depresión y suicidio... acortan la vida de los adultos mayores. [...]

15) Que en el marco específico del principio de igualdad consagrado en el artículo constitucional 16 y completado por el constituyente reformador de 1994 mediante la nueva disposición del art. 75 inc. 23, el art. 19 de la ley 24.463 ha creado un procedimiento que en los hechos carga a un sector ostensiblemente discriminado de la sociedad con el deber de aguardar una sentencia ordinaria de la Corte Suprema para cobrar créditos que legítimamente le pertenecen y que han sido reconocidos por dos instancias judiciales, colocándolo en situación de notoria desventaja y disparidad con cualquier otro acreedor de sumas iguales o mucho mayores que no se encuentran obligados a aguardar una sentencia ordinaria de la Corte Suprema de Justicia para hacer efectivo su crédito y que, dadas las especiales características del crédito, no sólo afecta su derecho constitucional de propiedad sino su propio derecho a la vida, a la salud y a la dignidad propia. [...]

16) Que el Estado, durante los años de vigencia de la norma en debate, no ha podido justificar la racionalidad en la creación de la categoría sometida a tal procedimiento especial y, mucho menos, establecer un nexo racional entre tal procedimiento y los fines constitucionalmente legítimos que condicionan la materia. La postergación del proceso que en la práctica ha significado el recurso ordinario reglado se ha traducido en una manifiesta violación a la igualdad sustantiva, irrogando en los hechos una fuente de discriminación vedada por la Constitución Nacional. [...]

17) Que, asimismo, el art. 19 de la ley 24.463 debe ser ponderado en relación con lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y especialmente con lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme con el alcance e interpretación que de aquélla ha efectuado la Corte Interamericana. [...]

A su vez, el art. 2° de la convención, según el criterio de la Corte Interamericana, impone el deber de tomar medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la convención. Por la otra, la expedición de normas

y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. [...]

18) Que en orden a la distribución constitucional de poderes, el Congreso Federal debe establecer las competencias, pero esta atribución no puede ser ejercida de modo que perturbe y hasta neutralice la función de control de constitucionalidad asignada por la Constitución al Poder Judicial, acudiendo a la potestad de agotar la capacidad juzgadora de sus órganos y menos aún de su última instancia constitucional. [...]

19) Que un análisis más pormenorizado de la situación...nos lleva a considerar dos aspectos centrales, ya referidos en general: a) la naturaleza y funciones de la atribución reglamentaria del Congreso Federal establecida en los arts. 14, 75 inc. 32 y 117 de la Constitución Nacional; b) si en el caso concreto, el art. 19 de la ley 24.463 supera la pauta de control prevista en el art. 28 de la Constitución Nacional. Corresponde... comenzar por introducirnos en la cuestión de la competencia reglamentaria del Poder Legislativo y el fondo de racionalidad exigido por la norma constitucional.

20) Que en principio, esta Corte, haciendo una interpretación...debe partir de la premisa de que no puede interpretar sus disposiciones de modo que trabe el eficaz ejercicio de los poderes atribuidos al Congreso Federal para que cumpla sus fines del modo más beneficioso para la comunidad...En tal sentido debe reconocerse que el inc. 32 del art. 75 constitucional, al conferir al Congreso Federal la atribución de hacer todas las leyes y reglamentos que estime convenientes para poner en ejercicio los poderes públicos, al igual que el art. 117, al habilitarlo para establecer las reglas y excepciones para el ejercicio de la competencia apelada de la Corte Suprema, le impone contribuir a la labor gubernativa, prescribiendo una de las tantas relaciones de cooperación entre el Poder Legislativo y los otros poderes. [...] El inc. 32 del art. 75 y el art. 117 constitucionales prescriben una relación de cooperación y, en modo alguno, de interferencia, dificultad o impedimento del ejercicio de los otros poderes. Cooperar es posibilitar o facilitar el ejercicio de otro poder, o sea, precisamente el antónimo de obstaculizarlo y menos aun impedirlo. [...]

22º) Que la limitación establecida en el art. 28 de la Constitución Nacional

a la potestad reglamentaria, tiene vigencia para toda facultad reglamentaria del Congreso Federal.

Surge de ello que, conforme a la directiva general del mencionado artículo no es constitucionalmente admisible que se avance legislativamente contra derechos reconocidos en la Constitución, sea en forma directa, so pretexto de reglamentación, tanto como en forma indirecta, alterando la distribución de facultades como presupuesto para el adecuado funcionamiento de la efectiva limitación al ejercicio de poderes despóticos. En definitiva, el entendimiento armónico de los arts. 14, 75 inc. 32 y 117 constitucionales, regidos por la regla limitativa común del art. 28, indica una teleología unitariamente orientada al mejor funcionamiento de las estructuras constitucionales.

23°) Que siendo el inc. 32 del art. 75 y el art. 117 de la Constitución Nacional la base de la competencia del Congreso Federal para sancionar el art. 19 de la ley 24.463, éste sólo sería constitucional en la medida en que fuese una cooperación eficiente al funcionamiento del Poder Judicial en su cometido de decidir en tiempo y forma razonable las cuestiones que le incumben y...en la medida en que no altere las incumbencias de los respectivos poderes, como garantía de la limitación al poder del estado...

Determinada esta naturaleza y la prohibición constitucional de alterar incumbencias establecida con carácter general desde la parte dogmática por el art. 28 constitucional, corresponde indagar si el art. 19 de la ley citada respecta el límite o prohibición de alteración dispuesto en la precitada disposición constitucional.

24°) Que conforme a lo expuesto cabe interpretar que las atribuciones señaladas en los arts. 75 inc. 32 y 117 de la Constitución Nacional deben ejercerse con el objeto de hacer efectiva la pretensión fundamental de garantizar acciones y vías procesales que posibiliten un efectivo acceso al servicio de justicia y a la tutela jurisdiccional, asegurando la mayor eficiencia y celeridad de las decisiones judiciales. (...) el art. 19 de la ley 24.463 debería asegurar la pronta terminación de los procesos, cuando no se opongan a ello otros principios fundamentales, como se ha señalado para otras disposiciones análogas [...].

25°) Que, si bien es claro que la competencia apelada de la Corte Suprema la

decide el Poder Legislativo, (...), no es menos cierto que éste no establece una mera facultad del Congreso Federal, sino un deber, cual es el de reglamentar para garantizar un óptimo funcionamiento del Tribunal. Este funcionamiento depende de la adecuación de las disposiciones legales al fin constitucionalmente prescripto; la cual debe juzgarse conforme a las circunstancias concretas. [...]

26º) Que el legislador, al tiempo de la sanción de la ley 48, estableció la vía extraordinaria para el acceso a la Corte Suprema, y ello fue pacíficamente aceptado siempre, lo que significa que desde aquellos lejanos años...el Congreso Federal y la Corte Suprema reconocían que la competencia apelada no podía ejercerse por vía ordinaria de tercera instancia en forma ilimitada para todos los casos. Esto implica que siempre se ha reconocido que las reglas y excepciones que debe establecer el Congreso Federal deben ser las adecuadas para el buen funcionamiento de la última instancia de control de constitucionalidad y...una facultad ilimitada y arbitraria de atribución de competencia.

27º) Que si...el principio de restricción a la función reglamentaria del Congreso Federal establecida tanto en el art. 14, como en los arts. 75 inc. 32 y 117 está limitado por la regla general del art. 28, los hechos demuestran que no existe adecuación a esta regla en la competencia atribuida por el art. 19 de la ley 24.463 a esta Corte Suprema. Puede objetarse que serían muchas las normas emergentes del Congreso Federal que violentan la racionalidad considerada como adecuación de medios a fines en materia de reglamentación del marco de ejercicio de la jurisdicción. Al respecto es necesario observar que no es función de los tribunales tomar partido en cuestiones políticas, entendidas como supuestos de discutible conveniencia, materia que queda reservada al legislador. Es el Congreso Federal el que decide en general, y aunque la opinión personal de los jueces se incline por otras soluciones por considerarlas más racionales, estas opiniones no pueden traducirse en sentencias descalificantes de las normas legales. Pero cuando no resulta discutible la inadecuación de los medios a los fines, por ser palmaria y hasta groseramente contradictoria con los efectos manifiestos, es deber de los jueces el control sobre la norma. De lo contrario, bastaría con que los otros poderes invocasen cualquier fin constitucional para reducir a la impotencia al Poder Judicial respecto de la constitucionalidad de una norma, por mucho que ésta resultase

claramente contradictoria con el fin proclamado en el acto legislativo o en su trámite. [...] Y en el caso es claro, a la luz de los resultados de sus años de vigencia y a lo intolerable de la situación que ha creado para los justiciables y para el propio Tribunal, que el art. 19 de la ley 24.463 no ha respondido al objetivo declarado en el mensaje de elevación, que ha sido precisamente contrario a éste, y que, más aún, se aleja y contraviene la máxima preambular de afianzar la justicia [...].

28°) Que...reconociendo los fundamentos constitucionales de orden normativo y de conveniencia institucional que extienden la garantía del debido proceso sustantivo en medida necesaria para proteger a los jubilados y pensionados del dispendio jurisdiccional generado por la norma en crisis y asegurar la pronta resolución de sus juicios, corresponde afirmar que el art. 19 de la ley 24.463, si bien proviene del uso de la competencia legislativa otorgada por los arts. 117 y 75 inc. 32 constitucionales, lo hace sobrepasando el límite impuesto por el art. 28, quedando fuera del específico diseño institucional.

29°) Que sobre la base de la conclusión antecedente y de acuerdo con la limitación reconocida a la competencia reglamentaria del Congreso Federal, el art. 19 de la ley 24.463 carece de la racionalidad exigida por la Ley Fundamental. Así, las razones expresadas bastan para demostrar que el procedimiento dispuesto por la norma de marras lesiona derechos esenciales garantizados por la legalidad constitucional y no constituye una reglamentación racional de las normas superiores en juego (arts. 14 bis y 18 de la Constitución Nacional). En consecuencia, debe declararse su inconstitucionalidad, toda vez que cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la ley en que se encuentra inserto o bien su aplicación torna ilusorios aquéllos, de modo tal que llegue, incluso, a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional, es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la primacía de la Constitución Federal, pues precisamente esa función moderadora constituye uno de los fines supremos del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que éste cuenta para asegurar los derechos contra los posibles abusos de los poderes públicos [...].

30°) Que...cabe concluir en que el recurso ordinario previsto en el primer

párrafo del art. 19 de la ley 24.463, no resulta un medio ni adecuado, ni idóneo, ni necesario, ni proporcional en relación con los derechos, intereses y valores que el Estado está llamado a proteger en la materia bajo examen. [...].

31°) Que...la autoridad institucional de este fallo no debe afectar el tratamiento del presente y de otros recursos ordinarios que a la fecha estén en condiciones de ser interpuestos para ante este Tribunal, ya que no ha de privarse validez a los actos procesales cumplidos ni dejarse sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes en vigor...Ello así, toda vez que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios asentados ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vean malogrados en ese trance...es necesario fijar la línea divisoria para obrar de la nueva jurisprudencia, apoyándola en razones de conveniencia, utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia, necesidad que entraña, a su vez, la de fijar el preciso momento en que dicho cambio comience a operar [...].

Las razones biológicas o económicas que le imprimen una especial naturaleza a esta clase de causas no autorizan a someter a los litigantes a una suerte de retrogradación del proceso que esta Corte ya conjuró en el precedente “Barry” citado. De tal modo, las causas en las que haya sido notificada la sentencia de cámara con anterioridad al momento en que el presente pronunciamiento quede firme, continuarán su trámite con arreglo a la norma cuya inconstitucionalidad aquí se dispone. [...]

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal el Tribunal resuelve: Declarar la invalidez constitucional del art. 19 de la ley 24.463 con el alcance que surge de las consideraciones que anteceden y declarar desierto el recurso interpuesto por la ANSeS. Notifíquese a las partes y al Ministerio Público, comuníquese a la Cámara Federal de la Seguridad Social, publíquese en el Boletín Oficial y devuélvase. - Juan C. Maqueda. - E. Raúl Zaffaroni.

1.3. Resumen del voto de la jueza Argibay

1°) Que la sentencia de la Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social confirmó el pronunciamiento de primera instancia que había hecho lugar parcialmente a la demanda de reajuste deducida por la actora. [...]

2°) Que... el organismo... se limita a señalar en forma genérica que el fallo

es arbitrario y a invocar diversos precedentes de esta Corte, sin advertir que fueron los que aplicó el juzgador.

La actora contestó dichos agravios con la solicitud de inconstitucionalidad de la ley de solidaridad previsional en cuanto permite la deducción del remedio procesal intentado, por vulnerar los derechos consagrados en los arts. 14 bis, 16, 17, 18 y 28 de la Constitución Nacional. [...]

La señora Itzcovich efectúa una serie de argumentos de los que se infiere que la demandada, al hacer un uso inapropiado de la vía recursiva que tenía a su alcance, vulnera su derecho a un proceso sencillo y breve garantizado en la Constitución Nacional y numerosas convenciones internacionales en el momento de su vida en que la asistencia es más necesaria. Asimismo, que la ampliación de la competencia de la Corte en materia previsional la distingue indebidamente de los restantes ciudadanos, pues éstos no necesitan transitar por tres etapas para cobrar los créditos que les son reconocidos.

3º) Que por la forma en que ha sido deducida la expresión de agravios y su respuesta, resulta necesario aclarar que no se le pide a esta Corte un pronunciamiento sobre el acierto, mérito o conveniencia de la vía procesal que el legislador previó en el art. 19 de la ley 24.463, sino determinar si su aplicación en el caso provoca desmedro constitucional.

A tal efecto, debe examinarse si la tercer instancia objetada, constituye o no la restricción alegada y si ella permite cumplir el fin que se propuso el legislador de moderar el altísimo grado de litigiosidad en la materia, evitar el dispendio jurisdiccional y restablecer la solvencia del régimen de reparto. Esto, por cuanto, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando introducen una limitación a los derechos y ello no constituye un medio que se adecue a los fines cuya realización procuran. [...]

4º) Que a casi una década de la sanción de la Ley de Solidaridad Previsional, se advierte que el número de expedientes que ingresan al Tribunal por recurso ordinario de apelación, es altísimo. Cada una de tales impugnaciones requiere para ser resuelta, el cumplimiento de actos con plazos procesales propios y el estudio casuístico de aspectos de hecho y prueba que, por su naturaleza, son ajenos a la competencia excepcional que le corresponde a esta Corte por vía apelada. Tal expansión cuantitativa y cualitativa entorpece y

afecta el eficaz cumplimiento de su función de custodio e intérprete último de la Carta Magna, a punto tal que el rol institucional que le ha sido encomendado se ha visto totalmente desdibujado en los últimos años.

Pero al retardo objetivo que implica una nueva etapa revisora debe añadirse que, en muchos casos, la demandada la utiliza con la única intención de postergar el cumplimiento de sus obligaciones. Los datos estadísticos revelan que una significativa mayoría de los fallos que impugna quedan firmes, ya que sus recursos son rechazados o declarados desiertos por falta de fundamento suficiente.

5º) Que la experiencia recogida deja a la vista que el recurso de apelación ante esta Corte en materia previsional, lejos de evitar el dispendio jurisdiccional, lo provoca. Por otro lado, el objetivo de conseguir una interpretación uniforme en materia de la Seguridad Social resulta suficientemente cumplido, pues a esta altura, los principales aspectos de la ley 24.463 han sido interpretados. De igual manera, la meta de que sean previstos los requerimientos financieros del sistema se ha visto alcanzada con otras normas que rigen en la materia y fijan plazos y modalidades. [...]

6º) Que no puede dejar de señalarse, que esta falta de adecuación de medios a fines se hace más notable si se repara, en que el crédito reconocido al jubilado tiende a cubrir riesgos de subsistencia y ancianidad, por lo que el retardo en el pago que implica la adición de una tercer instancia ordinaria, termina despojándolo de su sentido.

Además, la naturaleza previsional de las prestaciones no se compadece con la posibilidad de que las sentencias se dilaten, máxime cuando existe una jurisdicción especializada que garantiza que las cuestiones puedan ser revisadas en dos instancias judiciales y resguarda las reglas del debido proceso al permitir que las partes tengan suficiente oportunidad de ser oídas.

7º) Que en tal sentido, la doctrina de esta Corte en cuanto a la necesidad de simplificar y poner límites temporales a la decisión final de las controversias [...], que ha tenido su correlato en materia previsional...es coincidente con principios que resultan de convenciones internacionales que hoy tienen reconocimiento constitucional. [...]

8º) Que lo hasta aquí expuesto, basta para corroborar que el recurso ordinario de apelación establecido en el art. 19 de la ley 24.463, impide obtener,

en un plazo razonable, una decisión judicial que ponga fin a la controversia planteada al alterar la competencia apelada de esta Corte...lo que no encuentra justificación en los fines que se propuso el Congreso Nacional. [...]

9. Que cabe concluir que de acuerdo a la doctrina inalterable de este Tribunal, le es lícito dejar de aplicar un precepto que entra en colisión con enunciados de la Constitución Nacional al tornar ilusorios los derechos por ella consagrados...

Por ello y habiendo dictaminado la Procuradora Fiscal, se declara la inconstitucionalidad del art. 19 de la Ley de Solidaridad Previsional para el caso y la improcedencia del recurso ordinario de apelación concedido a fs. 86. - Carmen M. Argibay.

1.4. Guía para la lectura y el análisis del caso “Itzcovich”

A partir de la lectura y el análisis del fallo “**Itzcovich, Mabel v/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ reajustes varios**”, (CSJN, 29/03/2005), y de la bibliografía complementaria que estime corresponder, resuelva las siguientes consignas:

- a) Relate, **con sus palabras**, los hechos más relevantes del caso, en no más de 10 (diez) renglones.
- b) ¿Qué tipo de acción judicial entabló la Sra. Itzcovich? ¿Cuál era su pretensión? ¿Contra quién dirigió la demanda?
- c) ¿Por qué vía llegó el expediente a la Corte Suprema? ¿Qué recurso se interpuso? ¿Quién interpuso el recurso?
- d) Describa las disposiciones del artículo 19 de la Ley N° 24463.
- e) ¿Qué objetivo tuvo en mira el legislador al momento de sancionar la ley? ¿Cuáles fueron, para la Corte, las consecuencias de la sanción de la ley?
- f) La parte actora afirma que el art. 19 de la Ley N° 24436 viola garantías constitucionales. Detalle sus argumentos principales.
- g) ¿A quién le corresponde regular los supuestos en los que las sentencias son apelables por recurso ordinario?
- h) ¿La norma impugnada tenía algún vicio de inconstitucionalidad en su origen? ¿Qué argumentos llevan a la Corte a declarar la inconstitucionalidad del artículo 19 de la Ley N° 24436? ¿En qué fecha se sancionó la ley impugnada? ¿En qué fecha se declara inconstitucional?

- i) La Corte afirma que “el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional”. Explique de qué manera se afectó en este caso el principio de razonabilidad.
- j) ¿Qué alcance le da la Corte a su fallo? Explique la línea divisoria que define la Corte para el obrar de la nueva jurisprudencia.
- k) ¿Cómo debe interpretarse el art. 19 de la Ley N° 24463 en relación con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, y especialmente con lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos? (Ver voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni).
- l) ¿Por qué motivo la jueza Argibay vota en disidencia parcial? ¿En qué se diferencia del voto de la mayoría?

2. Caso “Anadon, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido” (2015). CSJN, *Fallos* 338:724

2.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema

Buenos Aires, 20 de agosto de 2015

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al modificar la sentencia que había hecho lugar a la demanda de indemnización por despido, condenó al Estado Nacional –Comisión Nacional de Comunicaciones, hoy Administración Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones– ... a pagar la suma de \$ 1.366.911,58, más intereses.

2º) Que contra esa sentencia, el Estado Nacional interpuso recurso ordinario de apelación que, concedido por el a quo, fue fundado, y replicado por el actor [...]

3º) Que el recurso ordinario es formalmente admisible puesto que se dirige contra una sentencia definitiva, dictada en una causa en que la Nación es parte y el valor disputado en último término, sin sus accesorios, excede el mí-

nimo legal previsto por el art. 24, inc. 6°, apartado a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de esta Corte, vigente al momento en que fue notificada la sentencia.

4°) Que en su contestación el actor plantea la inconstitucionalidad de la vía recursiva prevista en el art. 24, inc. 6°, apartado a, del decreto-ley 1285/58 en cuanto establece que “la Corte Suprema de Justicia conocerá por apelación ordinaria de las sentencias definitivas de las cámaras nacionales de apelaciones, en las causas en que la Nación, directa o indirectamente, sea parte, cuando el valor disputado en último término, sin sus accesorios sea superior a la suma fijada por la resolución 1360/1991 de esta Corte, posteriormente modificada por la acordada 28/14.

El actor sostiene que: (a) la intervención de la Corte Suprema como tercera instancia altera su rol como intérprete final de la Constitución, y la convierte en un tribunal de instancia común; (b) el criterio “meramente economicista” del recurso ordinario pretende dilatar un proceso que tiene como parte actora a un trabajador que reclama créditos alimentarios solicitando la aplicación de normas protectoras del trabajo (art. 14 bis, Constitución Nacional); (c) la norma es discriminatoria respecto de los sujetos privados, pues solo el Estado tiene la posibilidad de dilatar los pagos cuando superan determinados montos; (d) la vía del recurso ordinario ha devenido irrazonable porque no se adecúa a los eventuales fines que pudo haber tenido, referidos al déficit crónico de los recursos estatales y, en particular, porque el ente demandado cuenta con recursos propios no afectados a ejecución presupuestaria, y (e) el remedio cuestionado prolonga indebidamente los litigios contra el Estado. En subsidio, contesta la apelación.

5°) Que del planteo de inconstitucionalidad este Tribunal dio traslado al Estado Nacional. En su contestación, el Estado afirma que el recurso ordinario apunta a defender el patrimonio público en beneficio del interés general. Distingue este caso del precedente “Itzcovich” de esta Corte... al sostener que en este caso no está en juego el reconocimiento de los derechos de un colectivo vulnerable en los términos del art. 75, inciso 23 de la Constitución Nacional. Considera por último que la tercera instancia ordinaria es un medio razonable para garantizar la legalidad de las sentencias relevantes, cuyo pago

deberá ser afrontado por la comunidad entera, en perjuicio de otros fines públicos del Estado.

6°) Que según el art. 117 de la Constitución Nacional... corresponde al Congreso de la Nación diseñar las reglas y excepciones mediante las cuales la Corte Suprema de Justicia ejercerá su jurisdicción por apelación. Tal atribución, como toda competencia reglamentaria del Congreso, debe ser ejercida conforme al estándar de razonabilidad establecido en el art. 28. Corresponde, entonces, examinar si el medio escogido por el legislador resulta proporcional al fin previsto... si la apertura de la tercera instancia ordinaria se encuentra justificada en función del propósito perseguido por la norma de brindar mayor seguridad de acierto a las sentencias que deciden cuestiones de determinada cuantía en las que el Estado es parte y que, por esa razón, son capaces de comprometer el patrimonio de la Nación.

Para ello, es preciso considerar la incidencia que aquella habilitación amplia de la jurisdicción del Tribunal tiene con relación a sus demás atribuciones y competencias con el objeto de sopesar esa eventual afectación con el fin de la norma.

7°) Que los aspectos estructurales del recurso ordinario de apelación surgen de la ley 4055 aprobada por el Congreso en el año 1902...

A 113 años del debate parlamentario sobre la cuestión, el análisis de proporcionalidad deberá necesariamente considerar si la tercera instancia ordinaria pudo haber devenido...contraria a la función que la Constitución le encomienda a la Corte [...]

Las leyes –ha dicho repetidamente este Tribunal– solo pueden ser interpretadas de acuerdo a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, está destinada a regir hechos posteriores a su sanción [...]

En aplicación de este criterio interpretativo en el ya citado precedente “Itzcovich” se declaró la inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 24.463 al resolver que, aun cuando la competencia recursiva ordinaria previsional no era incorrecta en su origen, “había devenido indefendible y carente de la racionalidad exigida por la ley” [...]

8°) Que el art. 24, inc. 60, apartado a del decreto-ley 1285/58 circunscribe

la procedencia del recurso ordinario a procesos en los cuales el Tribunal actúa como tercera instancia de revisión de la sentencia definitiva. En la lógica de la ley 4055 [...] las cámaras nacionales fueron diseñadas como el tribunal de apelación donde culminaría el trámite ordinario de las causas, salvo para la decisión de aquellos casos que justificaban una intervención de la Corte Suprema “muy restringida pero inevitable”...

Como se advierte, el supuesto de recurso ordinario que aquí se cuestiona considera un único indicador objetivo de la relevancia que un juicio pueda tener para el Estado, referido a la mayor entidad económica.

9º) Que [...] desde 1905 este Tribunal ha entendido al recurso ordinario –en las causas en las que el Estado es parte y se supera un monto establecido– como el medio dentro de las diferentes opciones de política que pudo haber considerado el legislador para “garantizar los derechos del fisco nacional”... y para conceder mayor seguridad de acierto a las sentencias que deciden cuestiones de determinada cuantía, capaces de comprometer el patrimonio de la Nación [...]

10) Que hasta el presente el Tribunal acató la jurisdicción reglada que el Poder Legislativo estableció mediante el recurso en cuestión, pero ello no lo inhabilita para declarar que la disposición impugnada ha devenido indefendible con el tiempo, y que su aplicación práctica compromete el rol institucional que emana de su primera y más importante función, concerniente a la interpretación de cuestiones federales, en particular las referidas a la vigencia de los derechos fundamentales y el sistema representativo, republicano y federal [...].

Existen razones de trascendencia, tendientes a preservar y fortalecer el rol institucional de la Corte, que justifican la utilización de un riguroso criterio hermenéutico de los supuestos que dan lugar a su competencia apelada, para que de este modo lleve a cabo una profundización del ejercicio de su jurisdicción constitucional más eminente. A tales fines, se deben dejar de lado aquellos casos que, al amparo de una regla interpretativa diversa de la enunciada o de entronizar principios infraconstitucionales, desnaturalicen la función constitucional del Tribunal.

11) Que... la efectividad del principio de supremacía constitucional –con-

sagrado en el art. 31 de la Constitución– demanda un régimen de control de la constitucionalidad de las leyes, normas y actos de los gobernantes, que en nuestro sistema es judicial y difuso, y que está depositado en todos y cada uno de los jueces. A su vez, la eficacia y uniformidad de ese control requiere la existencia de un tribunal especialmente encargado de revisar las decisiones dictadas al respecto, órgano que... no es otro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De ahí que haya sido expuesto de manera consistente y reiterada desde sus primeros pronunciamientos que es el intérprete y salvaguarda final de las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional [...]

El instrumento legal que por excelencia dirige tan elevada misión por parte de la Corte lo constituye la ley 48, reglamentaria del art. 31 de la Constitución [...], de modo que el carácter supremo que la Ley Fundamental ha concedido al Tribunal determina que la doctrina que este elabore, con base en la Constitución y en la ley citada, resulte el paradigma del control de constitucionalidad en cuanto a la modalidad y alcances de su ejercicio. Esta Corte –fue anunciado ya en abril de 1853– “es la que ha de formar, por decirlo así, la jurisprudencia del código constitucional” (“Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales”, Santa Fe)

12) Que, como se adelantó en el considerando 7º, la razonabilidad de la norma cuya validez constitucional se cuestiona debe evaluarse a la luz de las nuevas y diversas problemáticas que durante los últimos años han sido traídas ante los estrados de este Tribunal. Desde esta perspectiva, la incorporación de “Nuevos Derechos y Garantías por la reforma de 1994 ha provocado crecientes demandas sociales que exigen de los tres poderes del Estado darle contenido al derecho a “un ambiente sano, apto y equilibrado para el desarrollo humano (art. 41) [...]

También durante esta última década la Corte ha debido responder a los reclamos de los justiciables –basados en la constitucionalización de los derechos humanos (art. 75, inc. 22)– en orden a la satisfacción de necesidades sociales básicas insatisfechas. [...]

Asimismo, se ha pronunciado en conflictos constitucionales en los cuales los derechos tradicionales han tenido que ser evaluados a la luz del impacto de innovaciones científicas y tecnológicas [...]

Cabe igualmente mencionar la significativa expansión de la tarea de la Corte emergente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha dado lugar al dictado de sentencias tendientes al reconocimiento de estos derechos [...] como también a asegurar el cumplimiento de las decisiones adoptadas respecto de nuestro país por los órganos internacionales (“Espósito”, Fallos: 327: 5668; “Derecho”, Fallos: 334: 1504) [...]

13) [...] A tal punto debe entenderse la trascendencia y novedad de la tarea señalada que la resolución de estas causas exige abrir –para intentar llegar a una respuesta socialmente aceptable en el marco de un principio de cooperación con los otros poderes del Estado– canales de diálogo institucionales impensados hace más de un siglo como lo constituyen la realización de audiencias públicas para lograr “la participación ciudadana y la difusión pública del modo en que esta Corte conoce de la jurisdicción más eminente que le confiere la Constitución Nacional” [...]

A la complejidad de este tipo de causas responde también la introducción de la figura del *amicus curiae* ante los estrados de la Corte para “enriquecer la deliberación en cuestiones institucionalmente relevantes, con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico” [...]. Y “al verificado incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país”, responde el establecimiento de un Registro de Acciones Colectivas [...]

14) Que este criterio de trascendencia para delimitar su tarea gobierna de manera general la jurisdicción del Tribunal.

En su competencia originaria, ha adoptado lineamientos cada vez más estrictos pues una significativa expansión de su ámbito afecta “los siempre limitados recursos humanos y materiales existentes que en gran medida están siendo destinados al conocimiento y decisión de asuntos que, por su naturaleza y más allá de su fuente, son ajenos a la trascendente e insustituible atribución institucional de este Tribunal” [...]

En su instancia apelada extraordinaria, ha interpretado la doctrina de la arbitrariedad para limitar los casos que llegan por esa causal a sus estrados, pues de otra manera el Tribunal se transforma en “una tercera instancia ordinaria” para revisar decisiones judiciales [...].

15) Que...el Congreso ha dotado a esta Corte de instrumentos legislativos que tuvieron por objeto alejar de su competencia los casos que no revistan tan especiales características y habilitarla en aquellos que, por el contrario, cumplen con esa condición.

Así, en 1991 reconoció al Tribunal la posibilidad de desestimar las apelaciones extraordinarias, en base a un juicio de “sana discreción” con la sola invocación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuando el agravio federal fuera insuficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren “insustanciales o carentes de trascendencia” (ley 23.774).

En el año 2002 derogó el art. 195 bis del citado código que permitía recurrir directamente ante la Corte Suprema respecto de las medidas cautelares que directa o indirectamente “afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las Municipalidades, de sus reparticiones centralizadas o descentralizadas, o de entidades afectadas a alguna actividad de interés estatal” (ley 25.587).

En 2005 derogó el recurso ordinario previsional haciéndose eco del dictado del precedente “Itzcovich” de esta Corte (ley 26.025).

En 2012 insistió en el estándar de trascendencia sujeto a la sana discreción de este Tribunal para habilitar su competencia extraordinaria al establecer la vía de apelación por salto de instancia solo para “aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados”. El legislador dejó también en esa ocasión en manos del propio Tribunal la valoración de la admisibilidad de la cuestión planteada ante sus estrados pues “la Corte habilitará la instancia con alcances restringidos y de marcada excepcionalidad” (ley 26.790).

16) Que habida cuenta de lo expresado, la vigencia del recurso ordinario de apelación debe evaluarse a la luz de la interpretación contemporánea de las funciones de esta Corte que surge tanto de su jurisprudencia como de la legislación dictada por el Congreso de la Nación, y teniendo en especial

consideración la necesidad de fortalecer los mecanismos de control de constitucionalidad que aseguren la supremacía de la Constitución Nacional con vistas a “afianzar la justicia”.

17) Que... el recurso ordinario aquí cuestionado constituye un ámbito de expansión de la competencia de esta Corte [...] que prescinde del criterio de trascendencia señalado. La admisibilidad basada en el valor económico del pleito, en tanto permite someter casos al Tribunal sin acreditar una cuestión de derecho federal, se encuentra en abierta contraposición con las señaladas funciones de esta Corte en los considerandos 11 al 15.

[...] La Corte Suprema debe fallar todos los asuntos en que pueda estar comprometido algún principio constitucional, sin que estas cuestiones se midan por la cantidad de dinero que puedan importar, porque un caso en el que esté en juego una suma muy elevada puede depender de una norma de derecho común, mientras que una cuestión de unos pocos centavos, puede afectar todo el sistema de la propiedad y quizás todo el sistema constitucional. Por consiguiente, nunca puede servir el criterio de la cantidad, sino el de la calidad de las causas.

Considerando el requisito económico como lo hace la legislación impugnada, el recurso ordinario se apoya entonces en un criterio que no tiene hoy cabida dentro del rol constitucional de este Tribunal.

18) Que desde la perspectiva de la trascendente tarea de esta Corte, la distinción que la norma establece para el acceso a la revisión ordinaria entre los procesos patrimoniales de cierto monto en los que una de las partes es la Nación, y los litigios en las que no se dan esos extremos ha devenido irrazonable.

Se trata de un privilegio para unos casos y restricción total para otros respecto de posibilidades concretas de actuación en una tercera instancia ordinaria. En otros términos, no se trata de equilibrar prerrogativas estatales y garantías de particulares sino del reconocimiento de una revisión íntegra y ordinaria para unos y la imposibilidad de un recurso con ese alcance para otros.

Teniendo presente entonces que la competencia de la Corte debe regirse por criterios que hagan a la salvaguarda de principios constitucionales, y que, como se ha dicho, un parámetro cuantitativo y mecánico, como cierto

valor económico del litigio, no es un medio de por sí idóneo para evaluar la afectación de los valores de nuestra Carta Fundamental, deviene en insostenible la distinción efectuada en el art. 24, inciso 6°, apartado a, del decreto-ley 1285/58.

A su vez, la discriminación entre los procesos judiciales según que la Nación sea o no parte, tampoco se adecúa al rol constitucional que guía la competencia de esta Corte.

Es que la apelación ordinaria ante este Tribunal, si bien comprende la potestad recursiva de ambas partes, únicamente tiene en miras la protección de recursos del Estado. Esta relevante finalidad tuitiva del Estado tiene adecuada protección ante otras instancias... y no se condice con el rol constitucional que esta Corte tiene asignado.

19) Que, por las razones expuestas, la vigencia de esta vía de apelación en la actualidad se contrapone a la misión específica del Tribunal, por lo que cabe declarar la inconstitucionalidad del artículo 24, inciso 6°, apartado a, del decreto ley 1285/58.

20) Que esta conclusión conduciría al inevitable rechazo de la pretensión recursiva de la demandada en el presente caso. Sin embargo, la autoridad institucional de este fallo no debe afectar el tratamiento del presente y de otros recursos ordinarios que a la fecha estén en condiciones de ser interpuestos ante este Tribunal, ya que no ha de privarse de validez a los actos procesales cumplidos ni dejarse sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes en vigor (conf. doctrina de la causa “Itzcovich” y sus citas). Ello así, toda vez que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios asentados ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vean malogrados en ese trance. En mérito de ello, es necesario fijar la línea divisoria de aplicación de esta nueva jurisprudencia y fijar el preciso momento en que dicho cambio comience a operar. De tal modo, las causas en las que haya sido notificada la sentencia de cámara con anterioridad al momento en que el presente pronunciamiento quede firme, continuarán su trámite con arreglo a la norma cuya inconstitucionalidad aquí se dispone.

[...]

22) Que el juez de primera instancia tuvo por acreditado que desde la

incorporación de...Anadon a la Secretaría de Comunicaciones primero (año 1960) y a la demandada –Comisión Nacional de Comunicaciones– luego (año 1991), este cumplía un horario, respondía a un jefe y concurría periódicamente a las oficinas de la entidad, lo cual implicó su desempeño en forma subordinada. Asimismo, entendió que bajo la figura de la locación de servicios, a partir del año 1992, se pretendió encubrir la verdadera naturaleza de la relación laboral y que las tareas desarrolladas por Anadon tenían las notas características de la relación de empleo que define el art. 21 de la Ley de Contrato de Trabajo, es decir que estableció la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la Comisión Nacional de Comunicaciones a partir del año 1992. A efectos de determinar el monto de la indemnización por despido tuvo en cuenta que se había acreditado la percepción por parte del actor en septiembre de 1992 de un resarcimiento al haber sido desvinculado de la entonces Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

23) [...] La cámara, modificó la sentencia y... elevó el monto de la condena al admitir los reclamos de indemnización fundados en el art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo y en la ley 24.013.

[...] Señaló que la demandada no había atacado los fundamentos en virtud de los cuales el juez de la anterior instancia había establecido la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la demandada a partir del año 1992. [...]

Entendió que las contrataciones realizadas eran manifiestamente fraudulentas, estaban en contradicción con las disposiciones de los arts. 14 y 21 de la Ley de Contrato de Trabajo, buscaban evadir la totalidad de la normativa laboral y, [...] transgredían el orden público. [...]

En consecuencia, admitió el reclamo en este aspecto y reconoció el importe de la multa consistente en tres meses de la mejor remuneración mensual, normal y habitual.

Con relación al agravio de la: actora [...] expresó la cámara que la demandada había ocultado la relación laboral para evadir al Fisco y desplazar los derechos reconocidos al trabajador, todo lo cual constituía una conducta típicamente antisocial. Agregó que del escrito de responde surgía que el actor expedía recibos a nombre de la Facultad de Ciencias Económicas, que los aportes jubilatorios estaban a su cargo y que los honorarios no eran otra cosa

que remuneraciones y, por ello, entendió la alzada que la evasión de aportes surgía ínsita de los términos de dicho escrito.

Señaló que la carga de registro y de extensión de certificaciones pesa sobre el empleador directamente y, al tratarse de obligaciones de hacer...ella no puede ser suplida por un individuo distinto del empleador; en la medida en que el obligado es este último, su débito no puede ser reemplazado por su deudor solidario.

Añadió que el registro por quien no es empleador impide considerar a la remuneración como adecuadamente registrada [...] y, hace pasible al empleador de las multas de la mencionada ley, [...] y que, ello es pertinente en mayor medida cuando no ha existido ninguna registración por haberse fraguado la condición laboral del dependiente.

[...]

25) Que el Estado Nacional se agravia porque considera que la sentencia de cámara carece de sustento legal y se torna antijurídica al haber dispuesto una indemnización en los términos del artículo 9° de la ley 24.013[...] por aplicación del artículo 15 de la citada ley.

Sostiene que, para el supuesto que esta Corte entendiere procedente alguno de los conceptos, la liquidación contiene operaciones incorrectas.

En tal sentido, señala que el monto tomado como mejor remuneración no se corresponde con la realidad. [...]

26) Que en cuanto a la relación laboral existente entre las partes, el memorial de la demandada no rebate adecuadamente los fundamentos de la sentencia apelada. Sus quejas solo constituyen una mera reiteración de argumentos dados en las etapas anteriores del proceso y no agregan elementos nuevos u otras razones que justifiquen una solución distinta a la adoptada, por lo que resultan ineficaces a fin de obtener la revocación del pronunciamiento que se solicita.

[...]

28) Que la queja vinculada a que la sentencia impugnada “arrastra la imperfecta consideración que efectuara el juez de grado respecto del pago de la indemnización percibida por el distracto ocurrido en el año 1992”, debe ser desestimada. No pueden someterse a conocimiento de este Tribunal planteos que no fueron propuestos oportunamente ante la alzada, habida cuenta de que

todo cuestionamiento ajeno a ese límite resulta fruto de una reflexión tardía y no puede ser examinado en la vía de la apelación ordinaria en tercera instancia (artículo 277 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [...])

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se resuelve:

1º) Declarar la inconstitucionalidad del artículo 24, inciso 6º, apartado a, del decreto-ley 1285/58;

2º) Declarar desierto el recurso ordinario de apelación deducido por la demandada;

3º) Aclarar que las causas en las que haya sido notificada la sentencia de cámara con anterioridad al momento en que el presente pronunciamiento quede firme, continuarán su trámite con arreglo a la norma cuya inconstitucionalidad aquí se declara;

4º) Imponer las costas a la vencida.

Ricardo L. Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Juan C. Maqueda.

2.2. Guía para la lectura y el análisis del caso “Anadon”

A partir de la lectura y el análisis del fallo “**Anadon, Tomás Salvador e/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido**” (CSJN, 20/08/2015) y de la bibliografía complementaria que estime corresponder, resuelva las siguientes consignas:

- a) Relate, **con sus palabras**, los hechos más relevantes del caso, en no más de 10 (diez) renglones.
- b) ¿Cuál es la vía de acceso a la Corte Suprema?
- c) ¿Por qué es admisible el recurso ordinario? ¿Cuáles son sus requisitos? ¿Dónde están previstos?
- d) ¿Cuáles son los argumentos de la parte actora para plantear la inconstitucionalidad de la vía recursiva? ¿Y cuáles son los argumentos del Estado?
- e) ¿Cuál es el órgano competente para regular la jurisdicción por apelación de la Corte Suprema? ¿De dónde surge?
- f) ¿Qué límites existen para regular la jurisdicción por apelación de la Corte Suprema?

- g) ¿Qué significa que la Corte es “una tercera instancia de revisión”?
- h) ¿Cuál es, según la Corte, su primera y más importante función? ¿Por qué la aplicación del recurso ordinario analizado compromete su función institucional?
- i) Mencione brevemente las causas a las que hace mención la Corte y explique, con sus palabras, lo que ha resuelto en cada una de ellas. (Considerando 12°).
- j) Explique con sus palabras las causales que ha invocado la Corte para disminuir su ámbito de actuación. (Ver especialmente considerandos 14° y 15°).
- k) ¿Por qué afirma la Corte que nunca puede servir el criterio de cantidad sino el de calidad de las causas? ¿Qué significa tal afirmación?
- l) ¿Por qué la discriminación entre los procesos judiciales según que la Nación sea o no parte no se adecua al rol constitucional que guía la competencia de la Corte?
- m) ¿Lo decidido por la Corte en Anadon, se aplica al caso Anadon? ¿Por qué?
- n) ¿Qué efectos tiene la sentencia dictada por la Corte Suprema?
- o) ¿Qué tipo de acción judicial entabló el demandante? ¿Cuál era su pretensión? ¿Contra quién dirigió la demanda?
- p) ¿Por qué vía llegó el expediente a la Corte Suprema? ¿Qué recurso se interpuso? ¿Quién interpuso el recurso?
- q) Describa las disposiciones del artículo 19 de la Ley N° 24463.
- r) ¿Qué objetivo tuvo en mira el legislador al momento de sancionar la ley? ¿Cuáles fueron, para la Corte, las consecuencias de la sanción de la ley?
- s) La parte actora afirma que el art. 19 de la Ley N° 24436 viola garantías constitucionales. Detalle sus argumentos principales.
- t) ¿A quién le corresponde regular los supuestos en que las sentencias son apelables por recurso ordinario?
- u) ¿La norma impugnada tenía algún vicio de inconstitucionalidad en su origen? ¿Qué argumentos llevan a la Corte a declarar la inconstitucionalidad del artículo 19 de la Ley N° 24436? ¿En qué fecha se sancionó la ley impugnada? ¿En qué fecha se declara inconstitucional?
- v) La Corte afirma que “el principio de razonabilidad exige que deba cui-

darse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional”. Explique de qué manera se afectó en este caso el principio de razonabilidad.

- w) ¿Qué alcance le da la Corte a su fallo? Explique la línea divisoria que define la Corte para el obrar de la nueva jurisprudencia.
- x) ¿Cómo debe interpretarse el art. 19 de la Ley N° 24463 en relación con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, y especialmente con lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos? (Ver voto de Maqueda y Zaffaroni).
- y) ¿Por qué motivo la Dra. Argibay vota en disidencia parcial? ¿En qué se diferencia del voto de la mayoría?

3. Caso “Estado Nacional - Jefatura de Gabinete de Ministros s/ interpone recurso extraordinario por salto de instancia en autos: ‘Grupo Clarín S.A. s/ medidas cautelares expte. n° 8836/09’” (2012). CSJN, E. 287. XLVIII. PVA

3.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema

Buenos Aires, 10 de diciembre de 2012

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala 1 de la CNACCF...por la cual se prorrogó, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la causa, la medida cautelar dictada en favor de la actora, el Estado Nacional interpuso un recurso extraordinario por salto de instancia en los términos del artículo 257 bis del CPCCN [...]

2º) Que el 4/12/12 fue publicada la ley 26.790 que incorporó los arts. 257 bis y ter al código mencionado. De acuerdo a dicho texto, sólo serán susceptibles de ser apeladas por la vía del recurso extraordinario por salto de instancia “las sentencias definitivas de primera instancia, las resoluciones equiparables a ellas en sus efectos y aquellas dictadas a título de medidas cautelares”.

3º) Que la finalidad de este recurso, según surge del propio texto de la ley, es prescindir del recaudo de tribunal superior en aquellas causas de competencia federal en las que se acredite que entrañen cuestiones de notoria gravedad institucional, cuya solución definitiva y expedita sea necesaria, y que el recurso constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, a los fines de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior.

El recurrente invoca gravedad institucional para acceder a la competencia extraordinaria de esta Corte, la que se configuraría en razón de la supuesta contradicción entre lo resuelto por este Tribunal en decisiones anteriores adoptadas en la causa y la extensión de la medida cautelar dispuesta por la Cámara.

4º) Que en ese mismo sentido, en los fundamentos del proyecto presentado por los Senadores...que fue aprobado como ley 26.790 se explicó que “al ubicarnos en la competencia de apelación de la Corte, en el orden de las instancias federales, la alternativa posible es –previo necesario fallo de primera instancia ‘judicial’– el salto de la segunda, es decir la Cámara Federal”

5º) Que el presente recurso no ha sido interpuesto contra una decisión dictada por un juez de primera instancia. Ello determina su improcedencia, al no adecuarse al recaudo exigido por el legislador para que sea viable el recurso extraordinario por salto de instancia.

6º) Que por lo demás, por provenir la sentencia recurrida del superior tribunal de la causa, existe en el ordenamiento procesal un remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido...consistente en la vía del recurso extraordinario federal en las condiciones previstas para su admisibilidad en el art. 14 de la ley 48. Por ese medio, el recurrente podrá formular las objeciones que estime pertinentes.

Por ello,

1.- Se declara inadmisibile el recurso extraordinario por salto de instancia interpuesto.

2.- Por mantenerse las circunstancias que dieron lugar a las medidas adoptadas el pasado 27 de noviembre, se dispone la habilitación de día y hora ante la Sala 1 de la CNACCF...para la realización de todos los actos procesales,

correspondientes a esta causa, atinentes a la íntegra sustanciación del recurso extraordinario según lo previsto en el artículo 257 del CPCCN [...]

Asimismo, se autoriza a dicho tribunal para disponer la abreviación de los plazos procesales, preservando el principio de igualdad entre las partes. Hágase saber en el día.

Ricardo L. Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Juan C. Maqueda - Enrique S. Petracchi - Carlos S. Fayt (por su voto) - E. Raúl Zaffaroni (con ampliación de fundamentos) - Carmen M. Argibay (por su voto)

3.2. Guía para la lectura y el análisis del caso “Grupo Clarín s/ *per saltum*”

A partir de la lectura y el análisis del fallo “**Estado Nacional - Jefatura de Gabinete de Ministros s/ interpone recurso extraordinario por salto de instancia en autos: ‘Grupo Clarín S.A. s/ medidas cautelares expte. n° 8836/09’**” (CSJN 10/12/2012) y de la bibliografía complementaria que estime corresponder, resuelva las siguientes consignas:

- a) Relate, **con sus palabras**, los hechos más relevantes del caso, en no más de 10 (diez) renglones.
- b) ¿Por qué vía llegó el expediente a la Corte Suprema? ¿Qué recurso se interpuso? ¿Quién interpuso el recurso?
- c) Describa las disposiciones del artículo 257 *bis* del CPCCN. ¿Cuándo es procedente el recurso por salto de instancia?
- d) ¿Cuál es la finalidad del recurso por salto de instancia?
- e) ¿Por qué afirma la CSJN que el recurso interpuesto es improcedente?
- f) ¿Qué otro recurso tenía disponible el recurrente? ¿Por qué? Explique sus diferencias.
- g) ¿A quién le corresponde regular el recurso por salto de instancia?

Capítulo 5

Régimen constitucional de los decretos delegados y de necesidad y urgencia

Federico G. Thea
Gonzalo Kodelia
Alejandro García

I. INTRODUCCIÓN

1. La división de poderes en la teoría política

La búsqueda de límites al poder impuso, desde siempre, la necesidad de diseños institucionales hábiles para contenerlo y fue uno de los más intensos y permanentes móviles del pensamiento político.

Una de las respuestas más exitosas construidas por la teoría política fue el dispositivo de la división de poderes, “a tal grado que las primeras constituciones escritas, la norteamericana de 1776 y la francesa de 1791, se consideran una aplicación de ella.”¹

Si bien con antecedentes que se remontan a la antigüedad clásica, principalmente a la teoría del “gobierno mixto” de Polibio (siglo II a. C.), la teoría de la división de poderes tiene como su creador a Montesquieu (1689-1755), quien la plasmó en su obra *Del espíritu de las leyes* de 1748.

El “gobierno moderado”, por el que abogaba Montesquieu, es aquel atravesado por divisiones horizontales y verticales.

Las primeras garantizan que entre el soberano y los súbditos existan “poderes intermedios,” es decir, “cuerpos privilegiados que desarrollan funciones estatales, y en cuanto tales hacen imposible la concentración del poder

1. Bobbio, N. (2014). *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 135.

público en manos de uno solo”.² Estos “contrapoderes” quedan identificados con las prerrogativas de los señores, la nobleza, el clero, las ciudades y las corporaciones.³

Las segundas garantizan la fractura de la unidad del poder soberano y su división con base en las tres funciones fundamentales del Estado: la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Es el “gobierno moderado” el lugar donde se aloja la libertad política. Son las divisiones horizontales y verticales que lo caracterizan, las que garantizan que no se abuse del poder, que se eviten las arbitrariedades estatales y que se ejerzan las libertades públicas. De ahí la máxima del poder como freno del poder: “La libertad política sólo se encuentra en los gobiernos moderados. Pero no siempre. Sólo se la encuentra cuando no se abusa del poder, pero es una experiencia de todos los tiempos; todo hombre que tiene poder se ve impulsado a abusar de él, y llega hasta donde encuentra límites... Para que no se pueda abusar del poder, es necesario que por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder”.⁴

1.1. División de poderes y distribución de funciones

En la base de la teoría que estamos exponiendo, subyace la idea del abuso del poder como natural tendencia del soberano. El poder unido genera gobiernos despóticos; si se divide, gobiernos moderados, aptos para el ejercicio de la libertad: “Cuando, en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistratura, el Poder Legislativo se reúne con el Poder Ejecutivo, no hay libertad... Tampoco hay libertad si el poder de juzgar no está separado del poder de legislar y del de ejecutar... Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mis-

2. Bobbio, N. (2014), *op. cit.*, p. 133.

3. Es útil destacar que en este preciso punto, la teoría de la división de poderes se contrapone no solo a la teoría del despotismo, “sino también a la de la república enunciada por Rousseau, para quien, una vez constituida la voluntad general que es la titular exclusiva de la soberanía, mediante el pacto social de cada cual con todos los demás, ya no se admiten ‘sociedades parciales’, interpuestas entre los individuos y el todo”. Bobbio, N. (2014), *op. cit.*, p. 134.

4. Montesquieu, (2007). *Del espíritu de las leyes*. Buenos Aires: Losada, p. 204.

mo cuerpo de principales, o de nobles, o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los crímenes o diferendos de los particulares”.⁵

Claramente, la condición de posibilidad de la libertad es la división de las funciones estatales de legislar, ejecutar y juzgar. Su concentración es la base de los gobiernos despóticos, independientemente de si son reunidas por “el mismo hombre, o el mismo cuerpo de principales, o de nobles, o del pueblo”. No se trata, entonces, de la sede del poder, sino de su concentración o separación. En la inteligencia de la teoría, serán despóticas aun las democracias, si el poder estatal no se encuentra dividido y radicado en distintas agencias públicas.

Es así como, precisando más el lenguaje, la teoría comenzó a hablar de división de funciones y no ya de poderes, atento a que “el poder del Estado es único; las funciones son múltiples. Las atribuciones de las funciones a los órganos no constituyen división de poderes sino distribución de funciones. En lugar de una separación de los poderes, podría hablarse más bien de una separación de las funciones”.⁶

Estas funciones son imputadas a la persona jurídica Estado y, bajo los moldes de la teoría así remozada, son las de legislar, juzgar y administrar, correspondiendo la primera al Poder Legislativo, la segunda al Poder Judicial y la última al Poder Ejecutivo.

1.2. La recepción de la teoría en nuestra Constitución Nacional

La teoría de la división de poderes fue alojada por nuestra Constitución, importando del modelo norteamericano su variante de los “frenos y contrapesos”.

Que el poder deba estar dividido, no implicaba una separación estricta en la “que cada uno de los tres poderes era ‘soberano en su esfera’, es decir que cada poder legislaba, administraba y juzgaba en lo relativo a su propia acti-

5. Montesquieu (2007), *op. cit.*, pp. 205-206.

6. Marienhoff, M. S. (2000). *Tratado de derecho administrativo: tomo I, teoría general*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 42-43.

vidad”⁷. Dividir “no quería decir que estos departamentos no deberían tener una intervención parcial en los actos del otro o cierto dominio sobre ellos”⁸, ya que lo buscado era que cada poder público a cargo de funciones estatales específicas, al tiempo que defendía su propia competencia, repelía los avances o invasiones de los demás.

Se trataba, entonces, de lograr un diseño institucional que consagrara la fractura del poder estatal en sus tres funciones básicas, asignar cada una a un departamento específico y permitir la interferencia mutua con el objeto de controlar los avances de cada uno de ellos respecto a los demás. La teoría combinaba dos principios en forma compleja: división y control; atribución de funciones sustanciales a cargo de órganos específicos e intervenciones cruzadas.

Es así como nuestra Constitución dispuso que el gobierno federal (Segunda Parte, Título Primero, CN) se integra con un Poder Legislativo (Sección Primera) a cargo de un Congreso Bicameral (art. 44) con facultades para destituir por juicio político al Presidente y a los miembros de la Corte Suprema (arts. 53, 59 y 60); un Poder Ejecutivo (sección segunda) desempeñado por un Presidente (art. 87) con facultades de veto y nombramiento de magistrados (arts. 83 y 99, inc. 4°); y un Poder Judicial (Sección Tercera) ejercido por una Corte Suprema y demás tribunales inferiores (art. 108) con capacidad para controlar la constitucionalidad de leyes del Congreso y actos del Presidente (arts. 31, 43 y 116).

2. Organización y límites del Poder Ejecutivo

Desde los inicios de nuestra organización nacional, con la sanción de la Constitución de 1853, triunfó la corriente que proponía la configuración de un presidencialismo “fuerte”, con amplias competencias en el Poder Ejecutivo.

Su principal inspirador, Juan Bautista Alberdi, entendía necesario plasmar

7. Gordillo, A. (2013). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: tomo 1, parte general*. Buenos Aires: FDA, p. IX-2.

8. Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2001). *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 206.

en las nuevas instituciones, atributos de la antigua monarquía como la centralización y el ejecutivo “fuerte”, para cuyo diseño se apartó de las fuentes constitucionales estadounidenses para alojar al constitucionalismo conservador chileno y a sus constituciones de 1823 y 1833.

Así, no dudaba en la elección al momento de pensar las facultades del presidente para la Confederación Argentina: “Mil veces se asemeja al de Chile que al de los Estados Unidos... Fuerte como el de Chile, republicano en la forma y casi monárquico en el fondo”.⁹

2.1. Prohibiciones constitucionales expresas

La traducción del pensamiento alberdiano en un ejecutivo “fuerte” no implicó renunciar a la división de poderes en el diseño constitucional. Más bien mostró la necesidad de consagrar prohibiciones expresas al Poder Ejecutivo, tanto en su relación con el Poder Legislativo como con el Poder Judicial.

Las amplias atribuciones presidenciales fueron contrarrestadas por cláusulas prohibitivas que, si bien atentas a una noble preocupación, no hacían sino destacar lo que venía anticipándose: la radicación en el Ejecutivo del centro del poder estatal.

La marca a fuego de la teoría de la división de poderes en la Constitución Nacional, se plasma en las cláusulas que prohíben

- Al Poder Legislativo:
 - conceder al Poder Ejecutivo la suma del poder público:

9. Alberdi, J. B. y Sarmiento, D. F. (2012). *Constitución y política. Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina. Estudios sobre la Constitución argentina de 1853*. Buenos Aires: Hydra, p. 17.

Artículo 29 de la Constitución Nacional:

“El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

- delegar en el Poder Ejecutivo competencias legislativas:

Artículo 76, primera parte, de la Constitución Nacional:

“Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo...”

- Al Poder Ejecutivo:
 - emitir disposiciones de carácter legislativo:

Artículo 99, inc. 3°, segundo párrafo, de la Constitución Nacional:

“El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”.

- asumir funciones judiciales:

Artículo 109 de la Constitución Nacional:

“En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

- Al Poder Judicial:
 - si bien no encontramos en la Constitución Nacional límites expresos al ejercicio de la función judicial, ello no quiere decir que no existan –o deban existir–. En particular, las características de nuestro sistema de control de constitucionalidad, que estudiamos en el Capítulo 2, constituyen en sí mismas límites a dicho poder de los jueces. Por ello, cualquier “innovación” al respecto (por ejemplo, en lo que hace a la legitimación procesal, al concepto de caso, a los efectos de las sentencias, al control a pedido de parte, a su carácter excepcional, etc.), corre el riesgo de desequilibrar este sistema de “frenos y contrapesos”.

2.2. Función administrativa y facultad reglamentaria

Preocupada ante los previsibles desbordes que un Poder Ejecutivo dotado de abundantes competencias podía generar, nuestra Constitución fijó claramente límites negativos a su actividad, mediante prohibiciones expresas de ejercicio de funciones legislativas y judiciales.

Si el Presidente no legisla ni juzga es porque le corresponde administrar. La función ejecutiva es aquella identificada con la Administración Pública y que surge de su rol de jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno, responsable político de la administración general del país y comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación (conf. art. 99, incs. 1° y 12°, CN).

Esta posición de jefatura, lo obliga a actuar las declaraciones de los otros poderes: “Administrar sería acción (frente a declaración, como propia de las funciones legislativa y judicial), o acción singular y concreta, o acción organizada, o acción de conformación social, o gestión de los servicios públicos...”.¹⁰

Se nota entonces que, así delimitada, la función administrativa propia del Poder Ejecutivo, llega cuando los otros poderes hicieron su declaración mediante leyes, para ponerlas en práctica, o mediante sentencias, para garantizar

10. García de Enterría, E. y Fernández, T.-R. (2006). *Curso de derecho administrativo: tomo I*. Buenos Aires: La Ley, p. 30.

su ejecución. Así concebida, la acción del Poder Ejecutivo queda subordinada a la declaración de los otros poderes.

Si se asigna al Poder Ejecutivo la competencia de actuar las declaraciones legislativas y judiciales es porque es el mejor capacitado para hacerlo, ya que en sus jefaturas supremas reúne las finanzas de la Nación y el monopolio de la fuerza pública, “la bolsa y la espada”. De ahí la importancia de mantener acotados y subordinados los márgenes de actuación del Ejecutivo.

Ahora bien, cuando el Poder Ejecutivo hace uso de sus facultades reglamentarias, no deja por ello de ejercer función administrativa, subordinada a la ley, ya que el objeto propio del reglamento no es otro que permitir la ejecución de la ley. Es decir, una vez emitida la declaración formal del Congreso, el reglamento se ocupa de ponerla en práctica: la dinámica es la misma, el Congreso declara y el Poder Ejecutivo actúa esa declaración, esta vez, bajo la forma de reglamentos subordinados a la ley.

Este es el único espacio constitucional habilitado al Poder Ejecutivo para emitir reglamentaciones como atribución propia: el reglamento para garantizar la ejecución de una ley previamente dictada por el Congreso y subordinado a ella.

Artículo 99, inc. 2°, de la Constitución Nacional:

“El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones...

Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.

Es así que una interpretación constitucional tributaria de la división de poderes no puede reconocer “competencias normativas” en el Poder Ejecutivo, ni que su actuación configure –en algunos aspectos– ejercicio de “función materialmente legislativa.” El reglamento solo vale ante ley previa y en sus marcos, esta es la única competencia reglamentaria habilitada constitucionalmente como propia del Poder Ejecutivo.

Las leyes son aquellas que se dictan siguiendo el procedimiento constitu-

cional para su formación y sanción (arts. 77/84), con debate público previo, con exposición de argumentos y con el juego democrático de las mayorías y minorías, en el cual el rol destacado lo asume el Congreso.¹¹

Nada de esto ocurre en el órgano presidencial unipersonal.

Pero principalmente, y esto es lo que más debiera importar, es el pueblo el que se beneficia mediante un control más directo del debate y de los argumentos cuando estos se dan en el Congreso. No sucede lo mismo cuando los temas de interés público quedan reclusos en los despachos ministeriales, en los cuales se encuentran mayores dificultades para acceder a sus contenidos y los funcionarios más liberados de dar razones públicas de sus decisiones, lo que “hace que sus redactores sean fácilmente influidos por grupos de interés sin que los habitantes puedan siquiera enterarse de los trámites cumplidos en su aprobación”. Ese escenario de mayor permeabilidad “favorece a los grupos pequeños y organizados frente a sectores amplios pero desorganizados”.¹²

De ahí que las teorías que reconocen “potestades normativas” en el Poder Ejecutivo, ya en su sola enunciación semántica, velan la dramática implicancia que tiene la reunión –en un órgano unipersonal del poder– del monopolio de la gestión directa, concreta e inmediata de las finanzas y de la fuerza públicas, con la capacidad para declarar y actuar por sí, mediante el ejercicio de esas supuestas “potestades”, su dirección, destino y beneficiarios.

Lo dicho no apunta a centrar las críticas en un órgano del poder para diluir las que justamente merecen los otros. Sino más bien lo contrario: a criticar toda concentración de poder político y económico por entender que atenta contra el compromiso básico de la democracia identificado con la igualdad.

2.3. Centralización, descentralización y “doble fractura”

Si bien el titular del Poder Ejecutivo es el Presidente de la Nación (art. 87), su integración se completa con una estructura de órganos y de entes que coadyuvan al ejercicio de la función administrativa.

11. Ver también: Corte IDH, OC 6/86 sobre la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

12. Sola, J. V. (2009). *Tratado de derecho constitucional: tomo I*. Buenos Aires: La Ley, p. 440.

La teoría de la organización administrativa, adoptando la técnica de la personalidad jurídica –ya utilizada para dotar de personalidad al Estado–¹³ construye el concepto de descentralización como mecanismo de distribución de competencias.

Si bien la descentralización puede tener como base un criterio territorial (provincias, municipios), la que corresponde al Poder Ejecutivo es siempre funcional. La descentralización implica, entonces, desgajar una parte de la Administración Pública, cuyo ejercicio corresponde al Poder Ejecutivo, y asignarla a una estructura descentralizada y personificada de entes estatales.

Así llegamos a que la función de administrar corresponde a una estructura de órganos centralizados (Presidente, Jefe de Gabinete de Ministros y demás Ministros, arts. 100 y 102, CN) y, separadamente, a una estructura de entes descentralizados, creados por ley del Congreso (arts. 75, inc. 20, CN y 5, inc. a), Ley N° 25.152) y dotados de competencia específica, desgajada de la función general de administrar.

Esta fractura entre distintas estructuras estatales que ejercen la función de Administración Pública es precisamente la que busca la teoría jurídica administrativa como valor agregado a la teoría política de la división de poderes, ya que a una primera fractura de órganos encargados de las funciones sustanciales (legislar, juzgar, administrar), se suma una segunda fractura entre órganos centralizados y entes descentralizados, al interior de la misma función administrativa.

De ahí que la descentralización constituye una instancia destinada a reforzar los controles mutuos y, con ello, los límites; a reducir la concentración de competencias en el Presidente, a efectos de evitar las arbitrariedades estatales, y a favorecer el desempeño de las capacidades de los entes con habilidades técnicas específicas.

En la estructura de órganos centralizada (Presidente, Jefe de Gabinete y

13. La teoría del Estado cristaliza en Alemania “en una aportación capital... el reconocimiento del Estado como persona jurídica... El Estado sería, ante todo, una persona jurídica, y esta constatación elemental permite iniciar, justificar y sostener la magna construcción de su comportamiento ante el Derecho”. García de Enterría, E. y Fernández, T.-R. (2006), *op. cit.*, p. 30.

demás Ministros), el principio básico que rige sus relaciones es el de jerarquía, es decir, “los órganos administrativos, a diferencia de los judiciales, se caracterizan por ser órganos estructurados jerárquicamente, esto es, que dan o reciben órdenes: no son, pues, independientes”.¹⁴

La jerarquía implica la facultad de ordenar, dirigir y controlar, y el correlativo deber de obedecer, de acuerdo a los distintos grados de poder alcanzados por los órganos, en una estructura piramidal de relaciones cuya cúspide –en la administración centralizada– corresponde al Presidente en su rol de jefe supremo.

Lo distintivo de la jerarquía es la subordinación del inferior frente al superior, situación que solo puede darse al interior de un mismo ente administrativo, tal como sucede en la administración centralizada.

Las relaciones entre los entes descentralizados, y entre estos y la administración centralizada, no se rigen por el principio de jerarquía y, por lo tanto, no existen poderes de subordinación. Los instrumentos de relación son la cooperación, es decir, deberes recíprocos de colaboración; y la coordinación, en caso de presentarse competencias que puedan resultar concurrentes o compartidas.

Es necesario tener presente lo dicho porque plantea la necesidad de analizar la constitucionalidad de una práctica muy recurrente en nuestro derecho público, cual es la del Congreso cuando “delega” en órganos subordinados al Poder Ejecutivo (jefe de gabinete, ministros) o en entes descentralizados (BCRA, AFIP) la “reglamentación” de leyes que hagan a su competencia material. Mucho más cuando esa “reglamentación” encubre una auténtica delegación de funciones legislativas en órganos o entes que pueden reunir la gestión de intereses sociales trascendentes como la seguridad pública y la defensa, o la política monetaria y cambiaria, y la recaudación pública.

Notemos que si hay reglamentación o aun delegación en el Presidente, este es un órgano con legitimidad democrática plena, ya que su elección es producto del voto popular. Pero no sucede lo mismo con los titulares de sus órganos subordinados ni mucho menos con quienes comandan los entes descentralizados, sobre los cuales el Presidente ni siquiera posee un poder jerárquico de control y ordenación.

14. Gordillo, A. (2013), *op. cit.*, p. IX-3.

3. Decretos delegados y de necesidad y urgencia

Podemos remontarnos a nuestros orígenes constitucionales para encontrar antecedentes de ejercicio de competencias legislativas por el Poder Ejecutivo, es decir, materias sometidas constitucionalmente al Congreso que fueron reguladas por el Presidente de la Nación mediante decretos.

Síntoma del presidencialismo “fuerte”, las prohibiciones expresas y la reserva de esas materias al Poder Legislativo, no fueron suficiente para impedir que ya en el período 1854/61, se emitieran decretos disponiendo sobre bancos federales (art. 75, inc. 6º, CN), aduanas y derechos de importación y exportación (arts. 9 y 75, incs. 1 y 10, CN), tributos (arts. 4 y 75, inc. 2º, CN) y correos (art. 75, inc. 14, CN).

Más adelante en el tiempo, y al pulso de la crisis política y económica de 1890, el Poder Ejecutivo emitió, en marzo del año siguiente, decretos por los cuales suspendía términos legales y comerciales, modificando derechos contractuales cuya reglamentación corresponde, por reserva del art. 14 CN, al Poder Legislativo.

Pero al menos en todos estos casos, el Poder Ejecutivo solicitó siempre la intervención expresa del Congreso y este la produjo ratificando o anulando los decretos emitidos.¹⁵

La Corte Suprema, a los pocos años de constituirse, también produjo sus primeras impresiones acerca de la cuestión del ejercicio de competencias legislativas por el Poder Ejecutivo, en materias claramente asignadas, con carácter exclusivo, al Congreso de la Nación.

Así, en una causa criminal en la que se acusaba al imputado de integrar las montoneras del Chacho Peñaloza y Felipe Varela, y de participar en la rebelión de la provincia de La Rioja en 1868, la Corte Suprema –adhiriendo a la vista del Procurador General– reconoció que “ni el Comisionado Nacional ni el Poder Ejecutivo tenían facultad Constitucional para conceder esta amnistía, que según el inciso 17, art. 67 es atribución exclusiva del Congreso, pero estando obligado el Presidente y su Comisionado á pacificar la Rioja, y

15. Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Jurisprudencia (2010). *Decretos de necesidad y urgencia*. Buenos Aires: CSJN, pp. 1-2.

siendo la amnistía el medio más eficaz y racional de conseguir este objeto en las circunstancias en que se hallaba aquella Provincia en 1868, hicieron bien en ofrecer la amnistía con calidad de obtener la aprobación superior, como se hizo. Era entonces el Congreso, y no un juez el que podía haber anulado la amnistía, si la creía perjudicial ó indebida. Pero el Congreso, á quien se dió cuenta con todos los documentos de estos sucesos, la aprobó dejándola subsistente. Estaban pues llenadas las formas constitucionales...”¹⁶

La apreciación transcrita ya expone los rudimentos de la teoría que justifica la intromisión del Poder Ejecutivo en materias legislativas: a) si bien como principio no corresponde al Presidente conceder amnistías, b) por cuanto esta es una atribución del Congreso; c) en caso de estar en juego un fin estatal relevante (pacificar La Rioja), d) si el medio (la amnistía) resulta eficaz para alcanzarlo y e) existen circunstancias excepcionales (la rebelión de 1868), el Poder Ejecutivo queda habilitado para hacer lo que antes no podía, en el caso, conceder amnistías; f) siempre que el Congreso ratifique expresamente esa decisión.

Algunos años después, la Corte ratificó esta línea de pensamiento al desestimar el reclamo del actor, quien alegaba la inconstitucionalidad de la declaración en estado de sitio de la provincia de Buenos Aires, dictada por el Poder Ejecutivo. En esa oportunidad manifestó “que tanto el decreto de estado de sitio, como el que ordenó la traslación del asiento del Gobierno á Belgrano, fueron aprobados por leyes del Congreso... Que en virtud de estas sanciones, aquellas medidas gubernativas adquirieron el carácter de actos legislativos del Congreso, única autoridad que hubiera podido someterlas á juicio y condenarlas”.¹⁷

En ambos casos coinciden algunos elementos esenciales:

- a) la necesidad de que el acto del Poder Ejecutivo –en principio, inconstitucional– sea saneado por una declaración expresa posterior del Congreso, y
- b) la existencia de situaciones extraordinarias, tanto por la rebelión en una provincia como por la declaración en estado de sitio de otra.

16. CSJN (1872). “Criminal c/ Andrade, Crisólogo”. *Fallos*, 11:405.

17. CSJN (1881). “Varela, Mariano c/ Anzó, Avelino”. *Fallos*, 23:257.

Ambos extremos merecen ser criticados ya que, la ratificación del Congreso, aun expresa, de un acto inconstitucional, no es suficiente para sanearlo. Ello, porque el estado de cosas generado a partir de ese acto ilegítimo, origina un ambiente distinto respecto al cual debiera haber intervenido el Poder Legislativo. Ese nuevo escenario, coacciona una actuación que, de otro modo, no se hubiese presentado. Además, devalúa las competencias del Congreso al reducir las a convalidar o rechazar lo que han decidido otras instancias.

Por otro lado, lo que determina la existencia de una situación extraordinaria, de emergencia o de urgencia, son los hechos comprobados de la causa, único sustrato que justifica la decisión, y no la simple apelación a la formalidad de un acto presidencial, aunque este alcance la trascendencia de una declaración de estado de sitio.

3.1. La delegación legislativa en la Constitución Nacional

Dijimos que el único espacio constitucional habilitado al Poder Ejecutivo para emitir reglamentos es aquel delimitado por el art. 99, inc. 2, CN mediante el cual el Presidente emite decretos reglamentarios de leyes del Congreso o *reglamentos de ejecución*, sin que ello implique ejercicio de función “materialmente legislativa”, sino que ella no deja de ser función administrativa subordinada a la ley.

También es cierto que dicha atribución reglamentaria en el Poder Ejecutivo, destinada a poner en ejecución una ley ya vigente, en nada se relaciona con las *leyes reglamentarias* de los derechos que, por imposición del art. 14 CN, solo corresponde al Congreso.¹⁸

18. Conf. Gelli, M. A. (2011). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada: tomo II*. Buenos Aires: La Ley, p. 261. En el mismo sentido, pero en relación a la regulación de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ver: Corte IDH, OC 6/86 sobre la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 14 de la Constitución Nacional:

“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

Hasta acá nuestro esquema constitucional, tributario de la división de poderes en su variante de los “frenos y contrapesos”.

El dispositivo de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, conmueva sus cimientos y es en el principio, donde debemos aclarar que su admisión implica el reconocimiento de la competencia del Presidente –y hasta de órganos subordinados o entes de la estructura descentralizada– para emitir actos legislativos, es decir, “reglas de conducta humana en forma general e imperativa”,¹⁹ en materias reservadas al Congreso, aun referidas a derechos y garantías.

La emisión de estos decretos implica la consagración en el derecho público argentino de los *reglamentos delegados*, los que “no deben confundirse con los reglamentos de ejecución o decretos reglamentarios, cuyo dictado es atribución propia del Poder Ejecutivo... y ellos no pueden alterar las leyes con excepciones reglamentarias... Por otra parte, las leyes entran en vigencia con independencia de que se hayan dictado o no tales decretos reglamentarios. Los reglamentos delegados, en cambio, integran una ley incompleta... que no puede aplicarse sin ellos... El Ejecutivo sólo puede dictarlos habiendo una delegación legislativa expresa”.²⁰

Podemos reconocer que, en principio, los defensores de la delegación legislativa cuentan con buenos argumentos. Así, podemos identificar una necesidad real surgida de la ampliación de las competencias estatales en los campos

19. Gordillo, A. (2013), *op. cit.*, p. IX-8.

20. Ekmekdjian, M. Á. (2001). *Tratado de derecho constitucional: tomo IV*. Buenos Aires: Depalma, pp. 705-706.

de la sociedad y la economía, la que requiere de procedimientos más ágiles en la toma de decisiones que sean eficaces en tiempos y costos. Podemos constatar que no pasa un solo día en el cual el Presidente, sus órganos subordinados o la estructura de entes descentralizados, no emitan algún acto que, en mayor o menor medida, o aun potencialmente, impacte en la esfera de derechos ciudadanos.

Además, la complejidad de la regulación económica en áreas que requieren de un conocimiento especializado, contribuye a justificar la delegación legislativa en organismos técnicos que, es indispensable aclararlo, no por ello dejan de ser políticos ni de estar atravesados por intereses contrapuestos que pujan en direcciones contrarias.

Pero, si bien esto puede fundar algún tipo de delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, lo determinante es relevar ¿qué espacio quedará entonces para el Congreso? ¿Cuál será la medida de su competencia, así recortada? ¿Cómo deberá actuar antes y después de decidir la delegación?

3.1.1. Decretos delegados *antes* de la Reforma Constitucional de 1994

La delegación legislativa en el Poder Ejecutivo fue reconocida jurisprudencialmente, pese a que nuestra Constitución nada decía al respecto antes de su Reforma de 1994.

Una aplicación estricta de los principios constitucionales comprometidos con la división de poderes hubiese propuesto una hermenéutica prohibitiva. Sin embargo, acudiendo a fundamentaciones oscuras o a subterfugios lingüísticos, la Corte reconoció la validez constitucional de los decretos delegados, aun antes de su recepción en la Carta Magna.

Así lo hizo al declarar la validez constitucional del Reglamento del Puerto de la Capital, norma que tipificaba acciones punibles y establecía sanciones en materia de navegación, en su relación con la Ley N° 3445.²¹

En la inteligencia de la Corte “no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio

21. CSJN (1927). “Agencia Marítima Delfino”. *Fallos*, 148:430.

de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella... Existe una distinción fundamental entre la delegación del poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido”.

Ahora bien, si de “pormenores y detalles” se trataba, ¿para qué teorizar acerca de la delegación? Son precisamente esos “pormenores y detalles” para la ejecución de la ley, el ámbito de los decretos reglamentarios previstos en el art. 99, inc. 2º, CN.

La respuesta está dada porque el caso no planteaba nada cercano a “pormenores y detalles” y la propia Corte lo deja dicho cuando afirma que “el Poder Legislativo lejos de apurar la reglamentación se ha limitado a señalar de un modo general la voluntad legislativa”. No eran “pormenores y detalles” los del reglamento impugnado, sino “sanciones punitivas constituidas por el arresto o la multa”.

De ahí que sea acertada la crítica al fallo, “el cual no supo (o no quiso) distinguir claramente las dos clases de reglamentos... Se confunden aquí los reglamentos delegados con los reglamentos de ejecución”.²²

Algunos precedentes posteriores establecieron ciertos límites, sin embargo, el camino fue errático hasta desembocar en un “desenfreno delegativo... con una extensión inusitada”.²³

Entre aquellos que fijaron ciertas pautas restrictivas, corresponde destacar aquel que declaró la inconstitucionalidad de la facultad policial para crear figuras contravencionales mediante edictos firmados por el Jefe de Policía de la Capital.²⁴ En esta oportunidad, la Corte sostuvo lo que en el fallo “Delfino” ocultó: “el legislador no puede simplemente delegar en el Poder Ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas, pues ello importaría la delegación de facultades que son por esencia indelegables”.

Si en “Delfino” la Corte se conformó con que el Congreso señalara “de

22. Ekmekdjian, M. Á. (2001), *op. cit.*, p. 706.

23. Gelli, M. A. (2011), *op. cit.*, p. 265.

24. CSJN (1957). “Raúl Oscar Mouviel”. *Fallos*, 237:636.

un modo general la voluntad legislativa”, en el fallo “Prattico”²⁵ exigió “que la política legislativa haya sido claramente establecida”. En esta oportunidad entendió que dicho extremo se encontraba cubierto con lo dispuesto por la Ley N° 12983, a lo que sumó las circunstancias excepcionales en las cuales se enmarcaron los decretos que dispusieron aumentos salariales de emergencia.

Finalmente, muy poco antes de producirse la Reforma Constitucional de 1994,²⁶ “la Corte introdujo mayor confusión aún al introducir el concepto de la ‘delegación impropia’ [...]. Esta delegación impropia no sería, según la Corte, una delegación legislativa, sino una modalidad del poder reglamentario del art. 99, inc. 2° [...] este fallo pretende borrar definitivamente del derecho positivo la diferencia entre decretos reglamentarios o reglamentos de ejecución, que son legítimos porque están previstos en el art. 99, inc. 2°, de la Constitución Nacional, y los reglamentos delegados, que eran ilegítimos hasta 1994...”²⁷

De la “voluntad legislativa general” en “Delfino”, pasando por la “clara política legislativa” en “Prattico”, llegamos al “bloque de legalidad” o “programa de gobierno” en “Cocchia”, como fundamento para avalar la constitucionalidad del Decreto N° 817/92 –emitido bajo “delegación impropia”– por el cual se suspendieron los convenios colectivos de los trabajadores marítimos y portuarios, y se flexibilizaron las condiciones para su renegociación.

En efecto, esta “delegación impropia” que surge del “bloque de legalidad” integrado, en el caso, por las Leyes N° 23696 de Emergencia Económica, N° 24094 de Puertos y el Tratado de Asunción, por el cual se creó el Mercosur, origina una subespecie de reglamentos de ejecución, los *sustantivos*, es decir, aquellos “que no tienen como finalidad establecer el procedimiento según el cual la Administración aplicará la ley... sino regular, por mandato del legislador, la concreta aplicación de la ley en la sustancia misma del objeto o finalidad por ella definidos”.

Como vemos, el abuso del lenguaje, la oscuridad argumentativa y la “lucha de palabras” solo se entienden cuando se cae en la cuenta de algo elemental:

25. CSJN (1960). “Prattico, Carmelo”. *Fallos*, 246:345.

26. CSJN (1993). “Cocchia, Jorge Daniel”. *Fallos*, 316:2624.

27. Ekmekdjian, M. Á. (2001), *op. cit.*, p. 709.

con todas las críticas que podamos hacer, tanto en “Delfino” como en “Prattico”, los decretos impugnados tenían un antecedente legal cierto. En “Cocchia”, ni siquiera eso. La constatación de esa ausencia, llevó a la falacia del “bloque de legalidad”.

3.1.2. Decretos delegados *después* de la Reforma Constitucional de 1994

La Ley N° 24309, conforme el procedimiento previsto en el art. 30 CN, declaró la necesidad de “la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957” (art. 1°).

En sus arts. 2° y 3° estableció los temas habilitados para ser tratados y resueltos por la Convención Constituyente. Sin embargo, aquellos incluidos en el art. 2° debían aprobarse o desecharse conjuntamente, “entendiéndose que la votación afirmativa importará la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que la negativa importará el rechazo en su conjunto de dichas normas y la subsistencia de los textos constitucionales vigentes” (art. 5°).

A este temario “cerrado”, en el cual se incluía hasta la redacción de la futura norma constitucional, la ley lo denominó *Núcleo de Coincidencias Básicas*, consagrando con ello un inaceptable avasallamiento a la soberanía de la Convención Constituyente, la cual debiera representar el máximo grado de participación ciudadana y de deliberación pública, libre e igualitaria, al constituirse en ese ámbito las reglas básicas de convivencia que fundan una comunidad de iguales.²⁸

El Núcleo de Coincidencias Básicas representaba, además, “la finalidad, el sentido y el alcance de la reforma”, y entre sus objetivos principales figuraba la “atenuación del sistema presidencialista” (art. 2°, ap. A, Ley N° 24309).

28. El Núcleo de Coincidencias Básicas fue producto del denominado “Pacto de Olivos”, por el cual el entonces presidente Carlos Saúl Menem y el ex presidente Raúl Ricardo Alfonsín, líderes a su vez, de las dos fuerzas políticas mayoritarias del momento (PJ y UCR), convinieron la reforma constitucional de 1994 y el mecanismo ilegítimo que redujo a la Convención Constituyente, al papel de simple validadora de los temas negociados en ese acuerdo de cúpulas.

Así lo entendieron también los convencionales constituyentes. Uno de ellos, Alberto Manuel García Lema, manifestó que “los contenidos del Núcleo de Coincidencias Básicas responden, al igual que la habilitación de los temas que están incluidos en el artículo 3° de la ley declarativa, a ciertas finalidades, a ciertas ideas-fuerza, que constituyen los grandes objetivos de la presente reforma”. Entre esas ideas-fuerza, se encontraba la de “generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del poder del Estado –el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial–; y a ella responden, a su vez, la atenuación del régimen presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso, la mayor independencia del Poder Judicial”.²⁹

El convencional Enrique Paixao sostuvo que el conjunto de reformas propiciado en el Núcleo de Coincidencias Básicas, estaba referido a una realidad que encarna una forma “de concentración del poder en nuestra Constitución histórica y en la vida institucional de esa Constitución... la concentración de poder en el Poder Ejecutivo nacional”. La finalidad de la reforma estaba dirigida a “asumir como hecho que la actual etapa histórica de la Argentina no es la etapa del hiperpresidencialismo al servicio de la organización nacional, sino la de una descentralización del poder que posibilite un avance armónico y por consenso de la mayor cantidad posible de integrantes de la sociedad política”.³⁰

Ahora bien, podemos disentir acerca de si la incorporación de los decretos delegados –como también los de necesidad y urgencia– honró o no la finalidad perseguida de atenuar el sistema presidencialista.³¹ Lo cierto es que tanto unos como otros fueron incluidos en el Núcleo de Coincidencias Básicas (art. 2°, ap. G, Ley N° 24309) e incorporados a la Constitución Nacional en 1994.

Teniendo en cuenta esta evidente tensión, debemos encontrar algún mecanismo que concilie estos extremos. Solo estaremos cerca si no perdemos de

29. Argentina, Convención Nacional Constituyente (27-7-94). *Diario de sesiones*, pp. 2200-2001. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

30. *Ibid.*, pp. 2201-2002.

31. En efecto, en el seno de la Convención Constituyente hubo voces, como la del convencional Alfredo Bravo, para quien “esta atenuación del régimen presidencialista es una falacia; no existe. Al contrario: estamos creando un régimen hiperpresidencialista. Y lo estamos creando porque le otorgamos más facultades al Poder Ejecutivo”. *Ibid.*, p. 2271.

vista que el ejercicio de estas competencias por el Poder Ejecutivo resulta de excepción, que fueron establecidas luego de una prohibición expresa y que su extensión debe ser medida bajo la finalidad del constituyente de atenuar el sistema presidencialista. La ponderación de estos parámetros nos lleva a concluir en una interpretación restrictiva y en un control estricto de su ejercicio.

Toda vez que estemos ante un decreto delegado o de necesidad y urgencia debemos interpretarlo partiendo de la base de que esas competencias fueron concedidas con la finalidad de atenuar, y no de fortalecer, las facultades del Presidente.

a) Requisitos sustanciales y adjetivos de la delegación legislativa

Rendida a los hechos, la reforma constitucional intentó establecer algún cauce normativo a una realidad insuperable.

Artículo 76 de la Constitución Nacional:

“Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”.

Lo primero que debemos notar es que la norma transcrita se inserta en el capítulo cuarto, de la sección que la Constitución le dedica al Poder Legislativo, el cual refiere a las *Atribuciones del Congreso*. El dato no es menor, ya que nos permite comprender que la emisión de decretos delegados no es una competencia constitucional directa del Poder Ejecutivo (como sí es la de emitir decretos de necesidad y urgencia), sino que lo que la Constitución regula es una decisión que eventualmente toma el Poder Legislativo, órgano al que le corresponde la evaluación y ponderación de los hechos sobre los cuales debe necesariamente fundarse su acto legislativo.

Es atribución del Congreso decidir la delegación legislativa y dar inicio,

con esa decisión, a una situación relacional específica entre una ley (del Poder Legislativo) delegante y un decreto (del Poder Ejecutivo) delegado.

Entonces, la delegación legislativa debe entenderse como una atribución del Congreso que relaciona una ley delegante previa con un decreto delegado posterior.

El art. 76 CN, nos da los requisitos sustanciales, es decir, materiales u objetivos que debe contener la ley delegante, sin los cuales resultaría inconstitucional. Ellos son:

- a) el objeto sobre el cual el decreto delegado puede legislar: materias determinadas de administración o de emergencia pública;
- b) el plazo dentro del cual el Poder Ejecutivo está habilitado para ejercer esa competencia de excepción: emitir decretos delegados sobre las materias previamente fijadas; y
- c) las bases de la delegación, es decir, las directrices que el Congreso impone al Presidente en su ley delegante y que el decreto delegado debe recoger.

Como fue dicho, todo el dispositivo de la delegación legislativa debe ser entendido restrictivamente por conmovir el principio de división de poderes y resultar una excepción a prohibiciones expresas y específicas.

Lo mismo debe ocurrir cuando de interpretar las materias sobre las cuales puede recaer la delegación se trata. En ese sentido, lo primero que debe destacarse es que esas materias (de administración o de emergencia pública) deben estar *determinadas* en la ley delegante. Es decir, no llena el requisito constitucional una ley delegante que no se esfuerce por detallar en la mayor medida posible cuáles son las materias de administración o de emergencia pública habilitadas para que el decreto delegado se pronuncie sobre ellas.

Aun así, continúa la incertidumbre acerca de cuáles son esas materias, ya que “comprenden un universo de asuntos múltiples, cuya determinación no siempre es sencilla y, por eso mismo, constituye el núcleo del problema de la delegación”.³²

Con todo, podemos rastrear esas materias de administración en las definiciones que sucesivamente dieron algunas leyes delegantes e identificarlas con

32. Gelli, M. A. (2009), *op. cit.*, p. 270.

el régimen jurídico de los órganos y entes estatales, aun los de seguridad y defensa, y con el de los bienes y servicios públicos.³³ Paralelamente descartarla “en todo lo que sea materia del ejercicio del poder de policía del Estado, es decir, la reglamentación de los derechos”³⁴ que, como fue dicho, solo corresponde al Congreso por imperativo del art. 14 CN.

El otro supuesto, materias determinadas de emergencia pública, es más vasto pero solo procede si hubo una declaración legislativa de emergencia pública, lo que no implica un pronunciamiento meramente formal, sino la constatación acabada y con sustento fáctico suficiente de la situación crítica. Además, la delegación en materias de emergencia pública debe ser adecuada y proporcional para hacer frente y conjurar el escenario de excepción, todo ello controlable mediante el examen de razonabilidad, el que no es monopolio del Poder Judicial sino también del Congreso al pronunciarse sobre los decretos delegados y de la comunidad política mediante sus derechos de crítica y protesta.

Siguiendo el mismo método, las leyes que fueron sucesivamente declarando la emergencia pública identificaron como materias sujetas a delegación las referentes a la reestructuración de contratos y deuda pública, régimen de empleo público –sin que ello afecte derechos adquiridos ni la estabilidad laboral– y el reordenamiento de los mercados monetario, financiero, cambiario, de seguros y de capitales.³⁵

Al llegar a este punto se impone siempre la pregunta de si las materias vedadas para los decretos de necesidad y urgencia (penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos), también lo están para los decretos delegados. O lo que es igual: si la “falta de una prohibición similar a la dispuesta en el art. 99, inc. 3, para los decretos de necesidad y urgencia, habilita la delegación en esas cuestiones, cuando existe emergencia pública”.³⁶

Para el caso de la materia tributaria es clara la posición de la Corte en cuanto a su improcedencia como objeto regulable por decreto delegado, en virtud

33. Conf. Leyes N° 25148 y N° 25414.

34. Ekmekdjian, M. Á. (2001), *op. cit.*, p. 713.

35. Conf. Leyes N° 25344 y 25561.

36. Gelli, M. A. (2011), *op. cit.*, p. 270.

del principio de legalidad tributaria de los arts. 4, 9, 17, 52 y 75, incs. 1 y 2, CN.

Así lo sostuvo al declarar la inconstitucionalidad del art. 59, segundo párrafo, de la Ley N° 25237 (norma delegante) y de la decisión administrativa 55/00 de la Jefatura de Gabinete de Ministros (norma delegada), en tanto regulaba las tasas percibidas por la Inspección General de Justicia, destacando que “no pueden caber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo”.³⁷

Más aún, la Corte dispuso que ni siquiera la ratificación posterior por ley del Congreso de un decreto delegado que regula materia tributaria, alcanza para sanear retroactivamente el vicio de origen:

CSJN (2014). “Camaronera Patagónica S.A.” Fallos, 337:388

“Que debe enfatizarse, de manera correlativa, que ese valladar inmovible que supone el principio de reserva de ley en materia tributaria tampoco cede en caso de que se actúe mediante el mecanismo de la delegación legislativa previsto por el art. 76 de la Constitución...

En tales condiciones, corresponde señalar que la ley 25.645 carece de eficacia para convalidar retroactivamente una norma que adolece de nulidad absoluta e insanable –como la resolución 11/02 del entonces Ministerio de Economía e Infraestructura–...”.

En cuanto a las otras materias, podemos concluir sin mucho esfuerzo que el mismo principio de reserva legal “es en un todo trasladable a la materia penal”, en virtud del art. 18 CN. Sobre las materias restantes, es pertinente la pregunta acerca de “¿qué emergencia pública requeriría una modificación de la ley de partidos políticos o de la ley electoral que no pueda esperar a la sanción del Congreso?”.³⁸

37. CSJN (2003). “Selcro S.A.”. *Fallos*, 326:4251.

38. Gelli, M. A. (2011), *op. cit.*, p. 270.

Por último, en lo que hace a los requisitos sustanciales, queda por desentrañar el concepto de *bases de la delegación* utilizado por el art. 76 CN. Teniendo en cuenta los estándares ensayados anteriormente y la interpretación restrictiva que venimos propiciando, las bases de la delegación se relacionan más con la “clara política legislativa” exigida en “Prattico”, que con la “voluntad legislativa general” de “Delfino” o el “bloque de legalidad” de “Cocchia”. En efecto, las bases debieran contener “el objetivo preciso a cumplir, la indicación precisa de las materias prohibidas al delegatario, los límites máximos y mínimos, las alternativas técnicas permitidas y prohibidas, si es posible o no la subdelegación”.³⁹ Es la adopción, por el derecho público argentino, de la regla del “principio claro e inteligible” importada de la jurisprudencia norteamericana.⁴⁰

Las bases de la delegación debieran ser aquellas directrices prescriptivas presentes en la ley delegante y que el decreto delegado debe obligatoriamente recoger. Son un anticipo de la decisión que deberá complementar, finalmente, el Poder Ejecutivo mediante la emisión del decreto delegado.

Si bien la ausencia de bases decanta en la inconstitucionalidad de la ley delegante, su formulación excesivamente vaga puede conducir a la misma decisión, o afectar la eficacia de la delegación e invalidar el decreto delegado. Esta última fue la opción que tomó la Corte y la que generó la siguiente regla:

39. Ekmekdjian, M. Á. (2001), *op. cit.*, p. 717, citando a Humberto Quiroga Lavié.

40. Conf. Sola, J. V. (2009), *op. cit.*, p. 443.

CSJN (2008). “Colegio Público de Abogados de Capital Federal”. *Fallos*, 331:2406

“1º) la delegación sin bases está prohibida y 2º) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate...

Así, por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente”.

En cuanto a los requisitos adjetivos, es decir, al procedimiento para la emisión de decretos delegados, el art. 100, inc. 12 CN establece su refrendo solo por el Jefe de Gabinete de Ministros y su control por la Comisión Bicameral Permanente, prevista en el art. 99, inc. 3º, cuarto párrafo, CN.

Una última cuestión hace al sujeto destinatario de la delegación que no puede ser otro que el Presidente, al ser el titular del Poder Ejecutivo unipersonal (art. 87 CN). Sin embargo, la Corte admitió que “las atribuciones especiales que el Congreso otorga al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos delegados, pueden ser subdelegados por éste en otros órganos o entes de la Administración Pública, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida”⁴¹

b) La Disposición Transitoria Octava

La Ley N° 24309 por la que se declaró la necesidad de la reforma constitucional, autorizó a la Convención Constituyente a “sancionar las cláusulas transitorias que fueren necesarias” (art. 2º, inc. d).

En virtud de esta autorización, la Constitución contiene, luego de su úl-

41. CSJN (2007). “Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento Modelo Terrabusi S.A.”. *Fallos*, 330:1855.

timo artículo (el 129), 17 disposiciones transitorias, las que son auténticas normas constitucionales de vigencia temporal –sujetas al cumplimiento de un plazo o al acaecimiento de una condición– y cuyo fin es permitir una transición ordenada entre el régimen constitucional anterior y el nuevo, producto de la actividad de la Convención Constituyente.

Entre ellas, encontramos una referida al art. 76, CN:

Disposición Transitoria Octava de la Constitución Nacional:

“La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley.

(Corresponde al Artículo 76)”.

El plazo previsto en la disposición transcrita vencía el 24 de agosto de 1999. Un día antes fue promulgada la Ley N° 25148.

Dicha norma ratificó en el Poder Ejecutivo, por el plazo de 3 años, la totalidad de la delegación legislativa emitida con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, y aprobó la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la referida delegación (arts. 1° y 3°).

Sucesivamente, las Leyes N° 25645, N° 25918 y N° 26135 fueron prorrogando el plazo de 3 años hasta que la Ley N° 26519 dispuso una última prórroga “a partir del 24 de agosto de 2009, por el plazo de un (1) año” (art. 1°).

Además, esta última norma dispuso la creación, en el ámbito del Congreso, de una Comisión Bicameral que “tendrá como misión y tarea revisar, estudiar, compilar y analizar... la totalidad de la legislación delegante preexistente en virtud de la disposición transitoria octava de la Constitución Nacional, con la finalidad de elevar a conocimiento del presidente de cada Cámara... un informe final conteniendo... a) Cuáles son las leyes que delegan facultades; b) Cuáles de ellas están vigentes; c) Cuáles fueron modificadas, derogadas o son de objeto cumplido; d) Si las materias se corresponden con lo regulado en el artículo 76 de la Constitución Nacional” (art. 3°).

La tarea encomendada fue cumplida con la emisión del informe del 30 de junio de 2010, en el cual se relevaron más de 350 leyes delegantes anteriores a 1994, distribuidas en 8 anexos y agrupadas por materia.

3.2. Decretos de necesidad y urgencia

Como venimos anticipando, la emisión por el Poder Ejecutivo de actos de sustancia legislativa es concomitante con los inicios de nuestra organización institucional y acorde al sistema presidencialista “fuerte” establecido por la Constitución de 1853. Sin embargo, como también fue expuesto, siempre se requirió ley expresa que ratifique la decisión del Poder Ejecutivo.

Todavía en 1989, ante la impugnación del Decreto N° 1096/85, por el cual se creó el signo monetario “austral”, la Corte sostuvo que la causa se había tornado abstracta al ser ratificado el decreto cuestionado por la Ley N° 23410.⁴²

Un año después, la Corte dio un dramático giro al emitir el fallo “Peralta”.⁴³

En dicha causa, los actores pretendían la inconstitucionalidad del Decreto N° 36/90 por el cual se sustituyeron los depósitos bancarios en dinero a plazo fijo por títulos de la deuda pública externa (Bonex).

La Corte se pronunció por la validez constitucional de la norma invirtiendo el principio sostenido históricamente: si antes el decreto era inválido salvo ratificación expresa por ley, ahora el decreto es válido salvo rechazo expreso por ley.

En efecto, el Tribunal sostuvo que “puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo. Esto, bien entendido, condicionado por dos razones fundamentales: 1) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; y 2) porque –y esto es de público y notorio– ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados”.

42. CSJN (1989). “Porcelli, Luis A.”. *Fallos*, 312:555.

43. CSJN (1990). “Peralta, Luis A.”. *Fallos*, 313:1513.

La práctica histórica del Poder Ejecutivo de emitir actos de sustancia legislativa invocando situaciones de emergencia, pero requiriendo ley ratificatoria expresa llegó a ser calificada como una “norma (no formulada) en la Constitución material” que establecía lo siguiente: “el Ejecutivo está habilitado para dictar reglamentos de urgencia en materias que son de competencia del Congreso; o en otros términos: las competencias del Congreso admiten ser asumidas por el Poder Ejecutivo cuando éste estima que su ejercicio viene reclamado por razones de urgencia, necesidad o emergencia grave”.

Con el fallo “Peralta”, y la mayor degradación de ese régimen, se sumó “un estímulo para continuar recorriendo con desprolijidad inconstitucional la referida praxis”,⁴⁴ pendiente que llegó a registrar, durante las dos presidencias de Menem (1989-1999), la emisión de 545 decretos de necesidad y urgencia, frente a los 10 de su antecesor Alfonsín (1983-1989).⁴⁵

3.2.1. Regulación constitucional de los decretos de necesidad y urgencia

La práctica detallada y el régimen para ella previsto a partir del fallo “Peralta”, llevaron a la discusión acerca de la conveniencia de incorporar a la Constitución una regulación específica para los decretos de necesidad y urgencia.

Así, el convencional García Lema expuso el dilema en los siguientes términos: “Correspondió entonces discernir si era conveniente que los decretos de necesidad y urgencia se mantuviesen como una práctica paraconstitucional, reconocida por sectores importantes de la doctrina y de la jurisprudencia o si debían ser reglamentados en la propia Constitución. Se optó por esta segunda solución porque parece lógico que aun las cuestiones que ofrecen dificultades para su tratamiento constitucional, sean previstas en la ley fundamental, pese a los conflictos que se generen, antes de que existan prácticas paralelas al sistema constitucional... La ventaja principal de reglamentar los decretos

44. Bidart Campos, G. J. (2005). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino: tomo II-B*. Buenos Aires: Ediar, p. 303.

45. Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Jurisprudencia, *op. cit.*, p. 9; Balbín, C. F. (2011). *Tratado de derecho administrativo: tomo I, bases y fundamentos. fuentes. Actividades regladas y discrecionales*. Buenos Aires: La Ley, pp. 643-644.

de necesidad y urgencia en la Constitución es que permite delinearlos sujetos a determinados procedimientos que importarán profundas modificaciones respecto de las prácticas anteriores. Así la necesidad de que el Presidente de la Nación deba dictarlos en acuerdo general de ministros; que el jefe de gabinete además de suscribir ese decreto deba exponerlo personalmente ante la Comisión Bicameral de control que se creará en esta materia; que luego la comisión tenga un tiempo también abreviado de diez días para expedirse y que la cuestión sea sometida a los plenarios de las Cámaras para que decidan expresamente sobre ella parecen mecanismos que innovan profundamente sobre las mencionadas prácticas anteriores”.⁴⁶

Otro convencional, Miguel Ángel Ortiz Pellegrini, al recordar la obligación del Congreso de pronunciarse expresamente y la consecuente prohibición de la sanción tácita o ficta (art. 82 CN), puso de relieve que “no podrá haber más decretos con el silencio del Congreso, que deberá hablar, decir y expresarse, según la Constitución, con lo cual derogamos para siempre la triste doctrina sentada en el caso Peralta, que le dio valor positivo al silencio como expresión del Congreso. No hay más silencio del Congreso que pueda interpretarse como un consentimiento al Poder Ejecutivo, si no se lo indica expresamente. El caso Peralta ha fenecido, ha muerto. Y, en este sentido, no dudo de que prestamos un enorme servicio a la Argentina y al funcionamiento democrático de mi país”.⁴⁷

De este modo, llegamos a la regulación constitucional de los decretos de necesidad y urgencia:

46. Argentina, Convención Nacional Constituyente, *op. cit.*, pp. 2207-2008.

47. Argentina, Convención Nacional Constituyente, *ibid.*, p. 2441.

Artículo 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional:

“El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones...

Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros.

El Jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

Notamos que, a diferencia de los delegados, la emisión de decretos de necesidad y urgencia constituye una atribución que corresponde al Presidente y que es de fuente constitucional directa.

Sin embargo, ese es solo el inicio del trámite, por cuanto el Congreso es el órgano que cierra el procedimiento con su intervención expresa, y cuyo silencio nunca “significa aprobación tácita del decreto de necesidad y urgencia, ya que el art. 82 contiene una norma, que reputamos general para todos los casos y para cualquiera, conforme a la cual la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente, agregando para disipar cualquier duda que ‘se excluye, en todos casos, la sanción tácita o ficta’”.⁴⁸

48. Bidart Campos, G. J. (2005), *op. cit.*, p. 306.

3.2.2. Requisitos sustanciales: las “circunstancias excepcionales”

Además de estar excluida la materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, la atribución que excepcionalmente se otorga al Poder Ejecutivo para emitir decretos de necesidad y urgencia, se justifica ante la existencia de circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes.

La comprobación de dicho estado excepcional, “excede al voluntarismo subjetivista del Presidente de la República y... descarta cualquier apremio basado en su mero interés o conveniencia”.⁴⁹ Esa situación debe precisarse ante las circunstancias de hecho que rodean el caso, correspondiendo al Poder Legislativo su control mediante su intervención posterior, pero también al Poder Judicial:

CSJN (1999). “Verrocchi, Ezio Daniel”. Fallos, 322:1726

“Es atribución de este Tribunal en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia... y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”.

Las “circunstancias excepcionales” sobre las que se monta la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia, y que son controlables en su sustento fáctico por el Poder Legislativo, pero también por el Poder Judicial, se dan cuando se comprueba, alternativamente:

49. *Ibíd.*, p. 308.

CSJN (1999). “Verrocchi, Ezio Daniel”. Fallos, 322:1726

“1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes”.

Pero además de la comprobación fáctica suficiente de la existencia de “circunstancias excepcionales”, los decretos de necesidad y urgencia deben reunir, al menos, dos requisitos más:

- a) no deben regular materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos; y
- b) deben tener una vigencia temporal limitada al estado excepcional. Así lo entendió la Corte al sumar como argumento invalidante de un decreto que modificaba la Ley de Seguros, aquel que señaló “que las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo a la ley 20.091 no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional en el sector, sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional”.⁵⁰

3.2.3. El procedimiento constitucional y la Ley reglamentaria N° 26122

Los decretos de necesidad y urgencia deben contar con el refrendo de todos los Ministros y del Jefe de Gabinete.

Una vez cumplido, el procedimiento continúa del siguiente modo:

- a) el Jefe de Gabinete de Ministros, dentro de los diez días posteriores

50. CSJN (2010). “Consumidores Argentinos”. *Fallos*, 333:633.

a su emisión, somete personalmente la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente;

- b) la Comisión, dentro de los diez días de recibida la medida, elevará su despacho al plenario de cada Cámara para su inmediato y expreso tratamiento.

Hasta la creación de la Comisión Bicameral Permanente y la sanción de la ley a la que alude el último párrafo del art. 99. inc. 3º, CN, parte de la doctrina sostenía la prohibición absoluta de los decretos de necesidad y urgencia, atento a que “la imposibilidad de que opere la participación obligatoria y el trámite de seguimiento y control a cargo de los órganos que la Constitución determina, no sólo impide dictar decretos de necesidad y urgencia sino, además, acarrea la inconstitucionalidad de los ya emanados al margen del itinerario hasta ahora inhibido de aplicación y funcionamiento”.⁵¹

También en la postura de algunos jueces supremos se advertía esta posición:

Voto de Argibay (2010). “Consumidores Argentinos”. Fallos, 333:633

“si el ejercicio de la función legislativa por el Presidente está condicionado al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 99.3, tercer y cuarto párrafo de la Constitución, y no se ha probado en el caso que dicha condición se haya cumplido, entonces las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente no consiguen superar la pena establecida por la misma Constitución, esto es, su nulidad absoluta e insanable”.

51. Bidart Campos, G. J. (2005), *op. cit.*, p. 313.

Voto de Petracchi (2010). “Consumidores Argentinos”. Fallos, 333:633

“la vía establecida en el art. 99, inciso 3° de la Constitución Nacional, exigía que el Congreso sancionara la “ley especial” que hiciera operativo el articulado, sin que correspondiese discutir las bondades del criterio elegido, pues el Tribunal sólo debía atender a su significado y a sus consecuencias. Hasta que no fue sancionada la ley que reclamaba el art. 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional, no podía cumplirse con la “subetapa” legislativa prevista por aquélla y ello determinaba la imposibilidad de recurrir a esos remedios de excepción que son los decretos de necesidad y urgencia.

Como se sabe, sólo en el año 2006 fue sancionada la ley especial que la Constitución exigía...”.

La Ley N° 26122 es la que prevé el último párrafo del art. 99, inc. 3°, CN.

Su objeto consiste en regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos delegados, de necesidad y urgencia, y de promulgación parcial de leyes. Además, estableció el mecanismo de integración de la Comisión Bicameral Permanente y su funcionamiento, el que no se interrumpe “aun durante el receso del Congreso de la Nación” (art. 6°).

La norma prevé el pronunciamiento separado de cada cámara, si bien no le impone plazo. La decisión deberá ser expresa y por el rechazo o aprobación del decreto, sin “introducir enmiendas, agregados o supresiones” (arts. 22 y 23); lo que constituye un mecanismo de “veto legislativo”⁵² que cierra el procedimiento.

Solo el rechazo expreso de ambas Cámaras, implica la derogación del decreto, “quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia” (art. 24). Hasta que esto suceda, el decreto tiene “plena vigencia de conformidad a los establecido en el art. 2° del Código Civil” (art. 17).

52. Conf. Sola, J. V. (2009), *op. cit.*, pp. 476-478.

II. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y GUÍAS PARA SU ANÁLISIS

1. Caso “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional - ley 25.414 - dto. 1204/01” (2008).
CSJN, *Fallos* 331:2406

1.1. Resumen del Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

– I –

A fs. 248/249, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala V) confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior, que había hecho lugar a la acción de amparo que promovió el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (en adelante, C.P.A.C.F.) y, en consecuencia, declaró la invalidez de los arts. 3º y 5º del decreto 1204/01.

Para así decidir, los magistrados le reconocieron legitimación al C.P.A.C.F., toda vez que, en su concepto, entre las funciones que le han sido conferidas mediante la ley 23.187, se encuentra la de tutelar la inviolabilidad del ejercicio profesional en todos sus órdenes, razón por la cual también está investido a esos efectos de legitimación procesal para iniciar la acción pública.

(...)

Con tal propósito –dijeron– el Poder Ejecutivo dictó el decreto 1204/01, que dispuso, en lo pertinente, que los abogados que ejerzan la representación, patrocinio letrado y/o defensa del Estado Nacional estarían exentos del pago de bonos de derecho fijo (art. 3º) y, además que, para ejercer la profesión no resultaba necesaria otra matrícula que la del Registro de Abogados del Estado, creado por su art. 4º (confr. art. 5º).

(...)

Manifestaron que la delegación sub examine podría haber tenido validez siempre que la política legislativa se hubiera establecido claramente y que la

interpretación de ese instituto –agregaron– siempre debe hacerse con carácter restrictivo. En ese orden de ideas, les resultaba indudable que la ley 25.414, por la imprecisión de su enunciado, no había autorizado al Poder Ejecutivo a modificar la ley 23.187 como lo hizo al emitir el decreto 1204/01.

Sin embargo, descartaron los argumentos contra la declaración de inconstitucionalidad del art. 4º del referido decreto, en cuanto crea el Registro de Abogados del Estado, por entender que las funciones específicas del C.P.A.C.F. de ninguna manera se encontrarían vulneradas ni excluidas.

Por otra parte, dijeron que, si bien el art. 3º del decreto 1204/01 –que exige a los abogados que ejerzan funciones para el Estado del pago de bonos de derecho fijo que prevé la ley 23.187– había considerado la situación de emergencia económica declarada por la ley 25.344 –cuyos efectos no desconocen, por los hechos acaecidos en el país al momento del emitirse tal decreto– lo dispuesto en aquel artículo desvirtúa el principio de legalidad (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional), pues vulnera el texto expreso del art. 51, inc. d, de la ley 23.187.

– II –

Disconforme, el Estado Nacional dedujo el recurso extraordinario...

Sostiene, en lo que aquí interesa, que el C.P.A.C.F. carece de legitimación activa, toda vez que sólo se encuentra legalmente facultado para tutelar los intereses de los abogados de la matrícula en el ejercicio privado de la profesión, pero no los que atañen a los abogados del Estado, quienes están sometidos al control, a las directivas y a la disciplina específica del Procurador del Tesoro de la Nación.

(...)

Puntualiza que las normas que rigen la abogacía pública conforman un sistema especial y diferenciado del ejercicio liberal de la profesión, tal como se desprende de la ley 12.954, sancionada en 1947, de creación del Cuerpo de Abogados del Estado, el cual tiene entre otras funciones, la de representarlo ante las autoridades judiciales, lo que también surge de la ley 24.946 (arts. 66 y sgtes.) que sustituyó a la ley 17.516, de la ley 25.344 y su decreto reglamentario 1116/00. Por otra parte, aclara, las disposiciones del Código de **Ética** del C.P.A.C.F. demuestran que no está contemplada la situación del abogado del

Estado sino, de manera clara e indiscutible, la del letrado que ejerce libremente la profesión de abogado.

(...)

Asevera que la legalidad del decreto 1204/01 fue debidamente fundamentada, porque el ejercicio de las facultades que integran la zona de reserva de la administración no puede ser controlado por el Poder Judicial en cuanto hace a su organización, en particular, ello se puso en evidencia al invalidarse su art. 5º.

Advierte contradicción en los fundamentos del fallo, al reconocer validez al art. 4º que crea el Registro de Abogados del Estado porque somete a sus letrados a una doble vinculación tanto con el Estado Nacional como con el Colegio, lo cual afecta el funcionamiento operativo del primero y sus entidades descentralizadas, que poseen sobre sus empleados facultades disciplinarias y jerárquicas, circunstancia que, además, constituye un típico aspecto de carácter administrativo alcanzado por el art. 76 de la Constitución Nacional.

(...)

Alega que, por ese motivo, la sentencia apelada produce un grave perjuicio económico a la comunidad, circunstancia que el mismo decreto 1204/01 pretendió evitar mediante la adopción de medidas coherentes con la emergencia administrativa establecida en la ley 25.344. Estima que ello es así porque, en el marco de contención de gastos que impuso la emergencia declarada por dicha ley, el pago de bonos, de derechos fijos o de cualquier otro gravamen similar al previsto en la legislación de la Nación o de la provincias que obligue a los abogados a un pago por su representación, patrocinio letrado o defensa del Estado Nacional y de los demás organismos mencionados en el art. 6º constituye una erogación de importancia que afecta el erario público, máxime si se tiene en cuenta el régimen de equilibrio fiscal impuesto por la ley 25.453.

(...)

– IV –

... En ese orden, entiendo que cabe desestimar los argumentos del demandado en cuanto sostiene que el C.P.A.C.F. sólo está facultado para tutelar el universo de abogados que ejercen libremente la profesión, no así el de aquellos que pertenecen al ámbito del Estado.

Pienso que ello es así pues, como lo sostuvo el Ministerio Público en los casos de Fallos: 308:987 y 324:448, el C.P.A.C.F. es “una persona de derecho público, desde que no se la concibe como una asociación de derecho común, a la cual se es libre de asociarse o de no asociarse, para la defensa de intereses sectoriales, sino como el órgano que en el ámbito de la delegación transes-structural de las funciones estatales es revestido de naturaleza pública para llevar adelante el cumplimiento de un cometido público que se le encomienda, cual es el de controlar el ejercicio de la profesión con arreglo a las pautas preestablecidas en resguardo de los intereses, no de los abogados individual y sectorialmente, sino de la comunidad que necesita del concurso de éstos para garantizar el afianzamiento de la justicia, de la que los abogados son auxiliares, motivo principal por el que dicho órgano ha de gobernar la matrícula” **(énfasis agregado).**

(...)

A la luz de las normas transcriptas, es claro que la ley no efectúa distinción alguna, como hace el apelante, entre los abogados que ejercen libremente la profesión y los que pertenecen al Estado, sino que comprende al universo de profesionales que litigan en jurisdicción de la Capital Federal...

Por lo demás, no se me escapa que la decisión a la que finalmente se arribe en el sub lite podría afectar los fines públicos delegados por dicha ley al C.P.A.C.F., ya sea en lo atinente al control del ejercicio de la profesión en la Capital Federal, como a la matriculación obligatoria de todos los que ejercen en dicha jurisdicción, por lo que su actuación en el pleito se enmarca en el inc. j) de la ley 23.187, que le impone como deber la defensa de “...la inviolabilidad del ejercicio profesional en todos sus órdenes estando investido a esos efectos de legitimación procesal para ejercitar la acción pública”.

Sobre el tema, considero oportuno recordar, una vez más, lo expresado por el Tribunal en el precedente antes citado de Fallos: 308:987 (reproducido en el dictamen del señor Procurador General en la causa publicada en Fallos: 324:448), en torno a las funciones atribuidas legalmente al C.P.A.C.F., entre las que está la de controlar el ejercicio profesional y el resguardo de dicho ejercicio, como también “la defensa de sus miembros, la cual (...) es también una función pública, destinada a la protección del libre desarrollo de la activi-

dad de los abogados como representantes de los justiciables y como órganos auxiliares de la justicia (conf. art. 5º, párrafo primero, y argumento del art. 7º, inc. e, parte primera del cuerpo legal referido –es decir, la ley 23.187–)” (considerando 9º).

También se señaló, en el aludido precedente, que no hay vínculo asociativo entre los matriculados, sino que la posición del abogado es la de sujeción a la autoridad pública ejercida por el Colegio y a las obligaciones que la ley le impone (considerando 10) y “Que, en definitiva, el Colegio no es una asociación (art. 14 de la Constitución Nacional) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado y que éste, por delegación, circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los abogados de la Capital Federal, como auxiliares de la administración de justicia” (considerando 11).

Por otra parte, tampoco puede desconocerse que el Colegio acciona en defensa de un derecho propio –y, por lo tanto, cuenta con legitimación suficiente para actuar en este juicio–, cuando impugna el decreto 1204/01 porque –a su entender–, en contra de lo que dispone la ley 23.187, excluye de su control a una categoría de abogados que integran su matrícula (los que ejercen labores en el Estado), al tiempo que lo priva de los fondos que éstos deben abonar por su actuación en todo proceso judicial, en concepto de derecho fijo, que contribuyen a formar el patrimonio de la entidad (conf. art. 51, inc. d, de la ley recién citada).

– V –

(...)

Procede destacar que los bonos y derechos fijos no admiten una consideración escindida respecto de las instituciones tributarias, antes bien, un correcto enfoque del tema conduce a sostener que aquéllos participan de la naturaleza de éstas. Dicho criterio se desprende de los argumentos que la Corte desarrolló en Fallos: 310:418, al sostener la constitucionalidad de las contribuciones a las que los miembros del Colegio queden obligados, vgr. las cuotas de inscripción y anual previstas en el artículo 51, inciso a, de la ley citada, indispensa-

bles para la subsistencia del ente y el cumplimiento de sus fines...

... bien entendido que la determinación cuantitativa de esa contribución por la asamblea del Colegio ‘en una proporción del importe de la tasa de justicia que se tribute en juicios por un monto indeterminado’ no constituye una indebida delegación de facultades legislativas por el Congreso de la Nación sino tan sólo el reconocimiento legal de una atribución a un ente público...” (cons. 4º del mismo precedente).

(...)

La ley 23.187 define un presupuesto de hecho que, al verificarse en la realidad del caso concreto, da origen a la obligación de ingresar en el C.P.A.C.F. una suma de dinero, en las condiciones que establece el texto legal. Tal obligación tiene por fuente un acto unilateral del Estado –justificado por el poder tributario que la Constitución Nacional le otorga al Congreso– y su cumplimiento se impone coactivamente a los particulares, cuya voluntad carece, a esos efectos, de toda eficacia. Cabe añadir, en tal sentido, que la Corte ha dicho que no existe acuerdo alguno de voluntades entre el Estado y los individuos sujetos a su jurisdicción con respecto al ejercicio del poder tributario implicado en sus relaciones; los impuestos no son obligaciones que emerjan de los contratos sino que su imposición y su fuerza compulsiva para el cobro son actos de gobierno y de potestad pública (Fallos: 218:596, entre otros).

Es menester señalar que la obligación que se impone al afiliado del C.P.A.C.F. cuya situación queda comprendida en los términos de la ley 23.187 no difiere –en cuanto a la génesis de la relación, estructura, marco normativo que la regula– de aquella resultante de cualquier otra ley tributaria. La particularidad de que el sujeto de aplicación y fiscalización sea el Colegio Público de Abogados no altera tal conclusión, toda vez que, como se dijo en el acápite anterior, “el Colegio no es una asociación (art. 14 de la Constitución Nacional) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado, y que éste por delegación, circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los abogados de la Capital Federal, como auxiliares de la administración de justicia” (Fallos: 308:987, considerando 11).

Sentado lo anterior, a mi modo de ver, la adecuada solución de la controversia pasa por la pertinente aplicación del principio de reserva constitucional de ley formal en materia de tributos.

La Corte ha dicho con relación al principio de reserva de la ley tributaria, que éste es de rango constitucional y propio del Estado de Derecho y que únicamente admite que una norma jurídica con la naturaleza de “ley formal” tipifique el hecho que se considera imponible y que constituirá la posterior causa de la obligación tributaria. Ese principio no puede ser soslayado aunque se invoquen “pautas de política fijadas por las autoridades económicas” y la existencia “de un estado de calamidad económica interna”, debido a que nuestro sistema constitucional supone un Estado cuyas potestades son limitadas y se hallan sujetas al deslinde de competencias fijado por la Ley Fundamental, predispuesto para garantizar una estabilidad calculable entre gobernantes y gobernados (Fallos: 294:152, considerando 18, citado en Fallos: 318:1154, voto de los jueces Enrique S. Petracchi y Gustavo A. Bossert).

Del art. 3º del decreto 1204/01 surge con claridad que el Poder Ejecutivo, mediante un decreto delegado, ha declarado a determinados sujetos exentos de un tributo creado por ley. Es reiterada doctrina de V.E. que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones, de conformidad con los arts. 4º, 17, 44 y 67 –texto 1853/1860– de la Constitución Nacional (Fallos: 248:482; 303:245; 305:134; 312:912; 316:2329, entre muchos otros relativos al principio de legalidad tributaria).

Paralelamente a ello, ha sostenido que, del mismo modo que el principio de legalidad que rige en la materia impide que se exija un tributo en supuestos que no estén contemplados por la ley, también veda la posibilidad de crear exenciones en situaciones que tienen cabida en ella con arreglo a los términos del respectivo precepto (confr. arg. Fallos: 316:1115).

(...)

De la reiterada doctrina del Tribunal sobre este tópico surge con nitidez que ni un decreto del Poder Ejecutivo ni una decisión del Jefe de Gabinete de Ministros pueden crear válidamente una carga tributaria ni definir o modifi-

car, sin sustento legal, los elementos esenciales de un tributo (confr. sobre esto último la doctrina de Fallos: 319:3400, en especial, su considerando 9º, citado en Fallos: 326:4251, considerando 6º).

Desde esta perspectiva, no resultan atendibles los argumentos del Estado Nacional para defender la constitucionalidad del decreto 1204/01, fundado en la delegación legislativa efectuada por el art. 1º de la ley 25.414, toda vez que, si bien el apartado I, inc. f), del este artículo habilitaba al Poder Ejecutivo a derogar total o parcialmente las normas específicas de rango legislativo que afecten o regulen el funcionamiento operativo de los organismos o entes allí enumerados, lo dispuesto en el art. 3º del decreto previamente citado colisiona con la limitación constitucional infranqueable que supone la materia tributaria para los decretos del Poder Ejecutivo.

(...)

... al tratarse, como se dijo, de una facultad exclusiva y excluyente del Congreso, tal delegación resulta inválida. Como bien expresó V.E., no pueden caber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo (Fallos: 326:4251, considerando 8º).

(...)

... En cuanto al decreto 1204/01 –cuyos arts. 3º y 5º fueron declarados inconstitucionales por el a quo–, sigue vigente aunque la ley de delegación que se invoca como su fundamento haya sido derogada, de conformidad con lo que disponía el art. 6º de la misma ley: “al término del plazo establecido en el artículo 1º, se operará de pleno derecho la caducidad de la delegación de facultades dispuesta en la presente ley sin perjuicio de la validez y continuidad de la vigencia de las normas que haya dictado el Poder Ejecutivo nacional en ejercicio de las atribuciones que se le delegan”.

Opino, por las razones expuestas, que debería declararse la inconstitucionalidad del art. 3º del decreto 1204/01, en cuanto exime a los abogados del Estado del pago del derecho o bono fijo, al igual que la delegación legislativa efectuada por el art. 1º, ap. II, inc. a) de la ley 25.414, en cuanto faculta al Poder Ejecutivo a “crear exenciones”.

– VI –

(...)

... El Colegio tiene, asimismo, a su cargo, promover y organizar la defensa jurídica de las personas que carezcan de recursos económicos, contribuir al mejoramiento de la justicia, dictar las normas de ética que deben regir la actividad y aplicar las sanciones que correspondan.

El Tribunal, en oportunidad de expedirse sobre la obligación de inscribirse en la matrícula que lleva el C.P.A.C.F., afirmó la razonabilidad de la reglamentación del ejercicio de la abogacía por parte del legislador en nombre del constitucional poder de policía del Estado y consideró, además, que sólo por error “...puede entenderse como fundamento de actos que anulen o desnaturalicen el cumplimiento de un cometido público, cual es el de controlar el ejercicio de la profesión de abogado por un órgano que registra la matrícula” (Fallos: 323:1374).

En ese precedente, asimismo, exaltó “Este control, que se distingue claramente de la imposición de requisitos de carácter sustantivo, es indispensable para un sano orden social y conviene que sea ejercido por la entidad social que constituyen los miembros de la profesión, que es el sistema que ofrece mayores garantías individuales y sociales y que, a la vez, limita la injerencia estatal inmediata y directa(disidencia de los jueces Sagarna y Casares en Fallos: 203:100)” (confr. considerando 8º) (énfasis agregados).

No cabe duda de que la ley 23.187, cuyo carácter general es inequívoco, al establecer la necesaria matriculación, ha conferido al C.P.A.C.F. el ejercicio del poder de policía de control y disciplinario sobre los profesionales que lo integran. Desde esta perspectiva, estimo que el decreto 1204/01, en cuanto autoriza el ejercicio de la profesión a abogados no matriculados –aun cuando lo hagan en representación del Estado– es inconstitucional, porque sustrae del control de aquel ente a una parte de los que deberían estar sujetos a su fiscalización, lo que se hallaba expresamente vedado por el art. 1, ap. I, inc. f), de la ley delegante.

En efecto, la Corte ha expresado que la delegación legislativa debe ser interpretada restrictivamente conforme al precepto constitucional (art. 76 de la Constitución Nacional), anterior y superior a la normativa bajo examen (Fallos: 326:2150)...

De este modo, el poder administrador, mediante el decreto 1204/01, no podía válidamente extender la facultad de derogar total o parcialmente aquellas normas específicas de rango legislativo que afecten o regulen el funcionamiento operativo de entidades públicas no estatales, a aquellas que regulan el “control” sobre la matrícula, transgrediendo la expresa limitación impuesta por la ley delegante que le impedía emitir normas que involucraran contenidos de tal carácter.

(...)

– VII –

En resumen, pienso que se ajusta a derecho la sentencia apelada en cuanto declara la inconstitucionalidad de los arts. 3º y 5º del decreto 1204/01, pues en el primero de aquellos supuestos el legislador se excedió al delegar en el Poder Ejecutivo atribuciones en materia tributaria, mientras que en lo que concierne al segundo precepto, este último ejerció facultades que no le fueron conferidas por el Congreso Nacional, violando, de tal manera, las bases de la delegación...

(...)

Buenos Aires, 15 de junio de 2006

Laura M. Monti

1.2. Resumen del Fallo de la Corte Suprema

Buenos Aires, 4 de noviembre de 2008.

Vistos los autos: “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo”.

Considerando:

(...)

3º) Que el primer agravio del recurrente enderezado a cuestionar la legitimación de la entidad actora debe ser rechazado en base a los argumentos expuestos en el último párrafo del apartado IV del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, al que cabe remitirse por razones de brevedad.

4º) Que en cuanto al fondo del asunto, con carácter preliminar, debe puntualizarse que el argumento central de la decisión judicial radicó en que el Presidente no se encontraba habilitado por el Congreso para dictar dispo-

siciones de carácter legislativo contrarias a la ley nacional 23.187. Rechazó la pretensión de que tal autorización pudiese hallarse en el artículo 1º.f de la ley 25.414 –de delegación de atribuciones legislativas y emergencia pública–, puesto que no se ha demostrado en qué afecta la eficiencia de la administración que los profesionales pertenecientes al cuerpo de abogados del Estado cumplan con la obligación legal de matricularse en el distrito, como lo exige la ley 23.187. Por otro lado, consideró el tribunal que la exención a los abogados del Estado de pagar el derecho fijo por su actuación judicial no es transitoria, como deben serlo las medidas de emergencia, sino que es definitiva y, por ende, irrazonable.

Ante esta Corte, la parte demandada ha solicitado la revocación del fallo y defendido la validez del decreto 1204/01, apoyándose en dos líneas diferentes de argumentación. Por un lado, sostuvo que la ley 23.187 se refiere solamente a la abogacía privada, mientras que el decreto 1204/01 reglamenta el ejercicio de la abogacía pública, es decir, la que ejercen los abogados del Estado. Esta materia está comprendida, entonces, en la “zona de reserva de la administración”, vale decir, es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo. La segunda argumentación sostiene que el decreto 1204/01 es válido pues el Presidente lo dictó en uso de las atribuciones legislativas que le había delegado el Congreso en el artículo 1º de la ley 25.414.

5º) Que, como puede apreciarse, se trata de argumentos encontrados en cuanto al carácter propio o delegado de la competencia ejercida por el Presidente al dictar el decreto 1204/01, inconsistencia que adquiere especial relevancia al tomarse en cuenta que el ejercicio de uno y otro tipo de atribución está sujeto por la Constitución Nacional a diferentes condiciones de validez.

6º) Que el examen de los puntos federales propuestos, de acuerdo al desarrollo que sigue, concluirá en la confirmación del fallo dictado por la cámara de apelaciones. Primero, porque es incorrecto afirmar que el Presidente, al dictar el decreto 1204/01, haya hecho uso de una competencia exclusiva; por el contrario, el régimen de los abogados del Estado –separada o conjuntamente con los demás abogados– es una materia que ha sido regulada por leyes del Congreso cuya validez no es materia de controversia. Segundo, porque los artículos 3º y 5º del decreto 1204/01 no encuentran convalidación en la dele-

gación de facultades legislativas contenida en el artículo 1º, inciso I, apartado “f” de la ley 25.414.

(...)

8º) Que la cuestión a tratar por esta Corte queda circumscripita entonces a la de si el decreto 1204/01 puede ser justificado como el ejercicio válido de las atribuciones legislativas delegadas al Presidente por el Congreso a través del artículo 1º.f de la ley 25.414.

9º) Que con un lenguaje firme y explícito la Constitución Nacional prohíbe al Presidente de la República, como regla general, emitir “disposiciones de carácter legislativo”, sea a iniciativa propia (artículo 99.3, segundo párrafo), sea por virtud de la delegación que, en su favor, haga el Congreso (artículo 76, primera parte). Ambas cláusulas establecen también, luego de formular el principio, las condiciones o límites bajo los cuales ha de operar el caso excepcional en que el Presidente se encuentra habilitado para dictar decretos legislativos que, según sea, se denominan “decretos de necesidad y urgencia” o “decretos que ejercen facultades delegadas” (artículo 100, incisos 13 y 12, respectivamente).

En lo que se refiere a los decretos dictados en uso de facultades delegadas (o “decretos delegados”), el artículo 76 de la Constitución Nacional establece tres requisitos básicos: 1) que se limiten a “materias determinadas de administración o emergencia pública”; 2) que se dicten dentro del plazo fijado para su ejercicio y 3) que se mantengan “dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”. El artículo 100, inciso 12 añade un cuarto requisito, a saber, 4) que los decretos así dictados sean refrendados por el Jefe de Gabinete de Ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación.

La letra del texto constitucional (artículos 99.3 y 76) refleja sin ambigüedades la decisión que tomó la Convención Constituyente de 1994 de, por una parte, mantener el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el Presidente como una práctica normal y, por la otra, de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí puede tener lugar. La definición de la regla general y de los casos excepcionales en el mismo texto constitucional, así como el procedimiento que finalmente se

adoptó para asegurar el adecuado funcionamiento de ambos, es el correlato de dos objetivos básicos que rigieron la deliberación constituyente: la atenuación del presidencialismo y la mayor eficacia en el funcionamiento del gobierno federal. De todo ello se desprende que dicho procedimiento debe ser puesto en práctica por los tres poderes del Estado, cada uno en el papel que le toca, con el cuidado de no introducir, por vía de deformaciones interpretativas, inconsistencias o desequilibrios entre las diversas finalidades buscadas con la reforma de la estructura del gobierno federal...

(...)

10) Que, si bien la Constitución estadounidense no contiene una cláusula como la de nuestro artículo 76, la Suprema Corte federal de ese país ha fijado, a lo largo de su historia jurisprudencial, el modo constitucionalmente aceptable en que debe tratarse la práctica de la delegación legislativa. Un factor central de la validez de la actividad llevada a cabo en ejercicio de facultades delegadas es, tal como lo advirtiera el discurso del convencional García Lema, la formulación por el Congreso de un patrón o directriz inteligible y clara a la cual debe sujetarse el Presidente. En un fallo de 1996 el referido tribunal ha hecho una síntesis de la doctrina que viene sosteniendo y desarrollando –al menos desde 1936–:

“El principio fundamental de la doctrina de delegación es que la función legislativa pertenece al Congreso... y no puede ser transferida a otra rama del gobierno u organismo. Este principio no significa, sin embargo, que solamente el Congreso puede dictar reglas de seguimiento obligatorio (‘prospective force’). Imponer al Congreso la carga de diseñar toda norma federal, implicaría distraerlo de temas más acuciantes y malograr el designio de los constituyentes de un Gobierno Nacional efectivo”.

Y, más adelante:

“Esta Corte ha establecido desde antiguo que el Congreso debe tener permitido delegar en otros al menos alguna autoridad que éstos puedan ejercer por sí mismos. La auténtica distinción... es entre la delegación del poder para hacer la ley, que necesariamente involucra discrecionalidad en cuanto a cómo ella debe ser, y conferir autoridad o discrecionalidad en cuanto a su ejecución, para ser ejercida bajo la ley y en función de ella. Lo primero no puede hacerse,

lo último no merece ninguna objeción válida” (Loving v. United States, 517 U.S. 748, 758 [1996]).

Sin embargo, aclaró que “no es suficiente decir que el Congreso manifestó su voluntad de delegar una cierta atribución (authority)”, pues, “como regla general, debe también establecer por acto legislativo un principio inteligible al cual la persona o cuerpo autorizado tiene que conformarse. La regla del principio inteligible busca hacer cumplir la idea de que el Congreso no puede delegar el poder de hacer leyes y, por ende, puede delegar no más que el poder de decidir los programas y medidas que pongan en práctica sus leyes” (517 U.S. 748, 771).

11) Que la exigencia del derecho constitucional norteamericano de que las leyes delegatorias contengan un principio claro e inteligible al cual debe ajustarse la autoridad delegada tiene su correlato en dos conceptos contenidos en el artículo 76 de la Constitución Nacional: el carácter determinado de las materias de administración y la exigencia de que la actividad delegada se mueva “dentro de las bases que el Congreso establezca” [énfasis añadido].

Pero, el riesgo que de todos modos enfrentan las constituciones al admitir la delegación legislativa es que ésta se lleve a cabo de manera extremadamente amplia e imprecisa. Los caminos que se abren a los tribunales que deben resolver impugnaciones fundadas en el uso excesivo de facultades delegadas de manera indeterminada son en general dos: o bien anular la ley delegatoria por no fijar un lineamiento inteligible, o bien interpretar muy restrictivamente la eficacia de la delegación y, por lo tanto, limitar las posibilidades de que el acto en cuestión pueda encontrar apoyo en la delegación excesivamente vaga. Este último es el que predominantemente ha seguido la Corte Suprema de los Estados Unidos (ver Tribe, Lawrence, Constitutional Law, 3ª edición, New York, 2000, pp. 988/989). Por ejemplo, en un caso del año 2001, dicho tribunal convalidó un artículo de la ley de aire limpio (Clean Air Act) que delegó en la agencia respectiva (Environmental Protection Agency) una competencia sumamente amplia para fijar estándares tolerables de polución, pero, al mismo tiempo, los jueces rechazaron que, a partir de esa generalidad, el ente regulador pudiera inferir una autorización para tomar en cuenta los costos de implementación de tales estándares (Whitman v. American Trucking Associations, 531 U.S. 457).

12) Que, a partir del sentido que se buscó asignar al texto constitucional argentino y de las características del modelo seguido, se desprende que: 1º) la delegación sin bases está prohibida y 2º) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate.

Esta conclusión resulta insoslayable apenas se advierte que la delegación sin bases está prohibida precisamente porque bloquea la posibilidad de controlar la conexión entre la delegación del Congreso y la actividad desplegada por la autoridad administrativa.

Así, por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente.

En otros términos, el principio constitucional contrario al dictado de disposiciones legislativas por el Presidente tiene, en el plano de las controversias judiciales, una consecuencia insoslayable: quien invoque tales disposiciones en su favor deberá al mismo tiempo justificar su validez, o sea, demostrar que se hallan dentro de alguno de los supuestos excepcionales en que el Ejecutivo está constitucionalmente habilitado. En materia de delegaciones legislativas, dicha carga se habrá cumplido si los decretos, además de llenar los diversos requisitos constitucionales ya referidos, son consistentes con las bases fijadas por el Congreso (conforme artículos 76 y 100, inciso 12 de la Constitución Nacional). Por consiguiente, la defensa del decreto legislativo tendrá mayores probabilidades de éxito cuanto más claras sean las directrices de la ley delegatoria y menores, cuando ellas consistan sólo en pautas indeterminadas.

13) Que la parte demandada ha actuado con una lógica diametralmente contraria a la que, según el análisis hecho más arriba, subyace a las reglas constitucionales sobre la delegación legislativa: en primer lugar, se apoyó en una lectura sumamente amplia e indeterminada de la ley 25.414 que, si es tomada estrictamente, habilitaría al Presidente para derogar prácticamente cualquier ley vigente y, en segundo término, en lugar de ofrecer una demos-

tración de que, pese a ello, las disposiciones dictadas por el Ejecutivo formaban parte de la política que efectivamente adoptó el Congreso en el artículo 1.f. de la ley 25.414, se limitó a solicitar una aplicación mecánica del texto legal, en la versión vaga e inexpressiva por ella misma propuesta.

En efecto, a fin de demostrar que el Presidente se mantuvo dentro de las bases de la delegación, la parte demandada se limitó a argumentar que el decreto 1204/01 permitiría una reducción del gasto público y que, de esta manera, se cumplía con el fin –fijado por el artículo 1, inciso “f” de la ley 25.414– de aumentar la eficiencia de la administración. Pero, puesto que es difícil concebir una ley que no incida, directa o indirectamente, en la cuantía del gasto público, aceptar el argumento precedente implicaría admitir que en el citado artículo 1.f., el Congreso habilitó al Presidente para derogar cualquier norma legal con miras a lograr una reducción del gasto. Una interpretación como ésta introduce tal indeterminación en la ley 25.414, que deja a la delegación legislativa prácticamente sin bases en función de las cuales discernir qué tipo de ley puede ser derogada por el Presidente, o sea, delinear un subgrupo dentro del conjunto de las leyes vigentes sobre el que recaerá la atribución delegada.

Sin embargo, tal interpretación no es la que mejor cuadra con el texto completo del artículo 1.f. de la ley 25.414. Un examen más atento muestra que la mencionada ley autorizó al Presidente para derogar leyes específicas, en materias determinadas de su ámbito de administración, que afectasen o regulasen el funcionamiento operativo de organismos o entes descentralizados, palabras que admiten una lectura mucho más plausible si se las entiende como refiriéndose a leyes cuya derogación, por su especificidad, no altera o modifica de manera grave otros fines o políticas legislativas que las dirigidas explícitamente y puntualmente al funcionamiento de la Administración Pública.

Esta interpretación, más ajustada al texto, al tiempo que da fundamento a la validez de la cláusula delegatoria, pone de manifiesto que el decreto 1204/01, en cuanto ha sido materia de cuestionamiento, está fuera de la habilitación que el Congreso otorgó al Presidente.

14) Que los artículos 3º y 5º del decreto 1204/01 encuentran, en efecto, serias dificultades para amoldarse a la delegación legislativa de la ley 25.414, tal como ha sido entendida anteriormente.

Primero, porque ninguno de ellos dispone la derogación de una norma específica, sino la aprobación, para los abogados del Estado, de todo un régimen alternativo e incompatible con el establecido en la ley 23.187 que se encuentra vigente. Lo mismo no habría podido plasmarse mediante una mera derogación parcial de la ley 23.187 precisamente porque esta última se trata de una norma que no afecta, ni regula de manera específica a la administración o sus entes descentralizados, sino que lo hace respecto de quienes ejercen la abogacía en general; es decir, la imposibilidad de mantenerse dentro del permiso legislativo para derogar revela, en este caso, la falta de especificidad de las disposiciones contenidas en la ley 23.187 y alcanzadas en su eficacia por el decreto 1204/01.

Segundo, porque ambos artículos relevan a los referidos abogados del cumplimiento de sendos deberes hacia el colegio –aporte y matriculación– que son propios y sólo afectan a la Administración Pública de manera indirecta, como consecuencia de resoluciones tomadas por esta misma invocando razones de conveniencia.

El deber que tienen los abogados de contribuir económicamente al sostenimiento del colegio profesional –cuya constitucionalidad no está en discusión en este caso– es una obligación propia del abogado para con el Colegio Público. Ello es así con independencia de que, en el caso de los abogados del Estado, para evitarles un deterioro de su ingreso, la misma administración haya decidido soportar el costo derivado de su cumplimiento. En esta medida, el decreto 1204/01 viene a modificar la ley 23.187 en un aspecto que no afecta directamente a la administración ni se refiere específicamente a ella.

(...)

16) Que la conclusión final a la que corresponde arribar es que la cámara de apelaciones ha fallado con acierto al concluir que el decreto 1204/01 constituye una disposición de carácter legislativo dictada por el Presidente de la Nación fuera de las bases de la delegación de facultades contenida en el artículo 1º, apartado I, inciso “f” de la ley 25.414 y, por consiguiente, violatorio de la prohibición establecida en el artículo 99, inciso 3º, segundo párrafo de la Constitución Nacional.

(...)

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se resuelve:

I) Declarar bien concedido el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional y confirmar la sentencia apelada. Con costas...

Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco (en disidencia) - Carlos S. Fayt - Enrique Santiago Petracchi - Juan Carlos Maqueda - E. Raúl Zaffaroni - Carmen M. Argibay.

1.3. Resumen de la disidencia de la jueza Highton de Nolasco

(...)

7º) Que para el dictado del decreto 1204/01, el Poder Ejecutivo Nacional invoca los incisos 1º y 3º del artículo 99 y el artículo 76 de la Constitución Nacional. Estas disposiciones regulan supuestos diferentes: los reglamentos autónomos, los decretos de necesidad y urgencia y los reglamentos delegados. En el primer supuesto, se trata del ejercicio de facultades propias del Poder Ejecutivo, mientras que los otros dos institutos involucran el ejercicio de facultades legislativas por parte de dicho poder...

8º) Que, a diferencia de lo que ocurre con la abogacía privada (que se ejerce a través de distintos contratos previstos en el Código Civil –mandato, locación de servicios o locación de obra– o bajo relación de dependencia con una empresa no estatal conforme a las pautas de la Ley de Contrato de Trabajo), la relación entre el Estado y sus abogados se rige por normas de derecho público: el abogado del Estado ejerce una función pública prestando un servicio relativo a su profesión como agente público (no a su profesión de abogado o procurador).

Este Tribunal estableció que “en supuestos (...) en los que una repartición del Estado Nacional designa a uno de sus agentes para que lo represente en un proceso judicial, éste no ejerce su actividad en función de un contrato de derecho privado, como los de mandato o locación de servicios, sino en virtud de la relación de empleo público que lo une con el organismo administrativo...” (Fallos: 306:1283). Son normas administrativas y no civiles las que rigen la relación de empleo.

Es por ello que todos los aspectos que hacen a la organización del Cuerpo de Abogados del Estado pertenecen a la zona de reserva de la Administración en tanto se trata de una materia inherente y consustancial a las funciones

que tiene adjudicadas el Poder Ejecutivo como “jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país” (conf. artículo 99 inciso 1° de la Constitución Nacional). En este marco, el Presidente dictó los artículos 3° y 5° del decreto 1204/01. Se trata entonces de disposiciones de carácter autónomo y no delegadas y de necesidad y urgencia como se sostiene en la sentencia apelada.

(...)

10) Que para efectuar el control procedimental resulta necesario examinar si se han cumplido los recaudos previstos para este tipo de reglamentos. En tanto el inciso 1° del artículo 99 de la Constitución Nacional no establece recaudos específicos, cabe concluir que en este aspecto la norma resulta conforme a la Constitución Nacional.

11) Que, con relación al control sustantivo, cabe señalar que las medidas cuestionadas también resultan constitucionalmente válidas. En efecto, tal como se expresó precedentemente, todo lo referente a la organización del Cuerpo de Abogados de Estado pertenece a la zona de reserva de la Administración. Se trata del ejercicio de facultades discrecionales del Poder Ejecutivo, las que no resultan –en principio– justiciables, salvo que mediaren razones de grave y grosera irrazonabilidad, lo que no acontece en el caso de autos.

Al respecto, no asiste razón al colegio actor cuando expresa que al dictar las disposiciones cuestionadas, el Poder Ejecutivo modificó la ley 23.187, en tanto esta normativa no fue dictada específicamente para regular a los abogados del Estado. Por el contrario, a través de esta ley el Estado Nacional creó el C.P.A.C.F. como una persona pública no estatal y le confió –por vía de delegación– el ejercicio de una función administrativa: la regulación de la profesión de los abogados que ejercen la profesión de manera privada. El C.P.A.C.F. no actúa por derecho propio, sino que ejerce una potestad cuya titularidad corresponde al Estado Nacional (conf. Huber, Administración autónoma de la economía, ENAP, Madrid, pág. 66 y ss. y González Navarro, “Transferencia del Ejercicio de Competencias Administrativas”, en Documentación Administrativa, N° 135, pág. 35 y ss).

Este Tribunal ha manifestado que “...el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal funciona con el carácter, derechos y obligaciones de las perso-

nas de derecho público, cumpliendo un cometido administrativo para el que lo habilita su ley de creación, actuar que se rige por esa norma y supletoriamente por la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, 19.549 (art. 17 de la ley 23.187)...”. Agregó que partiendo del marco legal de desenvolvimiento de dicha entidad “...el Colegio Público de Abogados no es una asociación (artículo 14 de la Constitución Nacional) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado y, que éste por delegación circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los abogados de la Capital Federal, como auxiliares de la administración de justicia (v. sentencia del 26 de junio de 1986, F.446.XX “Ferrari, Alejandro Melitón c/ Estado Nacional (P.E.N.) s/ amparo”, (considerando décimo primero) (...) éste [el Colegio Público de Abogados] ejerce facultades que prima facie pueden ser encuadradas en el marco de las relaciones de derecho público, máxime teniendo en cuenta los objetivos de carácter público que cumple dicha entidad” (Fallos: 315:1830).

En igual sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que: “El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (...) reúne los requisitos y características de una típica entidad de derecho público que por su naturaleza jurídica y las atribuciones que la ley le otorga, ejerce funciones delegadas del poder público para el control de la legalidad del ejercicio profesional de los abogados de la Capital Federal de la República Argentina. En otros términos: se trata de un poder de policía que forma parte de la organización política del Estado y del orden público, compatible con el Estado de Derecho y con la organización de una sociedad democrática (...) Se trata, pues, de la actividad propia de un ente público con carácter, derechos y obligaciones de las personas jurídicas de derecho público que actúa en nombre y representación del Estado” (Informe sobre los casos N° 9777 y 9718, del 30 de marzo de 1988).

12) Que si bien es cierto que mientras no se organizó un registro de abogados del Estado éstos cumplieron con las disposiciones de la ley 23.187, no existe óbice para que esta circunstancia cambie desde el momento en que el Estado decide crear su propio registro, tal como oportunamente se previó en

la ley 12.954 al requerir la confección de un cuadro general de abogados del Estado (conf. artículo 33 del decreto 34.952/47). Mal pudo el Poder Ejecutivo Nacional al dictar el decreto 1204/01 modificar una ley que no contemplaba expresamente el aspecto regulado por dicho decreto por pertenecer a la zona de reserva de la Administración.

(...)

14) Que, por las razones expuestas, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional con el alcance establecido precedentemente y se declara que los artículos 3º y 5º del decreto 1204/01 son constitucionalmente válidos.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario de fs. 256/285 vta. y el recurso de hecho interpuesto por el Estado Nacional y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas...

Elena I. Highton de Nolasco

1.4. Guía para la lectura y el análisis del caso “Colegio Público de Abogados de Capital Federal”

A partir de la lectura y el análisis del fallo “**Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo**” (CSJN, 04/11/2008), de los artículos 76 y 99 inc. 3º de la Constitución Nacional, y de la bibliografía complementaria que estime corresponder, resuelva las siguientes consignas:

- a) Relate con sus palabras los hechos más relevantes del caso en no más de 10 (diez) renglones.
- b) ¿Qué tipo de entidad es el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal? ¿Cómo fue creado? ¿A los fines de qué objetivos? ¿Qué atribuciones tiene? ¿De dónde surge? ¿Por qué entiende la Corte que el CPACF tiene legitimación procesal para accionar en este caso?
- c) ¿Qué normas han sido cuestionadas por la parte actora? ¿Qué establecen estas normas? ¿De qué tipo de normativa se trata? ¿Cómo las califica jurídicamente la mayoría de la Corte? ¿Y qué dice el voto en disidencia de la jueza Highton de Nolasco? ¿Cuál es su opinión? Justi-

- fique. ¿En qué difieren los decretos delegados del resto de los decretos previstos por la CN?
- d) ¿Qué naturaleza tienen los bonos y derechos fijos, según la opinión de la Procuradora Fiscal? ¿De qué manera inciden sus conclusiones al respecto, en el análisis del fondo de la cuestión? ¿Cuál es la opinión de la Procuradora Fiscal en relación con la constitucionalidad del art. 3° del Decreto N° 1204/01?
 - e) La Procuradora Fiscal recurre en su dictamen a los antecedentes parlamentarios de la Ley N° 25414 para conocer su “sentido y alcance”. ¿Por qué considera Ud. que el análisis de estos antecedentes parlamentarios es útil para el examen de la constitucionalidad del art. 5° del Decreto N° 1204/01?
 - f) El Gobierno Nacional defendió la validez del Decreto N° 1204/01 apoyándose en dos líneas de argumentación. ¿Cuáles? ¿Qué valoración hace la Corte de estos argumentos? ¿Está de acuerdo con el análisis que hace la Corte? ¿Por qué?
 - g) ¿Cuál es, según la Corte, la regla general en materia de emisión de disposiciones de carácter legislativo por parte del Poder Ejecutivo? ¿En qué argumentos apoya su interpretación?
 - h) ¿En qué modelo del derecho constitucional comparado se basó el Convencional Constituyente al redactar el artículo 76 CN? ¿Qué exigencias establece este modelo constitucional para que la delegación legislativa sea considerada válida? ¿En qué conceptos de nuestra CN tienen correlato estas exigencias?
 - i) ¿Cuál es el contenido a que se refiere el art. 76 de la CN cuando admite por vía de excepción la delegación legislativa en “materias determinadas de administración o emergencia pública”? ¿Qué son las bases de delegación que establece el art. 76 de la CN? ¿Qué consecuencias jurídicas trae la sanción de una norma delegante que no cumpla con los requisitos establecidos por la CN? ¿Afecta este supuesto al decreto delegado? Fundamente.
 - j) ¿Cuáles son los riesgos que, según la Corte, enfrentan las constituciones al admitir la delegación legislativa? ¿Qué remedios o caminos pueden

adoptar los tribunales frente a estos riesgos? ¿Cuál decide adoptar la Corte en este caso? ¿Cómo se relaciona con la decisión adoptada por la Corte en relación con el decreto impugnado? ¿Es coincidente con los argumentos expuestos por la Procuradora Fiscal?

- k) ¿Qué consecuencia “insoslayable” tiene, para la Corte, el principio constitucional contrario al dictado de disposiciones legislativas por el Presidente?
- l) La decisión mayoritaria del fallo: ¿amplía o restringe la interpretación de los requisitos para el dictado de los decretos delegados, en relación con la jurisprudencia anterior de la CSJN?
- m) ¿Por qué la jueza Highton de Nolasco dice que las medidas cuestionadas corresponden a “la zona de reserva de la administración”? Haga una valoración crítica.
- n) ¿Qué reflexión o análisis crítico le merece el fallo?

2. Caso “Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto. 558/02 - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986” (2010). CSJN, *Fallos* C.923.XLIII

2.1. Introducción al caso

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Consumidores Argentinos” declaró la inconstitucionalidad del Decreto N° 558/02, de fecha 27 de marzo de 2002, que modificaba la Ley N° 20091 de “Entidades de Seguros y su Control” en varios artículos; entre los cuales se pueden destacar: el art. 1° del Decreto N° 558/02 que incorporaba a la Ley N° 20091 la posibilidad de que las aseguradoras, ante una situación de iliquidez transitoria, realicen y constituyan deuda subordinada a los privilegios generales y especiales derivados de los contratos de seguro; y el art. 2° que posibilitaba las cesiones de cartera de las aseguradoras sin exigencia de publicidad.

Ante esta situación, la actora (“Consumidores Argentinos, Asociación para la Defensa, Educación e Información del Consumidor”), interpuso una acción de amparo contra el Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional), solicitando

la declaración de inconstitucionalidad del Decreto N° 558/02, sosteniendo que las modificaciones mencionadas:

- privan a los consumidores de ejercer el derecho de oposición fundada en un caso de transferencia de cartera, vulnerando el art. 42 de la Constitución Nacional;
- permiten la exclusión de activos de la aseguradora sin avisar a través de cualquier medio a los asegurados;
- restringen el ejercicio del derecho a ejecutar al deudor en sus activos por deudas impagas con afectación del derecho de propiedad (art. 17 CN);
- limitan la traba de medidas cautelares sobre los bienes del deudor e imponen a los jueces la obligación de ordenar el levantamiento de las medidas trabadas sobre los bienes excluidos por voluntad de las empresas aseguradoras, en violación a los derechos de propiedad y de igualdad, al debido proceso y al principio de división de poderes (arts. 17, 18 y 109 CN);
- permiten la exclusión de activos aun cuando exista un estado de insolvencia.

El Juez de Primera Instancia Contencioso Administrativo hizo lugar a la acción de amparo, y la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ratificó la sentencia. Ante la sentencia de la Cámara Federal, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario federal.

La Corte Suprema ratificó los fallos de primera instancia y Cámara, y declaró la inconstitucionalidad del Decreto N° 558/02.

Si bien no hubo unanimidad en el fallo de la Corte, todos los ministros coincidieron en la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, encontrándose las diferencias en relación a la inexistencia de ley que regule la Comisión Bicameral Permanente, ya que en el momento de los hechos aún no se encontraba sancionada la Ley N° 26122.

La posición del Máximo Tribunal del país en relación a los Decretos de Necesidad y Urgencia en síntesis es que:

- las facultades para su dictado solo son admitidas en condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación de la facultad legislativa del Poder Ejecutivo, y no su ampliación;

- los jueces tienen la potestad de controlar la existencia del estado de necesidad y urgencia invocado para su dictado, es decir, verificar que las razones fácticas alegadas existen y tienen entidad para justificar el dictado del DNU;
- los criterios de mera conveniencia política del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son;
- en “Verrocchi” ya había sostenido que para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas es necesario: i).- que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, es decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o ii).- que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

Además, los ministros de la Corte Petracchi, Argibay y Maqueda hicieron hincapié en que tan solo la falta de ratificación legislativa originaba la nulidad absoluta del DNU.

2.2. Resumen del Dictamen del Procurador General de la Nación

(...)

A fs. 205/208, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala II) confirmó la sentencia de primera instancia por la que se declaró la inconstitucionalidad del decreto 558/02, en cuanto modificó diversas disposiciones de la ley 20.091.

(...)

– II –

Contra esa decisión el Estado Nacional dedujo el recurso extraordinario de fs. 211/225, que fue concedido (fs. 233).

Sostiene que la sentencia de la cámara extracta determinados aspectos del decreto cuestionado pero no efectúa un análisis sistemático del régimen que aquél consagra y que por ello, dogmáticamente el a quo concluye que las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional a la ley 20.091 vulneran disposiciones constitucionales. Aquél tampoco tuvo en cuenta que el decreto 558/02 se dictó en el contexto de emergencia pública declarado por la ley 25.561, ni que las modificaciones legales básicamente acogen modalidades adecuadas para conjurar situaciones de irregularidad y la efectividad de los derechos de los asegurados. Este proceder –continúa– se traduce en la desnaturalización de los instrumentos que consagra el mencionado decreto.

Insiste en que el acto fue dictado por el Poder Ejecutivo Nacional con fundamento en la disposición del art. 99, inc. 3º) de la Constitución Nacional, esto es, frente a circunstancias excepcionales que hicieron imposible seguir los trámites previstos para la sanción de las leyes y al amparo también del estado de emergencia legalmente declarado, que modificó sustancialmente el escenario económico nacional y, por lo tanto, al mercado de seguros.

Por último, justifica la razonabilidad de las medidas adoptadas por el decreto 558/02, en cuanto habilita a las compañías aseguradoras a hacer uso del crédito bancario, ante situaciones transitorias de iliquidez. Al levantar la prohibición que en tal sentido estaba contemplada en el art. 29, inc. g), de la ley 20.091, y en cuanto reemplaza el texto del art. 31 de esa ley para incorporar los principios del art. 35 bis de la Ley de Entidades Financieras y, así, dotar de herramientas idóneas al organismo de control de la actividad aseguradora para tratar a las entidades con problemas operativos, patrimoniales o financieros, con el fin de salvaguardar adecuadamente los intereses de los asegurados.

(...)

– IV –

Por medio del decreto 558/02, el Poder Ejecutivo Nacional introdujo varias modificaciones a las disposiciones de la ley 20.091. En concreto, incorporó un último párrafo al art. 29 de esa ley, por el cual se faculta a la Superintendencia de Seguros de la Nación a eximir a las aseguradoras de la prohibición del inc. g), de ese mismo precepto legal ante situaciones de iliquidez transitoria (art. 1º); sustituyó los textos de los arts. 31 y 86, inc. a), de aquella ley (arts. 2º y 3º

del decreto 558/02) y, por último, incorporó un último párrafo al art. 33 de la misma ley.

Para justificar la medida adoptada, el órgano emisor sostuvo en los considerandos del decreto 558/02 que la ley 25.561 modificó sustancialmente el escenario económico del país, que incluye al mercado del seguro, de gran implicancia en las economías individuales, de la producción, de las personas y de la seguridad social y que las medidas derivadas de aquella ley afectaron significativamente a la operatoria de las entidades aseguradoras, por lo que resultaba perentorio e impostergable dictar normas para permitir a la Superintendencia de Seguros de la Nación, como organismo de control de la actividad manejar distintas alternativas de regularización y saneamiento del mercado, en resguardo de los intereses de los asegurados.

En ese sentido, se lee en los considerandos del decreto que teniendo en cuenta el impacto de las últimas medidas económicas dictadas, se consideró procedente habilitar a las compañías para que puedan recurrir al crédito en situaciones de iliquidez y que se las autorice bajo determinadas condiciones a recurrir al crédito subordinado a los privilegios de los asegurados al mismo tiempo que se reforzaron las facultades y atribuciones del organismo de control para su eficaz y oportuna intervención en los procesos de reestructuración de entidades de seguros.

También se sostuvo que “la crítica situación de emergencia económica y financiera por la que atraviesa el país, en la que se desenvuelve el mercado asegurador, configura una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, resultando de toda urgencia y necesidad el dictado del presente decreto” y, por ello, se fundó su dictado en las atribuciones conferidas por el art. 99, inc. 3º). del texto constitucional.

Toda vez que, como se puede apreciar, el Poder Ejecutivo Nacional fundó su competencia para dictar el decreto 558/02 en las facultades que excepcionalmente le confiere la Constitución para dictar decretos de necesidad y urgencia, corresponde indagar acerca de su validez de origen y luego sólo en el caso de que se verifique que se dieron las condiciones para hacer uso de aquella atribución, corresponderá examinar la razonabilidad de las modificaciones legales que aquél introduce en la ley 20.091.

– V –

Respecto de la facultad del Poder Ejecutivo de dictar este tipo de decretos, fundado en razones de necesidad y urgencia. ya se pronunció la Corte en el conocido precedente de Fallos: 313:1513 (–Peralta–) anterior incluso a la reforma constitucional de 1994, que incorporó regulación expresa sobre el tema en la Ley Fundamental.

En lo que ahora interesa, el Constituyente reformador prohibió enfáticamente al Poder Ejecutivo que emita disposiciones de carácter legislativo (“en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable”), a fin de resguardar el principio de división de poderes. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, aquél podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, siguiendo el procedimiento que establece el art. 99, inc. 3º), de la Constitución Nacional.

Se trata, entonces, de una facultad excepcional del Poder Ejecutivo para incursionar en materias reservadas al legislador, que únicamente puede ejercerla cuando concurran las circunstancias que prevé el texto constitucional (Fallos: 322:1726, entre otros) y las disposiciones que se dicten de ese modo deben tener, por finalidad proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos (Fallos: 323:1934).

También cabe recordar que corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad de las condiciones bajo las cuales se admite aquella facultad excepcional. Así, es atribución judicial evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia y, en tal sentido, la Corte ha dicho que corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto (Fallos: 322:1726, cons. 9º, segundo párrafo). Ello, sin perjuicio, claro está, de la intervención del cuerpo legislativo que prevé tanto la Constitución Nacional como la ley 26.122.

Sobre la base de tales pautas y fundamentalmente por aplicación de la

doctrina de Fallos: 323:1934, antes citado, en el que, cabe recordar, se descalificó un decreto de necesidad y urgencia que –al igual que en el sub lite– afectaba a la actividad aseguradora, considero que la sentencia apelada se ajusta a derecho. En efecto, la declaración genérica de emergencia efectuada por el legislador por la ley 25.561 no alcanza a legitimar el dictado del decreto 558/02, toda vez que no se advierte de qué forma la crisis de las compañías aseguradoras afecta a los intereses generales de la sociedad o al interés público que los decretos de necesidad y urgencia deben proteger. O en términos empleados por el Tribunal en el caso recién mencionado “no se aprecia impedimento alguno para conjurar esta situación a través de los recursos y recursos usuales de que dispone el Estado frente a crisis económicas de exclusivo carácter sectorial, sin llegar a un remedio sólo autorizado para situaciones que ponen en peligro la subsistencia misma de la organización social” (Fallos: 323:1934, cons. 9°).

En tales condiciones, el decreto impugnado en autos no cumple los requisitos exigidos para que pueda sostenerse la validez de su dictado, ya que se aparta de la constante doctrina de la Corte en la materia, antes y luego de la reforma constitucional de 1994, por lo que corresponde declarar su inconstitucionalidad, sin que resulte necesario examinar las otras cuestiones propuestas en el recurso extraordinario,

– VI –

Por lo expuesto, corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario de fs. 221/225 y confirmar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 21 de mayo de 2008. - Laura M. Monti.

2.3. Resumen del fallo “Consumidores Argentinos”

2.3.1. Resumen del fallo de la mayoría de la Corte Suprema

Buenos Aires, 19 de mayo de 2010

Considerando:

1) Que “Consumidores Argentinos, Asociación para la Defensa, Educación e Información del Consumidor”, promovió acción de amparo, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y de la ley 16. 986, contra el Poder Eje-

cutivo Nacional, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 558/02, en cuanto modifica en forma sustancial la ley 20.091 de entidades de seguros y su control; y “lesiona, restringe, altera y amenaza con arbitrariedad e ilegitimidad manifiesta los derechos y garantías contemplados en la Constitución Nacional”, en concreto los previstos en sus arts. 17, 18, 42, 75, inciso 12, y 109. (...)

2º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar la sentencia del juez de primera instancia, hizo lugar a la demanda. (...)

3º) Que contra esa decisión, el demandado dedujo recurso extraordinario (...)

4º) Que el remedio federal es admisible, toda vez que se halla en tela de juicio el alcance, la interpretación y la validez constitucional de un decreto del Poder Ejecutivo Nacional –de inequívoca naturaleza federal–, a la luz del art. 99, inciso 3º, de la Ley Fundamental (art. 14, incisos 1 y 3º, de la ley 48).

5º) Que en cuanto a la constitucionalidad de este tipo de decretos resulta de suma trascendencia fijar los requisitos que se deben cumplir a los efectos de considerarlos válidamente emitidos.

A tal fin es necesario recordar los propósitos que guiaron a los convencionales constituyentes de 1994 al resolver incorporar a la Constitución Nacional en forma expresa la facultad que se analiza.

El dato relevante para la decisión fue la sistemática extralimitación del ejercicio de tal facultad por parte de los titulares del Poder Ejecutivo. Si bien es cierto que la Constitución formal no receptaba norma alguna en tal sentido, la realidad institucional mostraba aquella tendencia y su consecuencia natural, que no era otra que el debilitamiento del sistema republicano democrático. Por tal razón, y con la convicción de que el ejercicio legítimo del poder y la plena vigencia de las instituciones requieren la optimización del accionar político mediante la incorporación de reglas de estructura y funcionamiento que garanticen la transparencia, la celeridad y la eficacia, los convencionales constituyentes consideraron conveniente reglar en forma explícita aquella facultad, sustentando tal decisión en la necesidad de introducir parámetros de interpretación restrictiva y que se adecuen a las normas, valores y principios

del sistema constitucional argentino (Debate Parlamentario de la ley 24.309 de Declaración de la necesidad de la reforma –Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación– diciembre 21 y 22 de 1993 –págs. 4093/4110–).

En tal sentido, la reforma constitucional enunció entre sus objetivos el de “atenuar el presidencialismo”, al mismo tiempo que consignó la necesidad de “modernizar y fortalecer el Congreso” y “fortalecer los mecanismos de control”, todo ello directamente relacionado con el fin de “perfeccionar el equilibrio de poderes”. La metodología a la que se acudió fue la de incorporar ciertas facultades excepcionales de los poderes constituidos, con el fundamento de que aquéllo significaba la institucionalización de los mecanismos de control a los que se los sometía.

(...)

6º) Que la interpretación de la Constitución Nacional, en cuanto regula los decretos de necesidad y urgencia, debe ajustarse a los principios del estado constitucional.

(...)

7º) Que el principio que organiza el funcionamiento del estatuto del poder es la división de funciones y el control recíproco, esquema que no ha sido modificado por la reforma constitucional de 1994. Así, el Congreso Nacional tiene la función legislativa, el Poder Ejecutivo dispone del reglamento y el Poder Judicial dicta sentencias, con la eminente atribución de ejercer el control de constitucionalidad de las normas jurídicas. Desde esta perspectiva, no puede sostenerse, en modo alguno, que el Poder Ejecutivo puede sustituir libremente la actividad del Congreso o que no se halla sujeto al control judicial.

8) Que todo lo aquí expuesto no permite albergar dudas en cuanto a que la Convención reformadora de 1994 pretendió atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial (confr. en igual sentido “Verrocchi”, Fallos: 322:1726, y sus citas). De manera que es ese el espíritu que deberá guiar a los tribunales de justicia tanto al determinar los alcances que corresponde asignar a las previsiones del art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional, como al revisar su efectivo cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo Nacional en ocasión de dictar un decreto de necesidad y urgencia.

9) Que, en este orden de ideas, es menester señalar que en el referido art. 99, inciso 3º, se establece que el Poder Ejecutivo sólo podrá emitir disposiciones de carácter legislativo “cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos”. Estos decretos “serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros”.

A continuación, en el último párrafo, la norma constitucional regula exigencias formales para la comunicación del decreto que se hubiera emitido a una Comisión Bicameral Permanente del Congreso, y para su tratamiento en ambas cámaras.

Allí se establece que “el Jefe de Gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

En el mismo sentido el art. 100, inciso 13, dispone que corresponde al Jefe de Gabinete “Refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia ()”; y establece que aquel funcionario “() someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente”.

10) Que el texto transcripto es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país (“Verrocchi”). Así, para el ejercicio válido de esta facultad de excepción, el constituyente exige –además de la debida consideración por parte del Poder Legislativo– que

la norma no regule materia penal, tributaria, electoral o del régimen de los partidos políticos, y que exista un estado de necesidad y urgencia.

11) Que en lo que respecta a la existencia de un estado de necesidad y urgencia, es atribución de este Tribunal evaluar, en este caso concreto, el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos.

Si esta Corte, en ejercicio de esa facultad de control ante el dictado por el Congreso de leyes de emergencia, ha verificado desde el precedente de Fallos: 136:161 (“Ercolano”) la concurrencia de una genuina situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad –esto es, corroborar que la declaración del legislador encuentre “debido sustento en la realidad”– (Fallos: 172:21 –“Avico”–; 243:449 –“Nadur”–; 313:1638 –“Videla Cuello”–; 330:855 –“Rinaldi”–, entre muchos otros) con mayor razón debe ejercer idéntica evaluación respecto de las circunstancias de excepción cuando ellas son invocadas unilateralmente por el Presidente de la Nación para ejercer facultades legisferantes que por regla constitucional no le pertenecen (arts. 44 y 99, inciso 3º, párrafo 2º, de la Constitución Nacional).

En este aspecto, no puede dejar de advertirse que el constituyente de 1994 explicitó en el art. 99, inc. 3º, del texto constitucional estándares judicialmente verificables respecto de las situaciones que deben concurrir para habilitar el dictado de disposiciones legislativas por parte del Presidente de la Nación. El Poder Judicial deberá entonces evaluar si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables; en estos casos, la facultad ejercida carecerá del sustento fáctico constitucional que lo legitima.

12) Que, por lo demás, corresponde aclarar que la previsión en el texto constitucional de pautas susceptibles de ser determinadas y precisadas en cada caso concreto autoriza al Poder Judicial a verificar la compatibilidad entre los decretos dictados por el Poder Ejecutivo y la Constitución Nacional, sin que ello signifique efectuar una valoración que reemplace a aquella que corresponde al órgano que es el competente en la materia o invada facultades propias de otras autoridades de la Nación.

(...)

13) Que una vez admitida la atribución de este Tribunal de evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales características, cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto.

En el precedente “Verrocchi”, esta Corte resolvió que para que el Presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes (considerando 9)

14) Que este caso se refiere a un decreto dictado con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral Permanente a la que hace referencia el art. 99, inciso 3º, de la Ley Fundamental que, por la materia que aborda –de naturaleza comercial– no trata de una de las prohibidas por el texto constitucional.

(...)

En la motivación del decreto, el Poder Ejecutivo sostuvo que la ley 25.561 había modificado sustancialmente el “[...] escenario económico del país, que incluye al mercado del seguro, de gran implicancia en las economías individuales, de la producción, de las personas y de la seguridad social” (considerando 1º); y que las medidas derivadas de la referida ley habían afectado “[...] significativamente a la operatoria que desarrollan las entidades asegura-

doras”; de modo que resultaba “[...] perentorio e impostergable” dictar normas que permitieran a la Superintendencia de Seguros de la Nación, como organismo de control de la actividad, “[...] manejar distintas alternativas de regularización y saneamiento del mercado, en resguardo de los intereses de los asegurados” (considerando 2º). Al mismo tiempo, tras tener en cuenta “[...] el impacto de las últimas medidas económicas dictadas”, consideró “[...] procedente habilitar a las compañías para que puedan recurrir al crédito en situaciones de iliquidez” y autorizarlas “[...] bajo determinadas condiciones a recurrir al crédito subordinado a los privilegios de los asegurados” (considerando 3º). Asimismo, señaló que resultaba necesario reforzar las facultades y atribuciones del mencionado organismo de control para “[...] posibilitar su eficaz y oportuna intervención en los procesos de reestructuración de entidades de seguros” (considerando 4º).

Empero, en cuanto aquí más interesa, el Poder Ejecutivo destacó que “[...] la crítica situación de emergencia económica y financiera por la que atraviesa el país, en la que se desenvuelve el mercado asegurador, configura una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, resultando de toda urgencia y necesidad el dictado del presente decreto” (considerando 5º), a cuyo fin invocó “[...] las atribuciones conferidas por el art. 99, inciso 3º, del texto constitucional (considerando 7º).

Por lo demás, cabe señalar que las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo a la ley 20.091 no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional en el sector, sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional.

En estas condiciones, cabe concluir en la invalidez del decreto cuestionado en el sub lite, por cuanto no han existido las circunstancias fácticas que el art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional describe con rigor de vocabulario (conf. “Verrocchi”, considerando 10).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. - Ricardo

Luis Lorenzetti. - Elena I. Highton de Nolasco (según su voto). - Carlos S. Fayt. - Enrique Santiago Petracchi (según su voto). - Juan Carlos Maqueda (según su voto). - E. Raúl Zaffaroni. - Carmen M. Argibay (según su voto).

2.3.2. Resumen del voto de la jueza Highton de Nolasco

Que la infrascripta concuerda con los considerandos 1 a 13 del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan íntegramente por reproducidos.

14) Que en este caso el decreto cuestionado –de naturaleza comercial– no aborda una de las materias expresamente prohibidas por el texto constitucional.

Por otra parte, la norma cuestionada fue dictada con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral Permanente a la que hace referencia el art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional. Esta circunstancia, habilita a este Tribunal –ante la inexistencia del debido control legislativo exigido por la Ley Fundamental–, a evaluar el presupuesto fáctico –la configuración de un estado de necesidad y urgencia– que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos.

(...)

Sin embargo, las presentaciones efectuadas por el Estado Nacional en el curso del proceso no aportan ningún elemento que permita al Tribunal llegar a la convicción de que el complejo contexto económico general en el que fue dictado el precepto impugnado haya afectado al sector asegurador de forma tal que exigiera, a los efectos de salvaguardar los intereses generales de la sociedad, un reordenamiento y regularización que no pudiera ser implementado por los cauces ordinarios que la Constitución prevé. Máxime si se repara en que el decreto examinado contiene disposiciones de regulación permanente sobre la actividad mencionada –materia propia del poder de policía que ejerce el legislador– cuya aplicación excedería a la situación de emergencia en la que se pretende justificar su dictado.

En este contexto, no es posible concluir en que en el caso se tornaba necesaria la adopción de medidas inmediatas, pues no se ha demostrado el riesgo existente en el sector, que no sólo afectase a las entidades aseguradoras sino que, en atención al interés general que la actividad involucra, pudiera repercutir en el universo de los asegurados y en el resto de la sociedad.

Por tales razones, no cabe tener por configurada en el sub examine –tal como lo postuló el decreto impugnado en sus considerandos– la existencia de las circunstancias fácticas que el art. 99, inciso 3, de la Constitución Nacional describe con rigor de vocabulario (conf. doctrina de la causa “Verrocchi” antes citada, considerando 10), circunstancia que pone de manifiesto la invalidez constitucional del decreto impugnado.

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. - Elena I. Highton de Nolasco.

2.3.3. Resumen del voto del juez Maqueda

Que el infrascripto concuerda con los considerandos 1a 13 del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan íntegramente por reproducidos.

14) Que en este caso el decreto cuestionado fue dictado con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral Permanente a la que hace referencia el art. 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, sin que existan constancias o manifestaciones del recurrente, durante el curso del proceso, de que ese acto haya sido ratificado por el Poder Legislativo.

En nuestro sistema constitucional el Congreso Nacional es el único órgano titular de la función legislativa. Por lo tanto, no cabe sino concluir en que los actos emanados del Poder Ejecutivo Nacional en ejercicio de las facultades conferidas en la disposición aludida sólo pueden identificarse con una ley a partir de su ratificación por aquél, pues es desde ese momento, y no antes, que existe la voluntad legislativa plasmada en una norma (arg. Fallos: 331:1927 “Caligiuri”, disidencia del juez Maqueda).

En consecuencia, la ausencia en el sub examine de una intervención legislativa que permita inferir la voluntad del Congreso Nacional de ratificar o derogar el decreto 558/ 02, resulta suficiente para determinar su invalidez constitucional. Ello es así, pues no se encuentra cumplida una de las condiciones que resultan exigibles para admitir la legalidad del ejercicio de la excepcional atribución concedida al Poder Ejecutivo, para el caso de decretos dictados con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral Permanente regulados en

el art. 99, inciso 3, de la Constitución Nacional (Fallos: 331:1927, cit.).

(...)

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. - Juan Carlos Maqueda.

2.3.4. Resumen del voto de la jueza Argibay

Que la infrascripta concuerda con los considerandos 1 a 10 del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan íntegramente por reproducidos.

11) Como ya lo he expresado al expedirme en el precedente “Massa” (Fallos: 329:5913) (LA LEY, 2007-A, 316), el art. 99, inciso 3º, segundo párrafo, de la Constitución Nacional, establece la siguiente prohibición general: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. El Presidente, por ser el funcionario que desempeña el Poder Ejecutivo (art. 87 Constitución Nacional) está especialmente alcanzado por esta prohibición.

Por lo tanto, cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes sentada, a saber, la descrita en los párrafos tercero y cuarto del art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional, ya transcritos en el considerando 9º del presente fallo.

12) De acuerdo con los propios términos del decreto 558/2002, resulta inequívoco que se trata de una disposición de carácter legislativo, lo cual por otro lado es patente si se tiene en cuenta que introdujo modificaciones permanentes a las reglas establecidas por la ley nº 20.091, denominada “Ley de Entidades de Seguros y su Control”.

Ahora bien, en el presente caso y luego del dictado del decreto impugnado no tuvo lugar nada similar al procedimiento legislativo previsto en el tercer párrafo del art. 99.3 de la Constitución Nacional y, por lo tanto, no hubo pronunciamiento oportuno por parte de las Cámaras del Congreso.

Respecto a esto último, no se me escapa que por la época del decreto 558/02, el Congreso no había dictado ninguna disposición organizando el funcionamiento de la Comisión Bicameral mencionada en el art. 99.3 de la Constitución, situación que se mantuvo hasta que en el año 2006 entró en vigencia la ley 26.122. Tengo también presente la opinión según la cual esta demora del Congreso habría habilitado al Presidente para dictar decretos de necesidad y urgencia sin seguir el procedimiento constitucional, pues lo contrario implicaría acordar a uno de los poderes (el legislativo) la posibilidad de bloquear indefinidamente el ejercicio de una atribución que es propia de otro poder (el ejecutivo) (Fallos: 320:2851 “Rodríguez”, considerando 13 y Fallos: 322:1726, “Verrocchi”, disidencia de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López, especialmente considerandos 8º y 9º).

Dada la aceptación que ha ganado este argumento, diré brevemente por qué creo que no es plausible.

13) Ante la ausencia de la ley reglamentaria mencionada en el art. 99.3 de la Constitución, dos estándares distintos pueden adoptarse como base para juzgar sobre la validez de las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente conocidas como “decretos de necesidad y urgencia”, a saber, o bien uno que parte de la presunción de constitucionalidad o, por el contrario, otro que presume su inconstitucionalidad. El primero se apoya en el supuesto cumplimiento de la norma excepcional permisiva (art. 99.3, párrafos tercero y cuarto), mientras que el segundo se apoya en el desconocimiento del principio general prohibitivo (art. 99.3, párrafo segundo). Ambas posiciones tienen sus implicancias: la primera, que el Congreso, mediante una demora indefinida en dictar la ley reglamentaria, tendría la posibilidad de transformar la excepción en regla y, de ese modo, acordar al Presidente una amplitud de atribuciones que la Constitución quiso negarle; la segunda, que, mediante esa misma demora, el Congreso logre la cancelación o restricción máxima de las atribuciones excepcionales acordadas al Presidente.

Como puede apreciarse, no hay opciones libres de implicancias y es en ese contexto que me inclino por tomar como punto de partida el sistema constitucional tal como fue creado: si el ejercicio de la función legislativa por el Presidente está condicionado al cumplimiento del procedimiento previsto en

el art. 99.3, tercer y cuarto párrafo de la Constitución, y no se ha probado en el caso que dicha condición se haya cumplido, entonces las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente no consiguen superar la pena establecida por la misma Constitución, esto es, su nulidad absoluta e insanable.

(...)

En consecuencia, no habiéndose cumplido con el mecanismo constitucional propio de la excepción, el decreto 558/02 debe reputarse dictado en transgresión al principio general establecido en el art. 99, inciso 3º, segundo párrafo, de la Constitución Nacional.

14) Por todo lo expuesto, corresponde declarar que el decreto 558/02 es absoluta e insanablemente nulo en los términos del art. 99.3, segundo párrafo, de la Constitución Nacional.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con Costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. - Carmen M. Argibay.

2.3.5. Resumen del voto del juez Petracchi

3) Que, a la luz de lo expresado en el voto del juez Petracchi en la causa “Verrocchi” (Fallos: 322:1726, 1738) (LA LEY, 1999-E, 593), que se da aquí por reproducido, corresponde concluir en la invalidez del decreto de necesidad y urgencia 558/02. En efecto, como se sostuvo en aquel voto, la vía establecida en el art. 99, inciso 3 de la Constitución Nacional, exigía que el Congreso sancionara la “ley especial” que hiciera operativo el articulado, sin que correspondiese discutir las bondades del criterio elegido, pues el Tribunal sólo debía atender a su significado y a sus consecuencias. Hasta que no fue sancionada la ley que reclamaba el art. 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, no podía cumplirse con la “subetapa” legislativa prevista por aquélla y ello determinaba la imposibilidad de recurrir a esos remedios de excepción que son los decretos de necesidad y urgencia.

Como se sabe, sólo en el año 2006 fue sancionada la ley especial que la Constitución exigía –que lleva el n 26.122– razón por la cual el decreto de necesidad y urgencia 558/02 es insanablemente nulo.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora

Fiscal, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. - Enrique Santiago Petracchi.

2.4. Guía para la lectura y el análisis del fallo “Consumidores Argentinos”

A partir de la lectura y el análisis del fallo “**Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto.558/02-SS - ley 20.091**” (CSJN, 19/05/2010), del artículo 99 inc. 3° de la Constitución Nacional y de la Ley N° 26122, y de la bibliografía complementaria que estime corresponder, resuelva las siguientes consignas:

- a) Relate, **con sus palabras**, los hechos más relevantes del caso, en no más de 10 (diez) renglones.
- b) ¿Qué establecía el Decreto N° 558/02? ¿Cuáles fueron los principales fundamentos dados por el Poder Ejecutivo Nacional para el dictado de este Decreto? ¿Se hace referencia a la situación de necesidad y urgencia? En caso afirmativo, especifique qué tipo de referencia se hace a la situación fáctica de necesidad y urgencia, y cómo se relaciona con el dictado del Decreto.
- c) ¿Qué tipo de medidas preveía: permanentes o transitorias? ¿Es esta diferenciación relevante para entender la decisión que adopta la Corte? ¿Por qué?
- d) ¿Quién es la parte actora en este caso? ¿Qué agravio le ocasionaba el Decreto N° 558/02? ¿Tenía legitimación procesal para impugnarlo? ¿En virtud de qué norma?
- e) ¿Cuándo fue dictado el Decreto N° 558/02? ¿Antes o después de la sanción de la Ley N° 26122? ¿Es determinante este dato para el *holding* del voto de la mayoría? ¿Y para el voto de los Dres. Highton de Nolasco y Maqueda? ¿Y para el voto de los Dres. Petracchi y Argibay? Analice y sintetice las diferentes posturas en relación con los efectos de la existencia o no de una ley que reglamente el procedimiento establecido en el art. 99 inc. 3° de la Constitución Nacional.
- f) Lea atentamente el art. 99 inc. 3° de la Constitución Nacional y la Ley N° 26122. Según esta normativa: ¿cuál es el proceso que debe seguir un

DNU y un decreto delegado luego de su dictado? Describa los trámites necesarios para su convalidación y los plazos en que deben realizarse. Haga una valoración crítica de la norma, analizando, por ejemplo, los siguientes puntos: ¿qué sucedería en caso de aprobación de un decreto por parte de una Cámara y rechazo por la otra? ¿Y en caso de silencio de una de las Cámaras? ¿Qué sucede con la validez de un decreto si las Cámaras del Congreso no lo tratan?

- g) Según el voto de la mayoría de la Corte, ¿cuál fue el propósito de la Reforma Constitucional del año 1994 en materia de Decretos de Necesidad y Urgencia?
- h) Según la mayoría de la Corte, ¿cuál es el principio que regula “el estatuto del poder”? ¿Por qué? ¿Qué importancia tiene este principio para el estudio de los Decretos de Necesidad y Urgencia? Fundamente su respuesta.
- i) Según el voto mayoritario de la Corte, ¿está facultado el Poder Judicial para controlar la existencia del presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia? La mayoría de la Corte cita el precedente “Verrocchi”, donde había precisado los supuestos en los que el Presidente de la Nación podía ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas: ¿cuáles son tales supuestos? ¿Estaban satisfechos en el presente caso?
- j) La Ley N° 26122 prevé el control legislativo de los decretos de necesidad y urgencia. En su opinión, una vez efectuado el debido control legislativo sobre los decretos de necesidad y urgencia, ¿es procedente el control judicial posterior? ¿En caso afirmativo, con qué alcances?
- k) Analice el voto separado de la Dra. Argibay. ¿En qué se diferencia del resto de los votos? ¿Es más o menos estricta en el control de los decretos de necesidad y urgencia? ¿Qué presunción pesa, según la jueza Argibay, sobre los Decretos de Necesidad y Urgencia? ¿Por qué?

3. Caso “Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo” (2014). CSJN, Fallos C. 486. XLIII

3.1. Introducción al caso

En la causa “Camaronera Patagónica S.A.” la Corte Suprema tuvo la oportunidad de expedirse en relación a la vigencia jurídica de la legislación delegada preexistente a la Reforma Constitucional, y que la Cláusula Transitoria Octava del texto constitucional facultó al Congreso de la Nación a ratificarla expresamente mediante ley. En el marco de dicha cláusula transitoria, el Congreso Nacional dictó las leyes N° 25418, 25645, 25918, 26135 y 26519.

En el caso, el voto de la mayoría –conformado por los ministros Lorenzetti, Fayt y Maqueda– y el voto concurrente del ministro Zaffaroni, declaran la invalidez de la Resolución N° 11/02 del Ministerio de Economía que estableció los derechos de exportación conocidos popularmente como “retenciones”, pero solo para el período de tiempo comprendido entre marzo y agosto de 2002, en razón de que posteriormente el Congreso Nacional ratificó expresamente la legislación delegada por ley. En cambio, los votos de los ministros Petracchi y Argibay declaran la inconstitucionalidad, pero sin limitación temporal alguna, y desconocen efecto alguno a las leyes ratificatorias.

Los argumentos más importantes del voto de la mayoría son los siguientes:

- Sostienen la posición de que las retenciones son tributos y, por lo tanto, solo puede crearlos válidamente el Poder Legislativo (conf. arts. 4, 17 y 52 de la Constitución Nacional), por ende, ninguna carga tributaria puede exigirse a los particulares si no ha sido creada por el Congreso Nacional. El Poder Ejecutivo solo tiene constitucionalmente la facultad de recaudar los recursos y gastarlos en los gastos designados por el presupuesto nacional.
- Consideran que las leyes citadas por el Estado Nacional como fundamento del dictado de la Resolución N° 11/02 del Ministerio de Economía, no establecen de manera clara y precisa delegación o poder jurídico alguno para establecer retenciones como las que imponía la

resolución impugnada; ni tampoco cumplía tal exigencia el Código Aduanero, ya que este no preveía alícuota ni topes máximos para las retenciones que se pretendía aplicar a la actora. Por este motivo, consideran que la Resolución N° 11/02 del Ministerio de Economía e Infraestructura es inconstitucional pues avanza sobre una materia que la Constitución Nacional reservó en forma exclusiva al Congreso Nacional.

- No obstante ello, resaltaron que la Convención Constituyente de la Reforma de 1994 complementó el art. 76 CN con la Cláusula Transitoria Octava, que estableció la potestad del Poder Legislativo para ratificar expresamente mediante una ley toda la legislación delegada preexistente. En el marco de dicha cláusula transitoria fueron dictadas las Leyes N° 25418, 25645, 25918, 26135 y 26519.
- Sobre este marco jurídico, el voto de la mayoría del Máximo Tribunal aclaró que la invalidez de la Resolución N° 11/02 solo se circunscribe al período comprendido entre el 5 de marzo de 2002 (fecha de vigencia del Decreto) hasta el 24 de agosto de ese mismo año, momento en que empezó a regir la ratificación de la Ley N° 25645 y que le brindó respaldo legal a las retenciones objeto de discusión.

El ministro Zaffaroni sostiene el mismo hilo argumental y resalta que la ley es la única fuente de las obligaciones tributarias pues la competencia del Congreso es exclusiva en la materia y no puede ser ejercida por ninguno de los otros dos poderes del Estado, ni siquiera en situaciones de emergencia; pero como la norma fue posteriormente ratificada por el Poder Legislativo mediante la Ley N° 25645, solo declara la inconstitucionalidad por el período del 5 de marzo al 24 de agosto del 2002.

En sus votos en disidencia, los ministros Petracchi y Argibay compartieron con el voto de la mayoría que la Resolución N° 11/02 no cumple con los estándares establecidos en la Constitución Nacional en materia tributaria, ya que no existe una ley que establezca los elementos esenciales del tributo que se pretende exigir a la actora, y determina su evidente inconstitucionalidad. Pero a diferencia del voto de la mayoría, no lo hicieron por un lapso temporal, sino absoluto; porque sostienen que las leyes dictadas en el marco de la Cláusula

Transitoria Octava de la Constitución Nacional no tienen entidad suficiente para ratificar el contenido de la Resolución N° 11/02.

3.2. Resumen del fallo “Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo”

Buenos Aires, 15 de abril de 2014.

Considerando:

1º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, al revocar la sentencia de primera instancia, resolvió hacer lugar a la acción de amparo instaurada por Camaronera Patagónica S.A. y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad e inaplicabilidad a la actora de las resoluciones 11/02 y 150/02 del –entonces– Ministerio de Economía e Infraestructura.

Para así decidir, adujo que el art. 76 de la Constitución Nacional prohíbe la delegación legislativa, de manera general, admitiéndola en supuestos puntuales, esto es, en materia de emergencia pública y de administración. A su vez, señaló que el art. 99, inc. 3º, veda terminantemente al Poder Ejecutivo emitir disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de nulidad absoluta e insana-ble, aunque también reconoce excepciones al permitir el dictado de decretos de necesidad y urgencia cuando se den determinadas condiciones, excluyendo de ellas la materia tributaria.

Expresó que, para preservar la división de competencias entre los poderes del Estado, la interpretación en esta materia ha de ser estricta.

Sostuvo que, en la especie, la resolución 11/02 posee indudable naturaleza impositiva y por ende su dictado controvierte el principio de legalidad en materia tributaria.

Por otra parte, como cuestión de carácter formal, señaló que en todo caso la delegación –en la hipótesis de que estuviese permitida– ha de ejercerse por el Poder Ejecutivo mediante decretos, y no por un ministro mediante resoluciones. Asimismo, agregó que esta subdelegación resulta inadmisibles tras la reforma constitucional de 1994, puesto que el art. 100, inc. 12, de la Carta Magna prevé a los primeros como norma específica para tal supuesto.

De igual modo, examinó la cuestión desde la perspectiva de la delegación

impropia a efectos de indagar si el mentado reglamento se ajusta al marco regulatorio delimitado por el Congreso, para concluir nuevamente en que resulta violatorio de elementales consideraciones del principio de reserva de ley, sin que el interés público invocado por la Aduana en el establecimiento de las retenciones sea motivo suficiente para salvar su inconstitucionalidad.

2°) Que contra esa decisión la AFIP presentó el recurso extraordinario glosado a fs. 187/194, que fue concedido por el a quo.

Señalo, en primer término, que la ley 25.561 se ajusta a los preceptos del art. 76 de la Ley Fundamental y que, por ende, da suficiente cobertura al reglamento atacado, puesto que declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa y cambiaria, dictada en un marco de fuerte deterioro de los ingresos fiscales y de una enorme necesidad de asistir a los sectores más desprotegidos de la población. Se trata, adujo, de un caso de delegación impropia, ajustado por demás a los límites de una pacífica y antigua jurisprudencia de la Corte.

Por otra parte, destacó que el art. 755 del Código Aduanero faculta al Poder Ejecutivo a gravar con derechos de exportación las mercaderías, para el cumplimiento de ciertos fines que él contempla, sean recaudatorios o de otro tipo. En tales circunstancias, indicó que el acto atacado por la actora no luce como manifestamente ilegítimo, circunstancia que obsta a la vía intentada. De forma similar, añadió que no se ha acreditado la inexistencia de otras vías que resulten más aptas, y que para la resolución del pleito es preciso un ámbito de mayor debate y prueba.

Puntualizó luego que no hay norma que prohíba al Poder Ejecutivo, a su turno, delegar sus funciones –sean originarias o no– en los departamentos de Estado que lo integran, ya que son de aplicación a su respecto los postulados del art. 19 de la Constitución Nacional en tanto puede realizar todo aquello que no le está expresamente prohibido.

3°). Que por razones de orden lógico, corresponde examinar en primer término el agravio de la demandada vinculado con la improcedencia de la vía escogida para debatir la cuestión planteada.

Es indudable que dicho agravio remite al estudio de cuestiones de orden procesal, las cuales quedan fuera de la órbita del recurso extraordinario (...)

En tales condiciones, y dado que la apelante no ha señalado, ni mucho menos demostrado, la existencia de pruebas de que se haya querido valer y que por las características sumarias del amparo se ha visto frustrada de producir en apoyo del derecho que invoca, la remisión, a un procedimiento ordinario –como lo pretende esa parte– solo constituiría un ritualismo inútil.

4º) Que sin perjuicio de lo señalado y en lo atinente a los restantes agravios de la demandada, el recurso extraordinario resulta formalmente admisible ya que se encuentra controvertido el alcance de normas de naturaleza federal –leyes 22.415 y 25.561, y resolución 11/02 del Ministerio de Economía–, y la decisión del tribunal superior de la causa ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

(...)

5º) Que con fundamento, entre otras normas, en lo previsto por las leyes 22.415 (Código Aduanero) y 25.561 (de emergencia pública y reforma del régimen cambiario), la resolución 11/02 del –entonces– Ministerio de Economía fijó ciertos “derechos a la exportación” para consumo, a determinadas mercaderías, identificadas éstas según la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM).

En sus considerandos se hizo mención al contexto económico reinante al momento de su dictado (4 de marzo de 2002), caracterizado por un pronunciado deterioro de los ingresos fiscales y una creciente demanda de asistencia por parte de los sectores de población menos favorecidos del país.

Asimismo, se indicó que se trataba de una medida transitoria, que tomaba en cuenta el efecto de las modificaciones cambiarias acaecidas, a fin de no descuidar su impacto sobre los precios internos, en especial sobre aquéllos vinculados con los productos de la canasta familiar.

De esta forma, la citada resolución dispuso un derecho de exportación del 5% para todas las mercaderías comprendidas en la referida nomenclatura, que se elevaba al 10% para aquellas expresamente mencionadas en seis planillas anexas (arts. 2º y 1º, respectivamente). Asimismo, estableció que este derecho se adicionaba a los que ya estuvieran vigentes, sea con carácter permanente o transitorio (art. 4º).

6º) Que a efectos de una adecuada solución de la controversia resulta im-

prescindible remarcar la indudable naturaleza tributaria de este derecho de exportación.

En efecto, se trata de un tributo cuya definición puede comprenderse en el art. 724 del Código Aduanero, en tanto grava el hecho de la exportación misma de la mercadería, para consumo, involucrando una carga pecuniaria coactiva para el sujeto pasivo que realice la acción gravada prevista por la norma, con destino a las arcas públicas.

La citada norma define un presupuesto de hecho que al verificarse en la realidad del caso concreto da origen a la obligación de ingresar al erario público una suma de dinero, en las condiciones que establece el texto legal. Tal obligación tiene por fuente un acto unilateral del Estado –justificado por el poder tributario que la Constitución Nacional le otorga al Congreso–, y su cumplimiento se impone coactivamente a los particulares, cuya voluntad carece, a esos efectos, de toda eficacia (Fallos: 318:676).

Sobre este último aspecto, el Tribunal ha sostenido que no existe acuerdo alguno de voluntades entre el Estado y los individuos sujetos a su jurisdicción con respecto al ejercicio del poder tributario implicado en sus relaciones, puesto que los tributos no son obligaciones que emerjan de los contratos sino que su imposición y su fuerza compulsiva para el cobro son actos de gobierno y de potestad pública (Fallos: 152:268; 218:596; 318:676, entre otros).

(...)

7º) Que cabe destacar que en el Código Aduanero ‘se recogió la posibilidad de que este tipo de gravámenes sea establecido no solo con finalidad recaudatoria, es decir, para nutrir el erario público, sino también con el objeto de cumplir con los demás fines estatales, de manera directa, como útil herramienta de política económica, social o monetaria (arg. art. 755, inc. 2º y sus apartados).

Esta caracterización del tributo como instrumento que no es pura o exclusivamente recaudatorio ha sido compartida por la jurisprudencia de esta Corte, (...) Tal es la que esta Corte ha llamado ‘función de fomento y asistencia social’ del impuesto (...), que a veces linda con el poder de policía y sirve a la política económica del Estado, en la medida en que responde a las exigencias del bien común, cuya satisfacción ha sido prevista por la Ley Fundamental

como uno de los objetos del poder impositivo (art. 67, inc. 2º). En este aspecto, las manifestaciones actuales de ese poder convergen hacia la finalidad primera, y ciertamente extra fiscal, de impulsar el desarrollo pleno y justo de las fuerzas económicas” (Fallos: 243:98; doctrina reiterada en los precedentes de Fallos: 289: 443; 314:1293 y 316:42, entre otros).

Las razones que se invocaron para dictar la resolución 11/02 se inscriben dentro de tal caracterización pues en los considerandos que precedieron a dicha norma se aludió al fuerte deterioro de los ingresos fiscales, pero también se señaló que dicha medida se justificaba en la necesidad de atenuar el efecto de las modificaciones cambiarías sobre los precios internos, especialmente, en lo referente a los productos esenciales de la canasta familiar.

No obstante ello, corresponde reiterar que el “derecho” establecido por la resolución mencionada es por su naturaleza un tributo –específicamente, un impuesto–, más allá de los fines que con él se hayan querido lograr.

8º) Que la presente controversia hace necesario examinar la compatibilidad de las normas citadas con las que la Constitución Nacional ha fijado para el establecimiento de gravámenes.

Nuestra Ley Fundamental prescribe, de manera reiterada y como regla primordial, tanto en el art. 4º como en los arts. 17 y 52, que solo el Congreso impone las contribuciones referidas en el primero de ellos. Asimismo, este Tribunal ha expresado categóricamente que “los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro Poder que el Legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas” (Fallos: 155:290; 248:482; 303:245; 312:912, entre otros) y, en forma concordante, ha afirmado en reiteradas oportunidades que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones (arg. Fallos: 316:2329; 318: 1154; 319:3400; 321:366 y 263; 323:240, entre muchos otros).

(...)

La razón de ser de dicha limitación se funda en que la atribución de crear los tributos es la más esencial a la naturaleza del régimen representativo y republicano de gobierno (Fallos: 182:411). Como ha dicho este Tribunal, “al

tratar la creación, el manejo y la inversión del tesoro público, el constituyente confió al órgano más íntimo del país –según las palabras de Alberdi– la potestad de crear los recursos y votar los gastos públicos, en tanto que le confirió al Poder Ejecutivo la de recaudar y emplear aquellos recursos en los gastos designados”, agregando, también en conceptos del ilustre jurista citado que “ese modo de distribuir el poder rentístico fue tomado de Inglaterra y adoptado por Estados Unidos de América a fin de evitar que en la formación del tesoro sea ‘saqueado el país, desconocida la propiedad privada y hollada la seguridad personal’ e impedir, además, que en la elección y cantidad de los gastos se dilapide la riqueza pública” (Fallos: 321:2683).

En la fecha más reciente, esta Corte ha señalado que “el principio de legalidad o de reserva de la ley no es sólo una expresión jurídico formal de la tributación, sino que constituye una garantía substancial en este campo, en la medida en que su esencia viene dada por la representatividad de los contribuyentes.

9º) Que debe enfatizarse, de manera correlativa, que ese valladar incommovible que supone el principio de reserva, de ley en materia tributaria tampoco cede en caso de que se actúe mediante el mecanismo de la delegación legislativa previsto por el art. 76 de la Constitución.

En efecto, este Tribunal también ha sido contundente al sostener sobre tal punto que “no puedan caber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo” (Fallos: 326:4251).

Aun cuando se soslayase lo sostenido en dicho precedente, tampoco resultaría admisible el argumento que subyace en la defensa realizada por el ente fiscal, qué consiste en sostener que la ley de emergencia 25.561 –y sus sucesivas prórrogas–, ha otorgado una delegación suficiente al Poder Ejecutivo para que, en el marco de la dolorosa situación de emergencia nacional por la que atravesó el país, tomara una serie de medidas tendientes a terminar con esa situación, entre las cuales estaba la habilitación para que estableciese el tributo aquí cuestionado.

En efecto, ni la ley 22.415 ni mucho menos la 25.561 establecen, siquiera con mínimos recaudos, los elementos esenciales del tributo de que se trata.

Por una parte, la ley 25.561 solo contiene en su art. 5°, tercer párrafo, in fine, una previsión de creación de un derecho a la exportación de hidrocarburos, supuesto ajeno al de la especie cuya constitucionalidad no es objeto aquí de discusión. Pero, con la salvedad mencionada, no hay otra disposición en su articulado que permita establecer, con claridad y sin duda alguna, las pautas de la clara política legislativa a las cuales debe atenerse el Presidente. Es más, de su lectura no puede siquiera intuirse que el Poder Legislativo haya delegado en el Ejecutivo la posibilidad de crear este tipo de gravámenes, más allá de la admisibilidad constitucional de tal mecanismo, que como se señaló anteriormente debe ser enérgicamente rechazada.

En segundo término, corresponde detenerse en el Capítulo Sexto del Título II, de la Sección IX, del Código Aduanero, titulado “Tributos regidos por la legislación aduanera”, que prevé la existencia de derechos de exportación y regula aspectos atinentes a tal tipo de gravámenes, los arts. 733 y ss. establecen que el derecho de exportación puede ser ad valorem (es decir, de base imponible variable en función del valor de la mercadería) o bien específico (una cantidad determinada, fija o variable en función de la cantidad de mercadería que se exporte), pero para el caso en concreto aquí discutido, como puede observarse, no es el legislador quien ha determinado, de manera cierta e ineludible, cuál es la forma de cuantificar la prestación, sino que ha de recurrirse necesariamente, a lo dispuesto por la resolución 11/02 mencionada.

En efecto, el Congreso Nacional no ha previsto cuál es la alícuota aplicable, ni siquiera mediante el establecimiento de unos baremos máximos y mínimos para su fijación. Al guardar silencio el citado cuerpo legal respecto de la alícuota máxima que puede establecerse en materia de derechos de exportación, coloca a la resolución impugnada a extramuros de las normas y principios constitucionales antes reseñados.

10) Que por la trascendencia de la materia debatida corresponde efectuar algunas consideraciones adicionales a efectos de precisar los alcances de la doctrina expuesta.

No puede soslayarse que los derechos aduaneros están íntimamente liga-

dos a las” continuas fluctuaciones que presenta el comercio internacional y, por dicha razón, en esta materia es indispensable contar con herramientas que permitan adecuar, en forma ágil, los instrumentos estatales de política económica a efectos de que, entre otros objetivos, puedan protegerse la producción local, los precios en el mercado interno o las condiciones de competitividad de nuestros bienes en el exterior. Como consecuencia de la mayor integración económica y del creciente comercio mundial, es imprescindible que el Estado pueda realizar, de manera oportuna, los ajustes que estime necesarios para conjurar los efectos que pueden tener en nuestro país las crisis financieras internacionales o bien para evitar que decisiones económicas adoptadas en otras naciones puedan repercutir negativamente en el ámbito interno.

Por ello, en el ámbito de los derechos aduaneros, cobra relevancia la doctrina según la cual “tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida” (Fallos: 246:345 y 328:940).

En el contexto detallado, resulta admisible que el Congreso atribuya al Poder Ejecutivo ciertas facultades circunscriptas, exclusivamente, al aspecto cuantitativo de la obligación tributaria, es decir, autoriza elevar o disminuir las alícuotas aplicables, siempre y cuando, para el ejercicio de dicha atribución, se fijen pautas y límites precisos mediante una clara política legislativa.

Cabe recordar que la interpretación de la Constitución Nacional debe hacerse de manera que sus limitaciones no lleguen a trabar el eficaz ejercicio de los poderes atribuidos al Estado a efecto del cumplimiento de sus fines del modo más beneficioso para la comunidad (Fallos: 311:1617; 315:952; 327:4376, entre otros).

(...)

Sin embargo, tal como se expuso en el considerando anterior, la resolución cuestionada no se ajusta a los parámetros señalados, pues el aspecto cuantitativo del derecho de exportación queda aquí completamente librado al arbitrio del Poder Ejecutivo.

11) Que todas las razones expuestas conducen indefectiblemente a declarar la invalidez de la resolución 11/02 del –entonces– Ministerio de Economía e Infraestructura.

Sin perjuicio de ello, es necesario traer a colación lo dispuesto en otras normas a fin de establecer con qué alcances debe declararse la mencionada invalidez.

En materia de delegación legislativa, los constituyentes de 1994, además de incorporar a nuestra Carta Magna el texto del actual art. 76, agregaron la cláusula transitoria octava, según la cual: “La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”.

En el marco de dicha disposición constitucional, el Congreso Nacional dictó las leyes 25.148, 25.645, 25.918, 26.135 y 26.519, normas que tienen incidencia en la solución de esta controversia. Cabe destacar que –con excepción de la ley 26.519– las restantes leyes contienen una estructura similar ya que, por una parte, ratifican la totalidad de la delegación legislativa, por los plazos y en las condiciones que allí se establecen (art. 1°) y, en lo que al caso interesa, aprueban la totalidad de la legislación delegada dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994 (art. 3°)

En ese sentido, las leyes 25.918 y 26.135 fueron explícitas al aprobar la totalidad de la legislación delegada dictada entre determinados períodos, desde el 24 de agosto de 2002 hasta el 24 de agosto de 2004, y desde esa fecha hasta el 24 de agosto de 2006, respectivamente. La mencionada aprobación abarcó las normas dictadas entre las fechas en que concluía la ratificación de la delegación legislativa y la entrada en vigencia de cada una de esas dos leyes.

Por su parte, si bien las leyes 25.148 y 25.645 no establecieron concretamente cuál era el período que comprendía dicha aprobación, no se requieren mayores esfuerzos interpretativos para dilucidar ese punto.

Resulta nítido que la ley 25.148, al aprobar la “totalidad de la legislación delegada” (cfr. art. 3°), hizo referencia a las normas dictadas desde la sanción de la reforma constitucional y hasta la vigencia de dicha ley.

En consecuencia, no puede sino colegirse que la ley 25.645 al disponer en su art. 3º: “Apruébase la totalidad de la legislación delegada dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994”, hace alusión a las normas dictadas hasta la fecha de su entrada en vigencia, hecho que aconteció el 24 de agosto de 2002.

(...)

Es evidente que los términos empleados por el legislador al sancionar la ley 25.645 constituyen una clara manifestación de su decisión política de ratificar la legislación delegada dictada hasta el 24 de agosto de 2002 (confr. Fallos: 331:1927, voto del juez Maqueda).

Esos términos representan, sin dejar lugar a duda, la voluntad expresa del Congreso Nacional en la materia y solo pueden ser interpretados en el sentido de que quiso conferir rango de ley al contenido de todas las normas delegadas dictadas con anterioridad a su entrada en vigencia.

Si bien la decisión de ratificar en forma general un amplio y variado número de normas que abarcan diversas materias puede ser objetable desde el ángulo de la técnica legislativa, ello no resulta suficiente para privar de validez a la ley 25.645 y a aquellas que, con el mismo objetivo, la precedieron o sucedieron.

La circunstancia de que no se haya identificado en forma particular a cada una de las normas aprobadas no invalida a la ratificación, en tanto el universo de preceptos que el Congreso Nacional pretendió convalidar resulta determinable.

Por otra parte, una interpretación en sentido contrario al propuesto llevaría a sostener que la totalidad de la legislación delegada dictada con sustento en la legislación delegante preexistente a la reforma de la Constitución Nacional de 1994 ha perdido su vigencia, vaciándose de contenido a las disposiciones del art. 3º de las leyes 25.148, 25.645, 25.918 y 26.135.

Tal exégesis resulta inadmisibles pues no solo presuma que el legislador sanciona cláusulas inútiles, pensadas para no tener efecto (arg. de Fallos: 311:460) sino que además contraría la clara intención del Congreso Nacional de privilegiar la seguridad jurídica, evitar vacíos legislativos y sanear, hacia el futuro, cualquier nulidad de las normas dictadas por el Poder Ejecutivo u

organismos de administración al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994.

En tales condiciones, corresponde señalar que la ley 25.645 carece de eficacia para convalidar retroactivamente una norma que adolece de nulidad absoluta e insanable –como la resolución 11/02 del entonces Ministerio de Economía e Infraestructura–, pero no existe razón alguna para privarla de efectos en relación con los hechos acaecidos después de su entrada en vigencia (arg. de Fallos: 321:347, considerando 10).

Por ello, cabe aclarar que la invalidez de la mencionada resolución 11/02 se circunscribe al período comprendido entre el 5 de marzo de 2002 (fecha en que entró en vigor) hasta el 24 de agosto de 2002, momento a partir del cual rige la ley 25.645, disposición que le otorga a su contenido rango legal.

12) Que por su parte, la resolución 150/02 del entonces Ministerio de Economía dispuso que la Administración Federal de Ingresos Públicos solo dará curso a los pedidos de estímulos a la exportación correspondientes a aquellos exportadores que hayan dado cumplimiento a la totalidad de las obligaciones fiscales derivadas de tributos nacionales, incluidas las de los Recursos de la Seguridad Social y de planes de facilidades de pago (art. 1°).

En virtud de lo expuesto en los considerandos que anteceden, la invalidez de la resolución 11/02 –durante el período señalado– determina que dicha norma resulta inaplicable a la actora respecto de los alcances de la mencionada resolución 150/02, sin perjuicio, claro está, del cumplimiento total de las obligaciones fiscales derivadas de los restantes tributos nacionales.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por la demandada y se confirma la sentencia apelada, en los términos y con los alcances que surgen de la presente decisión. Con Costas (...).

Voto Ministros Lorenzetti, Maqueda y Fayt.

3.3. Guía para la lectura y el análisis del caso “Camaronera Patagónica”

A partir de la lectura y el análisis del fallo “**Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo**” (CSJN, 15/04/2014), del artí-

culo 76 y la Cláusula Transitoria Octava de la Constitución Nacional, y de la bibliografía complementaria que estime corresponder, resuelva las siguientes consignas:

- a) Relate, con sus palabras, los hechos más relevantes del caso, en no más de 10 (diez) renglones.
- b) ¿Qué establecía la Resolución N° 11/02? ¿Quién dictó esa Resolución?
- c) ¿La Resolución N° 11/02 fue “expresamente” ratificada por alguna norma de rango legal? ¿Fue ratificada de alguna forma? ¿Cuál?
- d) Según el voto de la mayoría de la Corte Suprema, ¿qué naturaleza jurídica poseen las retenciones? ¿Qué implica para el caso la “naturaleza jurídica” de las retenciones?
- e) Según la Corte, ¿puede el Poder Legislativo delegar la potestad de creación de los tributos en el Poder Ejecutivo? En caso de respuesta negativa, ¿qué sí puede hacer y con qué límites?
- f) Para el voto de la mayoría de la Corte Suprema, ¿cómo juega la Cláusula Transitoria Octava de la Constitución Nacional para la solución del caso? ¿Cuáles son los fundamentos de la interpretación jurídica que realizan?
- g) ¿La ratificación legal de la legislación delegada debe contener algún requisito especial?
- h) En definitiva, el voto de la mayoría, ¿qué declara en relación a la Resolución N° 11/2 del Ministerio de Economía e Infraestructura?

Capítulo 6

El Consejo de la Magistratura

Federico G. Thea
Darío Kusinsky
Demián Iglesias Seifert

I. INTRODUCCIÓN

1. El Consejo de la Magistratura: su “trasplante” en la Reforma Constitucional del año 1994

La reforma de la Constitución Argentina de 1994 trajo entre sus principales novedades la incorporación de un órgano que no reconocía antecedentes hasta entonces en nuestra organización federal, que fue “trasplantado” (es decir, importado) desde el derecho continental europeo de la Segunda Posguerra, con la (supuesta) finalidad de *despolitizar y hacer más eficaz y transparente* la designación y remoción de magistrados: el Consejo de la Magistratura.

Artículo 114 de la Constitución Nacional:

“El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

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

Serán sus atribuciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.
2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.
3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.
4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.
5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.
6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

La Convención Nacional Constituyente de 1994 abordó el problema de la falta de legitimidad y confianza pública que afectaba por entonces al Poder Judicial y planteó como solución la modificación del proceso de selección de jueces, en el entendimiento de que apartando la elección de magistrados de las disputas político-partidarias, estos ganarían (paradójicamente) mayor legitimidad política, y se ofrecería a la ciudadanía una imagen de mayor independencia y objetividad en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.¹

1. Ampliar en Thea, F. G., (2014). La elección de “jueces constitucionales” en las democracias actuales. *Pensar en Derecho* (4). Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicacio->

De este modo, el implante del Consejo de la Magistratura en un sistema jurídico como el argentino –que cuenta con un mecanismo de control judicial de constitucionalidad al estilo norteamericano, tal como vimos en los primeros capítulos de este libro– pasó por alto, además, las diferencias que existen entre el “poder judicial” y la “administración de justicia”.² Esta distinción constituye un aspecto central para entender el rol que cumplen los jueces en una democracia, que debería ser tenido especialmente en cuenta al momento de discutir la cuestión judicial, en general, y de pensar el diseño institucional del proceso de selección y nombramiento de jueces, en particular.

La aparición del Consejo de la Magistratura generó una cantidad importante de contrapuntos y discusiones tanto teóricos como prácticos, vinculados no solo con la incógnita sobre ubicación institucional, las atribuciones que tendría en la práctica y su relación con la Corte Suprema, sino especialmente relativos a la amplitud de la delegación que la Convención Constituyente de 1994 efectuó en el Congreso de la Nación para reglamentar el artículo 114 CN y completar aquello que no se logró acordar oportunamente.

Así, los problemas generados por la amplia y vaga redacción del artículo 114 CN pueden observarse en la dispar y hasta contradictoria evolución legislativa del Consejo de la Magistratura. La primera norma que reglamenta este instituto fue dictada recién en 1997, luego de tres años de la Reforma Constitucional que ordenaba hacerlo (Ley N° 24937). Pero tan sólo ¡ocho días después! se sancionó una nueva ley modificatoria, la Ley N° 24939. Dos años más tarde, en 1999, el Poder Ejecutivo aprobaría un texto ordenado de la norma,

nes/pensar-en-derecho/revistas/4/la-eleccion-de-jueces-constitucionales-en-las-democracias-actuales.pdf

2. “Poder judicial” existe en aquellas estructuras políticas en las que los jueces tienen la capacidad para declarar la inconstitucionalidad de actos legislativos o ejecutivos. En cambio, en los sistemas donde los jueces carecen de dichas facultades existe simplemente “administración de justicia”. Ver Spota, A. A. (1995). Precisiones en torno al Consejo de la Magistratura. En H. O. Pérez (comp.). *Comentarios a la reforma constitucional*. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Constitucional, p. 147. Siguiendo a este autor, Arcani y Bielsa señalan que “nuestro Consejo de la Magistratura resultaría ser un órgano cortado a la manera de los continentales europeos, pero trasplantado a una matriz constitucional estadounidense”. Ver Arcani, M. R. y Bielsa, R. (1996). El Consejo de la Magistratura en el Derecho comparado. *La Ley D*, 1735.

mediante el dictado del Decreto N° 816/99. La Ley N° 24939 sería modificada parcialmente en el año 2006, mediante la Ley N° 26080. Y esta norma sería nuevamente modificada en el año 2013, mediante la Ley N° 26855... pero el mismo año fue dejada sin efecto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Rizzo”,³ que analizaremos más adelante en el apartado de análisis jurisprudencial.

La Ley N° 26855 dispuso, entre sus principales medidas, una modificación de la integración del Consejo y “la elección por el Pueblo de la Nación por sufragio universal, de los Consejeros jueces, abogados y académicos”, tuvo una fuerte y difundida discusión pública, y reabrió en Argentina el debate en torno al rol del poder judicial, a las características del control judicial de constitucionalidad y a los mecanismos de selección y nombramiento de los magistrados. Lamentablemente, dicho debate se caracterizó por partir de afirmaciones dogmáticas⁴ intransigentes, que lejos de promover una discusión seria acerca del diseño institucional que requiere nuestra democracia, en general, y las reformas que necesita el Poder Judicial, en particular, obstruyó la posibilidad de pensar a fondo los problemas que afectan la delicada relación entre democracia y justicia. Así, entre los dogmas y mitos que protagonizaron la discusión en torno al llamado “Plan para la Democratización de la Justicia”, se mantuvo presente otra vez la idea de

3. CSJN (2013). “Rizzo”. *Fallos* 336:760. A lo largo del capítulo haremos referencia a que la CSJN no solo declaró la inconstitucionalidad de ciertos artículos de la Ley N° 26855, sino que también “dejó sin efecto” ciertas disposiciones. Lo que queremos resaltar con dicha diferenciación es que la CSJN no solo declaró inaplicables los artículos declarados inconstitucionales para ese caso concreto, sino que lo hizo con efectos generales. Según la Corte, las circunstancias del caso le exigieron que “en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar el caos institucional o la eventual paralización de la administración de justicia, determine claramente los efectos de su pronunciamiento. En este sentido, corresponde aclarar que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables en el considerando precedente, mantendrá su vigencia el régimen anterior previsto en las leyes 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080”. (Considerando 42º). Ver las preguntas que formulamos al respecto en el punto n de la guía de lectura y análisis del fallo.

4. Se entiende por dogma, entre otras acepciones, a una proposición tenida por cierta, como principio innegable, y al conjunto de creencias de carácter indiscutible y obligado (Diccionario de la Real Academia Española, 23ª ed. Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=E4earE8>).

que los jueces en el ejercicio de su función son meramente la boca de la ley, que no están influidos de ninguna manera por sus simpatías personales, políticas e ideológicas (cuestiones que abordamos en los primeros capítulos del libro); y se omitió repasar en forma cuidadosa y crítica el estudio del derecho constitucional comparado, a los fines de llevar adelante un análisis autóctono de los desafíos propios que se plantean en el marco de nuestra democracia constitucional. Las principales reformas introducidas por la Ley N° 26855, según se indicó más arriba, fueron declaradas inconstitucionales –y dejadas sin efecto– por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya citado caso “Rizzo”, pero los interrogantes y debates re-introducidos por esta ley siguen sin resolverse y se mantienen aún vigentes.

En la construcción de los mitos que obstruyeron una discusión pública seria sobre las ventajas y desventajas de las propuestas incluidas en el llamado “Plan para la Democratización de la Justicia”, el rol de los operadores jurídicos –abogados, jueces y académicos– ha sido tristemente protagonista⁵ y ha dificultado en gran medida la posibilidad de un debate público abierto, sincero y transparente. Por ello, entendemos clave abordar este capítulo pensando críticamente cómo es el proceso de decisión judicial en la práctica; cuáles son las características que diferencian al control de constitucionalidad (que estudiamos en capítulos anteriores) de otros tipos de ejercicios de la magistratura; y cuáles son los fundamentos de los diversos diseños institucionales para la selección de magistrados en distintos modelos constitucionales.⁶

5. En este sentido, Diana señala que “no sólo corresponde analizar y desmembrar las teorías que conforman el derecho, sino que es un deber por parte de los jueces al tiempo de fallar, pero también de los abogados cuando ejercen la profesión, y en ambos casos, cuando transmiten el conocimiento jurídico, en la academia, en revistas jurídicas, libros y en las aulas. Aunque parezca un análisis dogmático del fenómeno jurídico, es un análisis necesario con el objeto de desmembrar las bases del conocimiento y discurso jurídicos”. Diana, N. (2012). Discurso jurídico y derecho administrativo: doctrina de facto y emergencia económica. Recuperado de http://www.gordillo.com/pdf_tomo6/02/anexo_diana.pdf

6. Profundizar estas cuestiones en Thea, F. G. (2014), *op. cit.*

2. Atribuciones del Consejo de la Magistratura

Ley del Consejo de la Magistratura - Texto Ordenado por Decreto N° 816/1999, con las modificaciones introducidas posteriormente

Artículo 1°.- El Consejo de la Magistratura es un órgano permanente del Poder Judicial de la Nación que ejerce la competencia prevista en el artículo 114 de la Constitución Nacional de acuerdo a la forma representativa, republicana y federal que la Nación Argentina adopta para su gobierno, para lo cual deberá observar especialmente los principios de publicidad de los actos de gobierno, transparencia en la gestión, control público de las decisiones y elección de sus integrantes a través de mecanismos no discriminatorios que favorezcan la participación popular.

Tiene a su cargo seleccionar mediante concursos públicos postulantest a las magistraturas inferiores a través de la emisión de propuestas en ternas vinculantes, administrar los recursos que le corresponden de conformidad con la ley 11.672 permanente de presupuesto de la Nación, con la ley 24.156 de administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional y con la ley 23.853 de autarquía judicial; y sus leyes complementarias, modificatorias y vinculantes, y ejecutar el presupuesto que la ley le asigne a su servicio administrativo financiero, aplicar sanciones disciplinarias sobre magistrados, decidir la apertura del procedimiento de remoción, ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente y dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial.

De acuerdo al artículo 114 CN y su ley reglamentaria, las atribuciones del Consejo de la Magistratura son:

- (i) Seleccionar mediante concursos públicos a los postulantes a las magistraturas inferiores.

La Constitución Nacional establece que el Consejo debe realizar los concursos públicos para seleccionar a quienes luego formarán parte de la terna de candidatos que se propondrán al Poder Ejecutivo para ocupar los cargos disponibles. Así, el Consejo efectúa el control de idoneidad de los postulantes, asegurando la presencia en la terna de

los mejores calificados para el cargo (ver art. 13 de la Ley N° 24937 - Texto Ordenado por Decreto N° 816/1999, con las modificaciones introducidas posteriormente).

- (ii) Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.

Una vez que el Consejo selecciona a los tres candidatos mejor calificados mediante concurso público, debe elevar la terna al Poder Ejecutivo Nacional para que este, dentro de un marco de discrecionalidad y siguiendo criterios políticos, seleccione a un integrante de la terna y eleve la propuesta al Senado para su acuerdo. Es decir, la terna que el Consejo le eleva al Poder Ejecutivo Nacional es vinculante: el Presidente de la Nación solo puede elegir entre los candidatos propuestos por el Consejo. Pero goza de discrecionalidad para elegir cualquiera de los ternados y luego enviar la propuesta de designación al a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación a fin de que este emita su acuerdo o rechazo.

- (iii) Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.

La administración del Poder Judicial deja de estar en cabeza de la Corte Suprema y pasa a ser una de las principales funciones que ejerce el Consejo. Así, se libera al Máximo Tribunal de una importante cantidad de tareas, pasando a cumplir únicamente su rol institucional específico.⁷

La Ley del Consejo de la Magistratura creó la Oficina de Administración y Financiera del Poder Judicial, que está a cargo del administrador general del Poder Judicial, que es designado por el Plenario del Consejo de la Magistratura (conf. arts. 7° inc. 11 y 17 de la Ley N° 24937 - Texto Ordenado por Decreto N° 816/1999, con las modificaciones introducidas posteriormente).

7. La Corte Suprema mantiene, no obstante, una Secretaría General de Administración y una Secretaría General y de Gestión de la Corte Suprema, que conviven con el administrador general del Poder Judicial. Ver Acordadas CS N° 8/2008 CS 9/2008 y Ley N° 23853 (Autarquía Judicial).

ARTÍCULO 18. - Funciones. La Oficina de Administración y Financiera del Poder Judicial tendrá a su cargo las siguientes funciones:

- a) Elaborar el anteproyecto de presupuesto anual del Poder Judicial de conformidad con lo dispuesto en la ley 23.853 de autarquía judicial y la ley 24.156 de administración financiera y elevarlo a consideración de su Presidente, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la ley 24.937 y sus modificatorias.
- b) Ejecutar el presupuesto anual del Poder Judicial.
- c) Dirigir la oficina de habilitación y efectuar la liquidación y pago de haberes.
- d) Dirigir la oficina de arquitectura judicial.
- e) Llevar el registro de estadística e informática judicial.
- f) Proponer a la Comisión de Administración y Financiera lo referente a la adquisición, construcción y venta de bienes inmuebles y disponer lo necesario respecto de bienes muebles, aplicando normas de procedimiento que aseguren la libre e igualitaria concurrencia de los oferentes.
- g) Llevar el inventario de bienes muebles e inmuebles y el registro de destino de los mismos.
- h) Realizar contrataciones para la administración del Poder Judicial coordinando con los diversos tribunales los requerimientos de insumos y necesidades de todo tipo aplicando normas de procedimiento que aseguren la libre e igualitaria concurrencia de los oferentes.
- i) Proponer los reglamentos internos necesarios para su funcionamiento, los reglamentos para la administración financiera del Poder Judicial y los demás que sean convenientes para lograr la eficaz administración de los servicios de justicia, incluyendo la supresión, modificación o unificación de las oficinas arriba enumeradas.
- j) Ejercer las demás funciones que establezcan los reglamentos internos.

(Artículo sustituido por art. 14 de la Ley N° 26.855 B.O. 27/5/2013)

(iv) Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.

Para el caso de que un magistrado cometa una falta vinculada a la prestación del servicio de justicia, el Consejo podrá aplicar las sanciones de advertencia, apercibimiento y multa de hasta el 50% de los haberes judiciales, las que serán impuestas por el Pleno del Consejo. Dichas sanciones son apelables ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

De acuerdo a lo previsto por el artículo 14 de la Ley del Consejo de la Magistratura constituyen faltas disciplinarias:

1. La infracción a las normas legales y reglamentarias vigentes en materia de incompatibilidades y prohibiciones, establecidas para la magistratura judicial.
2. Las faltas a la consideración y el respeto debido a otros magistrados, funcionarios y empleados judiciales.
3. El trato incorrecto a abogados, peritos, auxiliares de la justicia o litigantes.
4. Los actos ofensivos al decoro de la función judicial, el respeto a las instituciones democráticas y los derechos humanos o que comprometan la dignidad del cargo.
5. El incumplimiento reiterado de las normas procesales y reglamentarias.
6. La inasistencia reiterada a la sede del tribunal o el incumplimiento reiterado en su juzgado del horario de atención al público.
7. La falta o negligencia en el cumplimiento de sus deberes, así como de las obligaciones establecidas en el Reglamento para la Justicia Nacional.

(v) Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente.

El Consejo debe evaluar si existen circunstancias fundadas que ameriten el inicio del procedimiento de remoción y, en dicho caso, debe presentar la acusación ante el Jurado de Enjuiciamiento. Si a su vez existieran causales para suspender al juez en el ejercicio de sus funciones, el Consejo podrá suspenderlo temporalmente hasta que el Jurado de Enjuiciamiento dicte su pronunciamiento definitivo (conf. art. 7º, inc. 15 de la Ley N° 24937 - Texto Ordenado por

Decreto N° 816/1999, con las modificaciones introducidas posteriormente).

- (vi) Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

La facultad de dictar los reglamentos alcanza a todos los tribunales inferiores a la Corte Suprema, pero no así al Máximo Tribunal, en razón de lo establecido en el artículo 113 CN, que prevé que la Corte Suprema dictará su reglamento interior y nombrará sus empleados.

En consecuencia, el Consejo dicta los reglamentos en materia administrativa, económica, procedimental y de concursos del Poder Judicial, como así también los reglamentos internos de funcionamiento del propio Consejo, pero no los de la Corte Suprema.

Entre otras atribuciones, el Consejo de la Magistratura reunido en sesión plenaria, tiene las siguientes:⁸

- Dictar los reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye la Constitución Nacional y esta ley a fin de garantizar una eficaz prestación del servicio de administración de justicia.
- Reglamentar el procedimiento de los concursos públicos de antecedentes y oposición en los términos de la presente ley, debiendo establecer mecanismos que contemplen los puntos a) al e) del inciso 2 del presente artículo.
- Organizar el funcionamiento de la Escuela Judicial, dictar su reglamento, aprobar sus programas de estudio, establecer el valor de los cursos realizados como antecedentes para los concursos previstos para designar magistrados y funcionarios de conformidad con lo establecido en el artículo 13 tercer párrafo de la presente ley, y planificar los cursos de capacitación para magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial para la eficaz prestación del servicio de administración de justicia, todo ello en coordinación con la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial.

8. Ver art. 7 de la Ley N° 24937 - Texto Ordenado por Decreto N° 816/1999, con las modificaciones introducidas posteriormente.

- Dictar los reglamentos para la designación de jueces subrogantes y designar jueces subrogantes en los casos de licencia o suspensión del titular y en casos de vacancia para los tribunales inferiores de acuerdo a la normativa legal vigente (profundizaremos esta cuestión más adelante, en el apartado 4 y al estudiar el fallo Uriarte).
- Dictar las reglas de funcionamiento de la Secretaría General, de la Oficina de Administración y Financiera, del Cuerpo de Auditores del Poder Judicial y de los demás organismos auxiliares cuya creación disponga el Consejo.
- Fijar las dotaciones de personal del Consejo de la Magistratura, adjudicar la cantidad de cargos y categorías que el funcionamiento requiera, fijar el procedimiento para la habilitación y cobertura de nuevos cargos, habilitar dichos cargos y fijar la redistribución o traslado de los agentes.

3. Integración del Consejo de la Magistratura

Tal como vimos más arriba, el artículo 114 CN hace referencia en su segundo párrafo al modo de integración del Consejo de la Magistratura, estableciendo:

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

Al comienzo de este capítulo adelantamos que la reforma constitucional de 1994 introdujo el Consejo de la Magistratura –una institución novedosa para el sistema jurídico nacional– sin estructurarla acabadamente, delegándole al Congreso de la Nación la tarea de finalizar su estructuración en una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En esta línea, tampoco se definió su integración, ya que el texto

constitucional solo indica los estamentos que deben estar representados en el Consejo, sin señalar número ni proporciones. El único criterio que se impone es que “se procure el equilibrio” (concepto jurídico indeterminado si los hay y que dará lugar a infinidad de discusiones, como veremos más adelante).

Esta decisión de la Convención Nacional Constituyente de 1994 “corrió el gravísimo riesgo de introducir una institución novedosa sin estructurarla. Se argumentó de modo exactamente contrario al indicado por el buen sentido, afirmando que precisamente la novedad aconsejaba dejarla a medio hacer, para que la ley infraconstitucional la fuese definiendo conforme a lo que indicase la experiencia, cuando en realidad era previsible que ésta la terminase de estructurar conforme a los espacios del juego de poder de cada coyuntura política, lo que hacía previsible un futuro incierto y complicado”, tal como reconoció el voto de la mayoría en el fallo “Rizzo”.⁹

En el mismo sentido, el juez Zaffaroni explicó en su voto en disidencia en el citado fallo, con cita del jurista alemán Gustav Radbruch, que:

“[L]a ley es como un navío que el legislador despide desde el muelle y al que ya no puede controlar, navega solo, con las virtudes y defectos del texto. Y el artículo 114 de la Constitución Nacional navega solo, con sus enormes carencias estructurales, con su delegación de poder constituyente en el legislador ordinario y con su parquedad, sus oscuridades y su hibridez. [...]”

Todos quedamos en el muelle, podemos recriminarnos y hasta llorar, pero a lo largo de dos décadas el texto y la institución fueron navegando con múltiples accidentes, chocando con escollos y arrecifes y casi naufragando, hasta el punto de la parálisis que obliga a una reestructuración urgente, pues de lo contrario se acrecentarán las dificultades institucionales que el marasmo en que ha caído la institución ya viene produciendo”.¹⁰

9. CSJN (2013). “Rizzo”. *Fallos* 336:760. Voto en disidencia del juez Zaffaroni, considerando 5°.

10. *Ibíd.*, considerando 12°.

En la actualidad el Consejo sigue integrado por un total de 13 miembros, de acuerdo a lo prescripto por la Ley N° 26080, y los cargos se distribuyen del siguiente modo:

- (i) Tres jueces integrantes del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el sistema D'Hont, debiéndose garantizar la representación igualitaria de los jueces de cámara y de primera instancia, y la presencia de magistrados con competencia federal del interior de la República.
- (ii) Seis legisladores. A tal efecto los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos a la mayoría y uno a la primera minoría.
- (iii) Dos representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula. Uno de los representantes deberá tener domicilio real en cualquier punto del interior del país.
- (iv) Un representante del Poder Ejecutivo.
- (v) Un representante del ámbito académico y científico, que deberá ser profesor regular de cátedra universitaria de facultades de derecho nacionales y contar con una reconocida trayectoria y prestigio, y será elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional con mayoría absoluta de sus integrantes.

Tal como señalamos en el apartado anterior, desde su creación en 1994 hasta la fecha, el Consejo ha tenido diversas integraciones. A fin de comparar las modificaciones mencionadas hemos elaborado el cuadro que se presenta a continuación:

ESTAMENTO	LEY 24937. LEY 24939. (T. O. DEC. 816/99)	LEY 26080 (INTEGRACIÓN ACTUAL)	LEY 26855 (NO VIGENTE POR FALLO “RIZZO”)
Abogados	4	2	3
Jueces	4	3	3
Miembros de CSJN	1	No	No
Académicos	2	1	6
Diputados	4	3	3
Senadores	4	3	3
Poder Ejecutivo	1	1	1
Total	20	13	19

Más allá de la historia de las distintas integraciones del Consejo de la Magistratura, nos interesa mostrar en particular en este capítulo los cambios introducidos por la Ley N° 26855, para poder estudiar luego críticamente los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema en el fallo “Rizzo”.

El artículo 2° de la Ley N° 26855 establecía que el Consejo de la Magistratura estaría integrado por:

- (i) Tres (3) jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal.
- (ii) Tres (3) representantes de los abogados de la matrícula federal, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal.
- (iii) Seis (6) representantes de los ámbitos académico o científico... elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal.
- (iv) Seis (6) legisladores. A tal efecto, los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres (3) legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos (2) a la mayoría y uno (1) a la primera minoría.
- (v) Un (1) representante del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, como ya señalamos, este artículo fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de la Nación en el caso “Rizzo” y, por lo tanto, la composición actual del Consejo de la Magistratura es la prevista por la Ley N° 26080, que transcribimos al comienzo de este apartado.

3.1. Duración en el cargo de los miembros del Consejo de la Magistratura

Los miembros del Consejo de la Magistratura duran cuatro años en sus cargos, pudiendo ser reelectos con intervalo de un período. Los miembros del Consejo elegidos por su calidad institucional de jueces en actividad o legisladores, cesarán en sus cargos si se alterasen las calidades en función de las cuales fueron seleccionados, debiendo ser reemplazados por sus suplentes o por los nuevos representantes que designen los cuerpos que los eligieron para completar el mandato respectivo. A tal fin, este reemplazo no se contará como período a los efectos de la reelección.

3.2. Requisitos para integrar el Consejo

De acuerdo al artículo 4° de la Ley del Consejo de la Magistratura (según la modificación introducida por el artículo 5° Ley N° 26855):

Para ser miembro del Consejo de la Magistratura se requerirá contar con las condiciones mínimas exigidas para ser diputado. No podrán ser consejeros las personas que hubieran desempeñado cargo o función pública jerárquica durante la última dictadura cívico-militar o respecto de quienes se verifiquen condiciones éticas opuestas al respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos.

Este artículo modificado por la Ley N° 26855 –que, vale aclarar, sigue vigente en la actualidad con dicha modificación, ya que no fue declarado inconstitucional ni dejado sin efecto por la CSJN– cambió el criterio anterior, ya que originalmente se requería para ser miembro del Consejo de la Magistratura, reunir las condiciones exigidas para ser juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3.3. El “equilibrio” como requisito para la integración del Consejo de la Magistratura y la forma de elección de sus miembros

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

En el fallo “Rizzo” que tanto hemos mencionado en este Capítulo, la Corte Suprema fundamentó la inconstitucionalidad de los artículos 2°, 4°, 18° y 30° de la Ley N° 26855 principalmente en argumentos vinculados con la violación del “equilibrio” constitucionalmente exigido. Según la mayoría de la CSJN, la Ley N° 26855:

- Rompía el equilibrio al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resulte directa o indirectamente emergente del sistema político partidario. (Considerando 29° del voto de la mayoría).
- Desconocía el principio de representación de los estamentos técnicos al establecer la elección directa de jueces, abogados, académicos y científicos. (Considerando 30° del voto de la mayoría).
- Comprometía la independencia judicial al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria. (Considerando 29° del voto de la mayoría).
- Vulneraba el ejercicio de los derechos de los ciudadanos al distorsionar el sistema electoral. (Considerando 29° del voto de la mayoría).

Sin perjuicio de los diversos puntos de debate que genera la extremadamente vaga y abierta redacción del artículo 114 CN, vemos que hay dos puntos que fueron centrales tanto en la discusión y sanción de la Ley N° 26855 como en la decisión de la CSJN en el fallo “Rizzo” y que, por lo tanto, creemos que amerita abordar brevemente antes de proponer la lectura de la sentencia: el concepto de “equilibrio” para la integración del Consejo de la Magistratura y para el modo de elección de los representantes de cada estamento.

3.3.1. El concepto de “equilibrio” para la integración del Consejo de la Magistratura

La Constitución ordena que el Consejo de la Magistratura se integre de forma tal que “se procure el equilibrio” entre los distintos sectores representados. Tal como vimos más arriba, uno de los objetivos invocados para la inclusión del Consejo de la Magistratura en la Reforma Constitucional de 1994 fue “transparentar el proceso de designación de jueces”, a fin de asegurar la selección de magistrados más idóneos y, para ello, se creyó conveniente crear un cuerpo multisectorial en donde se encontraran representados todos los ámbitos interesados en la cuestión, procurando el “equilibrio” entre ellas.

En el fallo “Rizzo”, la mayoría de la CSJN entendió que el concepto constitucional de equilibrio debe extraerse a partir del significado habitual que tiene el término, definido como “el contrapeso, contrarresto, armonía entre cosas diversas”. Y que, en lo que hace a la integración del Consejo de la Magistratura, la mayoría de los miembros del Máximo Tribunal –con la disidencia del juez Zaffaroni– entendió que:

- (i) El equilibrio entre los estamentos que integran del Consejo de la Magistratura fue vulnerado al aumentar la representación del estamento de los científicos y académicos.

Según la mayoría de la CSJN, la Ley N° 26855 es “manifiestamente inconstitucional” en cuanto “sobredimensiona la representación de [los científicos y académicos] al elevar a seis el número de sus integrantes (el doble que el fijado para los representantes de los diputados, senadores, jueces y abogados) y al mismo tiempo la distorsiona al establecer su elección por medio del sufragio universal y no por los integrantes de dicho sector”. Agregando que la ley “reescribe indebidamente el artículo 114 de la Constitución, otorgándole una preeminencia a un estamento que tuvo en su origen constitucional un rol complementario o secundario y termina asumiendo un papel preponderante en el funcionamiento del cuerpo”. (Considerando 32° del voto de la mayoría).

En contraposición, Zaffaroni opina en su voto disidente que “[e]s claro que equilibrio no es sinónimo de igualdad y ni siquiera procurar es lo mismo que deber. Deber procurar significa que se debe hacer

un esfuerzo en pos del equilibrio, pero nada más... [Y] en lo que hace a la medición del esfuerzo por lograr el equilibrio que prescribe la Constitución, lo cierto es que el aumento de número de los consejeros académicos y científicos tampoco es claro que lo destruye, pues aun imaginando que actuaran en forma de bloque, no dominarían el Consejo” (Considerandos 6° y 15° del voto del juez Zaffaroni).

La profusa doctrina que ha comentado el fallo y analizado el tema ha estado igualmente dividida,¹¹ lo que demuestra que –más allá de los mejores o peores argumentos– la cuestión lejos de ser “obvia” o “manifiesta”, genera fuertes discrepancias. Sería interesante, como reclama Boico, “que se explicara con honradez intelectual por qué la integración del Consejo prevista por la ley 26.855... evidencia el desequilibrio denunciado en la torrentosa cascada de amparos, extremo que trasunta sólo un reproche político, más no constitucional”.¹²

- (ii) El equilibrio en la forma de elección de los miembros del Consejo fue vulnerado al establecer la elección popular directa, ya que el concepto de equilibrio exige diversidad de representaciones, esto es, que los miembros del órgano no pueden tener directa ni indirectamente un mismo origen.

Tal como vimos, con el dictado de la Ley N° 26855 se modificó, entre otros aspectos, la forma en que serían elegidos los miembros del Consejo de la Magistratura, estableciendo que los representantes del Poder Judicial, de los abogados y de los sectores académicos y científicos serían seleccionados por el Pueblo de la Nación en elecciones generales, debiendo formar parte de las listas de candidatos de los partidos políticos.

Hasta el dictado de la Ley N° 26855 la forma de elección se realizaba mediante el voto por estamentos. Esto implica que los abogados elegían a los abogados que integraban el consejo, los jueces a los jue-

11. Ver entre muchos otros: Bianchi, A. B. (2013). Crónica de una inconstitucionalidad manifiesta. *La Ley D*, 26; Gelli, M. A. (2013). Las inconstitucionalidades de la ley del Consejo de la Magistratura. Una sentencia crucial. *La Ley D*, 46; Boico, R. J. (2013). Sólo una prórroga. Fallo de la CSJN que limitó el voto popular, *La Ley D*, 39.

12. Boico, Roberto J. (2013), *op. cit.*

ces, y así sucesivamente con cada uno de los estamentos. La reforma, precisamente, dispuso ampliar dichas elecciones a fin de que pudiera participar toda la sociedad. Así, los miembros del Consejo serían seleccionados mediante la elección popular.

La Corte, al pronunciarse por la inconstitucionalidad de la ley, señala que el Poder Legislativo se extralimitó en la reglamentación del artículo 114 CN, toda vez que la Constitución no prevé que los representantes de dichos sectores sean elegidos por el voto popular. Al respecto, el voto de la mayoría expresa que “las personas que integran el Consejo lo hacen en nombre y por mandato de cada uno de los estamentos indicados, lo que supone inexorablemente su elección por los integrantes de esos sectores. En consecuencia, el precepto no contempla la posibilidad de que los consejeros puedan ser elegidos por el voto popular ya que, si así ocurriera, dejarían de ser representantes del sector para convertirse en representantes del cuerpo electoral”. (Considerando 18° del voto de la mayoría). Así, la mayoría de la Corte plantea un límite a las atribuciones del Poder Legislativo al resaltar que, pese a que existe un vacío en el texto constitucional, el Congreso no puede legislar cubriendo ese hueco en un sentido distinto al –supuestamente– tenido en miras por el Constituyente. En la misma línea, los jueces Petracchi y Argibay opinaron en su voto separado que la Ley N° 26855 vulnera el “equilibrio” que exige la Constitución, “en tanto otorga al cuerpo electoral –directa o indirectamente– la elección de todos los integrantes del Consejo de la Magistratura... puesto que elimina la diversidad de representaciones y deja tan sólo una de ellas” (Considerando 12° del voto de los jueces Petracchi y Argibay). Por su parte, el juez Zaffaroni critica el uso del concepto de representación que hace la mayoría de la CSJN, leído a la luz del derecho privado, para afirmar que la forma de elección de los Consejeros viola el “nebuloso mandato de procurar el equilibrio” que establece el artículo 114 CN. Según Zaffaroni, la representación estamentaria en la Constitución Nacional es una excepción, en tanto que la regla republicana es la representación popular, por lo que “el juego entre una interpretación traída del derecho privado y que acota el espacio del legislador como representante del pueblo soberano, y el primer principio básico

del derecho público en que éste se afirma, hace que, por lo menos, no se pueda sostener con éxito la existencia de una inconstitucionalidad manifiesta” (Considerando 14º del voto del juez Zaffaroni).

4. La designación de jueces subrogantes y la administración de justicia

Tal como explicamos en este capítulo, una de las principales modificaciones que produjo el trasplante del Consejo de la Magistratura al sistema jurídico argentino fue el procedimiento de selección y designación de jueces inferiores de la Nación. Así, luego de la Reforma Constitucional de 1994 para ser designado juez nacional en la República Argentina es necesario superar un proceso que implica un concurso público de oposición y antecedentes sustanciado ante el Consejo de la Magistratura, ser el elegido por el Poder Ejecutivo Nacional de la terna vinculante que le eleva el Consejo luego del concurso público, y ser luego ratificado por la Honorable Cámara de Senadores de la Nación.

Dado que el procedimiento de selección y designación de los jueces requiere más tiempo –tanto debido a la complejización del proceso de selección como a los mayores, y más difíciles, consensos requeridos para la designación– se ha previsto un mecanismo para la cobertura transitoria de vacantes mientras se sustancia todo el procedimiento: el sistema de subrogancias.

La designación de jueces subrogantes se produce cuando, por motivos de decesos, renunciaciones, jubilaciones y remociones (entre otros) de los jueces titulares, se origina la vacancia en el tribunal que integran y, en consecuencia, surge la necesidad de cubrir rápida –y transitoriamente– ese puesto, hasta que se vuelva a designar un juez titular para ese tribunal de acuerdo al procedimiento constitucionalmente previsto.

Este tema resulta muy importante, ya que el sistema que se prevea normativamente para estos casos de “vacantes transitorias” tendrá un impacto directo en la administración de justicia y deberá ser respetuoso de la garantía del juez natural, entendida como el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, (conf. arts. 18 y 75, inc. 22,

de la Constitución Nacional; art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

En el fallo “Uriarte”, que estudiaremos en este capítulo, la CSJN analiza la constitucionalidad del régimen de subrogancias, llamando la atención sobre la magnitud de la cuestión, al indicar que “en la actualidad, aproximadamente un cuarto de los cargos de los tribunales nacionales y federales se encuentran vacantes en forma permanente”.

A los fines de entender acabadamente las cuestiones abordadas por el Máximo Tribunal en el fallo “Uriarte” es necesario conocer las distintas regulaciones de las subrogancias judiciales que han estado en vigencia desde la aparición en nuestro sistema jurídico del Consejo de la Magistratura. A continuación haremos un breve repaso, que servirá para profundizar luego el tema con el análisis del fallo “Uriarte” que proponemos en la guía de lectura.

4.1. La regulación del sistema de subrogancias judiciales

En el año 2004, la Ley N° 25876 modificó la ley reglamentaria del Consejo de la Magistratura incorporando dos incisos al entonces artículo 7 de la Ley N° 24937. En estos incisos incorporados a la ley reglamentaria del Consejo de la Magistratura se dispuso que el Plenario del Consejo debía dictar los reglamentos para las subrogancias judiciales en caso de licencia, suspensión o vacancia de los magistrados y los reglamentos generales de superintendencia que fueran necesarios para el funcionamiento del Poder Judicial de la Nación.

En base a esta habilitación legal, el Consejo de la Magistratura aprobó el Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación mediante la Resolución N° 76/2004.¹³ Sin embargo, el régimen de subrogaciones

13. Este reglamento regulaba un sistema de designación que distinguía entre subrogaciones transitorias y prolongadas: (i) en las subrogaciones transitorias intervenían en el proceso de designación exclusivamente las cámaras de apelaciones, tanto federales como nacionales; mientras que (ii) en las subrogaciones prolongadas las designaciones las efectuaban las cámaras o los tribunales orales, tanto federales como nacionales (quienes elevaban una terna a la comisión de selección de magistrados) y la escuela judicial del Consejo, que se encargaba

establecido por esta Resolución fue declarado inconstitucional en el año 2007 por la CSJN en el precedente “Rozsa”,¹⁴ en tanto autorizaba un método de nombramiento circunscripto a la intervención exclusiva de organismos que operan en el ámbito del Poder Judicial sin prever la intervención del Senado (tribunales orales, cámaras nacionales de apelaciones o cámaras federales y, para algunos supuestos, Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura). A pesar de la declaración de inconstitucionalidad, el Máximo Tribunal dispuso en el fallo “Rozsa” que correspondía admitir la validez de las designaciones de jueces subrogantes efectuadas en el marco de dicho régimen y de las actuaciones practicadas y de las que se practicasen hasta el cese de las razones que originaron sus nombramientos, o bien su reemplazo o ratificación mediante un procedimiento constitucionalmente válido, sin que los suplentes pudieran continuar en funciones por más de un año, durante el cual el Congreso de la Nación y el Poder Ejecutivo Nacional debían establecer un sistema definitivo sobre la materia.

Luego de este fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reglamentó la cuestión mediante las Acordadas N° 16/07, 22/07 y 24/07, cayendo en la misma crítica que ella misma hizo del sistema anterior en el fallo “Rosza”, al establecer que se podían designar como jueces subrogantes a Secretarios, quienes no tienen ni terna del Consejo, ni designación por el Poder Ejecutivo, ni Acuerdo del Senado de la Nación.

Posteriormente, y casi al filo del vencimiento del plazo establecido por la CSJN para la sanción de un sistema definitivo de subrogancias, el Congreso de la Nación aprobó la Ley N° 26376, que también ha sido objeto de serios cuestionamientos dado que no contempló la intervención del Consejo de la Magistratura y la exigencia que sobre la participación de éste consideró indispensable la Corte Suprema en el caso “Rosza”.

de designarlos hasta el cese de la vacancia o hasta el cumplimiento del plazo de 12 meses previsto en la Ley del Consejo de la Magistratura.

En ambos casos podían ser designados jueces en ejercicio, magistrados jubilados, abogados de la matrícula federal y secretarios de cámara. (Ver los arts. 2 a 7, 10 y 11 del Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación aprobado por la Resolución N° 76/2004).

14. CSJN (2007). “Rosza, Carlos y otro s/ rec. de casación”. *Fallos* 330:2361.

En el año 2015, el Congreso de la Nación aprobó la Ley N° 27145, que estableció un nuevo sistema de designación por parte del Consejo de la Magistratura de los jueces subrogantes (conf. art. 1°), y que luego sería declarado inconstitucional por la CSJN en el fallo “Uriarte”, que estudiaremos a continuación.

Entre sus principales innovaciones, la norma habilitaba al Consejo de la Magistratura a designar jueces subrogantes por mayoría absoluta de los miembros presentes, debiendo cubrir la vacante con un juez o jueza de igual competencia de la misma jurisdicción o con un miembro de una lista de conjueces (art. 2°). Esta lista sería integrada con 20 abogados y abogadas, y 20 secretarios y secretarías judiciales (que cumplieran con los mismos requisitos legales exigidos para el titular del cargo a cubrir) para luego ser remitida al Poder Ejecutivo Nacional y luego al Senado de la Nación a los fines de “solicitar su acuerdo respectivo” (art 3°). La ley además instruía al Consejo de la Magistratura a confeccionar dicha lista de conjueces para cada fuero, jurisdicción e instancia cada seis años (art 3°).

Esta ley volvió a generar gran controversia sobre su constitucionalidad,¹⁵ para finalmente ser declarada inconstitucional –y dejada sin efecto– por la CSJN en el fallo “Uriarte”,¹⁶ donde además el Máximo Tribunal estableció que hasta que el Poder Legislativo sancione un nuevo régimen, los jueces subrogantes deberán ser designados por el Consejo de la Magistratura de acuerdo a los siguientes parámetros:

15. Comparar, entre otros, la opinión de Kiper, C. M. (17/07/2015). La nueva ley de subrogancias para el Poder Judicial de la Nación. *La Ley*; Gil Domínguez, A. (24/07/2015). La nueva ley de subrogancias para el Poder Judicial es inconstitucional e inconvencional. *La Ley* 24/07/2015 y Gil Domínguez, A (04/12/2015). Constitución, derechos y jueces subrogantes. Un fallo ejemplar. *La Ley*.

16. Al igual que cuando comentamos el fallo “Rizzo”, cuando hacemos referencia a que la CSJN en el fallo “Uriarte” no solo declaró la inconstitucionalidad de ciertos artículos de la Ley N° 27145, sino que también “dejó sin efecto” ciertas disposiciones, lo que queremos resaltar es que la CSJN no solo declaró inaplicables los artículos declarados inconstitucionales para ese caso concreto, sino que lo hizo con efectos generales. Este punto amerita una evaluación crítica adicional a la cuestión de fondo, revisando cuidadosamente las cuestiones estudiadas en el Capítulo 2 de este libro.

- En primer término, las vacantes siempre deben ser cubiertas por magistrados de otros tribunales que fueron designados mediante los procedimientos previstos por la Constitución Nacional. (Considerando 18°).
- En segundo término, de manera excepcional y frente a razones objetivas que impidan designar a jueces, se puede recurrir a jueces provisionales (conjueces abogados o conjueces secretarios judiciales) provenientes de una lista de conjueces. (Considerando 18°).
- Los conjueces integrantes de dichas listas deben ser nombrados mediante un procedimiento complejo donde participen el Consejo de la Magistratura, el Poder Ejecutivo y el Senado de la Nación. (Considerando 25°).
- El sistema de designación de los subrogantes debe estar basado en parámetros objetivos que puedan justificar para cada designación la preferencia de un candidato respecto de los restantes. (Considerando 21°).
- La aprobación de la lista de conjueces por parte del Consejo de la Magistratura debe responder a una mayoría agravada de dos tercios que es la que fija el art. 13 apart. C de la Ley N° 24937 para aprobar las ternas de candidatos a jueces permanentes. (Considerando 24°).
- No se pueden realizar designaciones de jueces subrogantes respecto de tribunales que todavía no se encuentran en funcionamiento porque no hay juez a quien sustituir, ni causas en trámite, ni posibilidad de que se asigne el conocimiento de las que se iniciaren en el futuro. (Considerandos 26° a 29°).

4.2. El sistema de subrogancias vigente: la regulación de la CSJN en el fallo “Uriarte”

En este capítulo vimos que es competencia del Consejo de la Magistratura el dictado de los reglamentos para la designación de jueces subrogantes en los casos de licencia o suspensión del titular y en casos de vacancia para los tribunales inferiores.

Sin embargo, como adelantamos en el apartado anterior, en la actualidad el tema se encuentra regulado por un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la

Nación, que no solo declaró la inconstitucionalidad de la Ley N° 27145 sino que además la dejó sin efecto. Al igual que en el caso “Rizzo” la CSJN no solo declaró inaplicables los artículos declarados inconstitucionales para ese caso concreto, sino que lo hizo con efectos generales y, yendo un paso más allá, estableció que hasta que el Poder Legislativo sancione un nuevo régimen de subrogancias, los jueces subrogantes deberán ser designados por el Consejo de la Magistratura de la siguiente manera:

- (i) Para los juzgados de primera instancia, de acuerdo a los parámetros establecidos en el artículo 1°, inciso a, de la Ley N° 26376;

Artículo 1°, inciso a) de la Ley N° 26376

“En caso de recusación, excusación, licencia, vacancia u otro impedimento de los jueces de primera instancia, nacionales o federales, el Consejo de la Magistratura procederá a la designación de un subrogante de acuerdo al siguiente orden:

a) Con un juez de igual competencia de la misma jurisdicción, teniendo prelación el juez de la nominación inmediata siguiente en aquellos lugares donde tengan asiento más de un juzgado de igual competencia [...]”.

- (ii) Para los restantes tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de acuerdo a los parámetros establecidos en el artículo 2°, primer párrafo, de la Ley N° 26376, norma que remite al artículo 31 del Decreto-Ley N° 1285/1958 (texto según Ley N° 26371); y a lo establecido en el artículo 1° de la Ley N° 26372.

A continuación se muestra el contenido de los reenvíos de este punto de la sentencia para poder integrar el modo de designación de jueces subrogantes de tribunales inferiores a la Corte, es decir, de primera instancia y Cámara:

Artículo 2° primer párrafo de la Ley Nº 26376

“En caso de subrogancia por recusación, excusación, licencia, vacancia u otro impedimento de los integrantes de las Cámaras de Casación o de Apelación, Nacionales o Federales, se aplicará el procedimiento previsto en el artículo 31 del Decreto-Ley Nº 1285/58”.

Artículo 10 de la Ley Nº 26371 (modificatoria del artículo 31 del Decreto-Ley Nº 1285/1958)

“Sustitúyense los artículos 5º, 11, 19, 31 y 32 del decreto ley 1285/58, ratificado por la Ley 14.467 y sus modificaciones por los siguientes:

Artículo 31: La Cámara Federal de Casación Penal, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, los tribunales orales y las cámaras nacionales de apelaciones en lo criminal y correccional federal, en lo criminal y correccional y en lo penal económico se integrarán por sorteo entre los demás miembros de aquéllas; luego del mismo modo, con los jueces de la otra Cámara en el orden precedentemente establecido y, por último también por sorteo, con los jueces de primera instancia que dependan de la Cámara que debe integrarse.

El sistema de integración antes establecido se aplicará para las cámaras nacionales de apelaciones en lo civil y comercial federal, en lo contencioso administrativo federal y federal de la seguridad social de la Capital Federal.

También regirá este sistema para las cámaras nacionales de apelaciones en lo civil, en lo comercial y del trabajo de la Capital Federal.

Las cámaras federales de apelaciones con asiento en las provincias se integrarán con el juez o jueces de la sección donde funcione el Tribunal.

En caso de recusación, excusación, licencia, vacancia u otro impedimento los jueces de la Cámara Nacional Electoral, ésta se integrará por sorteo entre los miembros de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. No serán aplicables las disposiciones del decreto 5046 del 14 de marzo de 1951 y sus modificaciones a los magistrados que, por las causales indicadas, integren la Cámara Nacional Electoral”.

Artículo 1° de la Ley Nº 26372:

“Ante la imposibilidad de integración de los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de todo el país, por licencia, suspensión, recusación, excusación o vacancia de sus miembros, se integrarán con los jueces que hayan sido designados de acuerdo al procedimiento previsto en la Constitución Nacional, a cargo de: 1. Los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de la jurisdicción, teniendo prelación los jueces de las ciudades más cercanas. 2. La Cámara Federal de Apelaciones de la jurisdicción, salvo que hayan conocido previamente en la causa elevada a juicio de tal forma que se encuentre comprometida su imparcialidad. 3. Los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de la jurisdicción más próxima. A los efectos de la designación se tendrá en cuenta el orden precedentemente establecido por los incisos 1, 2 y 3 de este artículo”.

- (iii) Agotadas estas posibilidades, y en la medida en que no existan listas de conjuces que cumplan con los recaudos establecidos en el fallo, deberá convocarse a un magistrado jubilado (artículo 16 de la Ley Nº 24018) que haya sido nombrado de conformidad con lo previsto por la Constitución Nacional. A tales efectos, las cámaras, según fuero y jurisdicción, elaborarán un listado de jueces jubilados y la designación se hará por sorteo.
- (iv) En los supuestos de excusación, recusación, impedimento, suspensión o licencias inferiores o iguales a 60 días de los jueces de los tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la designación del juez subrogante o del jubilado corresponderá a la cámara del fuero, de acuerdo a los parámetros establecidos precedentemente.

5. A modo de conclusión

Para terminar, no podemos dejar de reiterar la importancia de que se lean y estudien estos temas y los fallos “Rizzo” y “Uriarte” repasando las cuestiones generales y los problemas que trae aparejado el control de constitucionalidad, que estudiamos en el Capítulo 2 de este libro. Y agregándole a las problemáticas allí abordadas la advertencia del juez Zaffaroni en el caso “Rizzo”, que resulta perfectamente aplicable al fallo “Uriarte”:

Artículo 2° primer párrafo de la Ley Nº 26376

“Si bien en todos los casos el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes debe ser ejercido con la máxima prudencia –tal como lo ha señalado esta Corte en múltiples oportunidades–, en el presente caso debe extremarse el cuidado en razón de que es muy fácil el desplazamiento que lleve a confundir las propias convicciones con lo que prescribe la Constitución. En esta oportunidad, quizá más que en muchas otras, debe tenerse muy presente que la declaración de inconstitucionalidad solo procede cuando ésta sea manifiesta y no ante cualquier duda.

La ley en cuestión toca directamente a la estructura judicial, sobre la cual –como es natural–, cada magistrado tiene sus propias ideas, sin duda todas respetables pero seguramente muy dispares: es posible que haya casi tantos modelos de estructuración del Consejo de la Magistratura [y, en nuestra opinión de sistemas de subrogación de jueces] como magistrados”.¹⁷

II. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y GUÍAS PARA SU ANÁLISIS

1. Caso “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar s/ acción de amparo” (2013). CSJN, *Fallos* 336:760

1.1. Resumen del Fallo de la Corte Suprema

Buenos Aires, 18 de junio de 2013.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia en

17. CSJN (2013). “Rizzo”. *Fallos* 336:760. Voto en disidencia del juez Zaffaroni, considerando 11º.

lo Criminal y Correccional Federal que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 y del decreto del Poder Ejecutivo n° 577/2013 y dejó sin efecto jurídico la convocatoria electoral prevista para la elección de miembros del Consejo de la Magistratura, el Estado Nacional dedujo recurso extraordinario por salto de instancia –en los términos del artículo 257 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– que fue declarado admisible por este Tribunal.

2º) Que el recurrente considera infundada y arbitraria la admisión de la acción de amparo por no advertirse la presencia de caso; entiende que el actor carece de legitimación por no haber acreditado un perjuicio concreto y actual y se agravia de la interpretación que la jueza efectuó respecto de conceptos vinculados con la composición y el modo de selección de los miembros del Consejo de la Magistratura, tales como representación, equilibrio, elección popular y partidaria, e independencia judicial.

3º) Que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías legales aptas peligra la salvaguarda de derechos fundamentales. En el sub examine se encuentran reunidos los recaudos que determinan su admisibilidad porque, ante la inminencia del vencimiento de los plazos establecidos en el calendario electoral, las vías procesales ordinarias resultan ineficaces para remediar en forma oportuna la afectación de los derechos invocados por el actor.

En consecuencia, corresponde desestimar el agravio referido a la improcedencia del remedio procesal elegido por el actor.

4º) Que tampoco corresponde hacer lugar a los agravios vinculados con la falta de legitimación activa. En efecto, esta Corte ha sostenido que el Poder Judicial de la Nación solo interviene en el conocimiento y decisión de “causas” (artículo 116 de la Constitución Nacional) y que la legitimación procesal constituye un presupuesto necesario para que exista causa o controversia (Fallos: 326:2998 y 3007, entre otros).

En este sentido, el actor invoca el carácter de apoderado de una agrupación integrada por abogados de la matrícula federal que participa en los procesos de elección de los representantes de ese estamento técnico en el Consejo de la

Magistratura. Señala que las disposiciones de la ley 26.855, además de establecer un sistema de selección de representantes que no respeta lo establecido en el artículo 114 de la Constitución Nacional, impone requisitos para la participación en los comicios a celebrarse que proscriben a la agrupación.

De manera que se encuentra acreditada la existencia de un interés “concreto”, “directo” e “inmediato” de su parte en obtener la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones.

5°) Que habida cuenta de la naturaleza federal de las normas en cuestión y de la trascendencia del caso a resolver, esta Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre los puntos disputados, lo que implicará examinar temas que se encuentran inescindiblemente vinculados a ellas (Fallos: 330:3836, 3471, 2180; 329:4206).

6°) Que en primer término es necesario recordar que de acuerdo a la forma republicana y representativa de gobierno que establece nuestra Constitución (artículos 1 y 22), el poder se divide en tres departamentos con diferentes funciones y formas de elección pero cuya legitimidad democrática es idéntica.

La actuación de los tres poderes del Estado Nacional encuentra como límite el respeto al proyecto de república democrática que establece la Constitución Federal (artículos 1°, 31 y 36). Los mandatos de su texto han sido establecidos por el poder constituyente del pueblo, y por esa razón condicionan la actividad de los poderes constituidos. El obrar del Estado debe entonces estar dirigido al más amplio acatamiento de los principios, declaraciones, derechos y garantías reconocidos en el pacto fundacional de los argentinos.

7°) Que asimismo cabe señalar que es principio de nuestro ordenamiento constitucional que ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferidas expresamente (Fallos: 137:47, entre otros). La regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe, ha sido consagrada en beneficio de los particulares (artículo 19 de la Constitución Nacional), no de los poderes públicos. Estos, para actuar legítimamente, requieren de una norma de habilitación (Fallos: 32:120, entre otros).

8°) Que sobre esas bases, y con sustento en las previsiones constitucionales que establecen la supremacía de la Constitución Nacional y la función

que le corresponde a los jueces (artículos 31, 116 y 117), desde 1888 hasta la actualidad se ha sostenido “... que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos” (Fallos: 33:162).

9º) Que para defender esta supremacía, el Tribunal ha declarado a lo largo de su historia –y más allá de los votos individuales de sus miembros–, la inconstitucionalidad de normas que, aun cuando provenían del órgano legislativo que representa la voluntad popular, resultaban contrarias a la Constitución Nacional o tratados internacionales y afectaban derechos de las personas.

Solo a modo de ejemplo, puede mencionarse que la Corte Suprema estableció la inconstitucionalidad de: las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final que impedían juzgar las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar (“Simón”, Fallos: 328:2056); la ley de Matrimonio Civil que, al impedir a las personas divorciadas volver a casarse, limitaba la autonomía individual (“Sejean”, Fallos: 308:2268); las normas del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto desconocían las facultades acusatorias y la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal (“Quiroga”, Fallos: 327:5863); la ley penal que, al castigar la tenencia de estupefacientes para consumo personal, no respetaba la autonomía personal (“Bazterrica” y “Arriola”, Fallos: 308:1392 y 332: 1963); la ley que, al permitir sin fundamento suficiente la interceptación de comunicaciones personales y la acumulación de datos personales, avasallaba el derecho a la intimidad (“Halabi”, Fallos: 332:111); la Ley de Contrato de Trabajo que desconocía el derecho del trabajador a la protección integral en la medida que fijaba un tope a la indemnización por despido (“Vizzoti”, Fallos: 327:3677) y negaba naturaleza salarial a los vales alimentarios (“Pérez”, Fallos: 332:2043); la ley de Riesgos del Trabajo

que impedía al trabajador que había sufrido un accidente laboral acceder a una plena reparación (“Aquino”, Fallos: 327:3753) en forma inmediata y no sujeta a un sistema de renta periódica (“Milone”, Fallos: 327:4607); la ley de Asociaciones Sindicales en cuanto confería tutela gremial solo a representantes o autoridades de sindicatos que contaran con personería gremial (“Rossi”, Fallos: 332:2715) y dispensaba privilegios a ciertos sindicatos en detrimento de los simplemente inscriptos (“Asociación de Trabajadores del Estado”, Fallos: 331:2499). También invalidó la ley previsional que frustraba el acceso a la justicia de los jubilados al prolongar innecesariamente el reconocimiento judicial de sus derechos de naturaleza alimentaria (“Itzcovich”, Fallos: 328:566) y desvirtuaba el mandato de movilidad jubilatoria del artículo 14 bis de la Constitución Nacional (“Badaro”, Fallos: 330:4866).

10) Que este reconocimiento de derechos ha sido posible porque nuestra Constitución busca equilibrar el poder para limitarlo.

La soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al mismo tiempo, y para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación. Por ello, el Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras (Fallos: 328:175), y no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional.

La doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas de las que le ha otorgado o suprimir algunas de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al sancionar el artículo 30 de la Constitución. Entretanto, ni el Legislativo ni ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente

o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas (Fallos: 137:47).

Es por ello que a ninguna autoridad republicana le es dado invocar origen o destino excepcionales para justificar el ejercicio de sus funciones más allá del poder que se le ha conferido, pues “toda disposición o reglamento emanado de cualquier departamento (...) que extralimite las facultades que le confiere la Constitución, o que esté en oposición con alguna de las disposiciones o reglas en ella establecidas, es completamente nulo” (Fallos: 155:290).

11) Que de lo hasta aquí expuesto se desprende que solo un punto de vista estrecho podría pasar por alto que el control de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución, no la del Poder Judicial o de la Corte Suprema (Fallos: 316:2940). Así lo entendió el constituyente de 1994 que en el artículo 43 del Texto Fundamental expresamente reconoció la facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes para hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional.

12) Que en este sentido el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de los jueces que han recibido del pueblo argentino –a través de los constituyentes– el legítimo mandato democrático de defender la supremacía de la Constitución Federal (artículos 31, 116 y 117), no los coloca por sobre los restantes poderes del Estado.

El cumplimiento de esta función no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de un caso o contienda entre partes; tampoco permite que el Poder Judicial ingrese en el control de las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado al adoptar las decisiones que les son propias.

Por lo demás, este Tribunal también ha entendido, por aplicación del principio de división de poderes, que la interpretación de las leyes debe efectuarse sobre la base de que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico; solo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (Fallos: 249:51; 288:325; 306:1597; 331:2068; 333:447).

13) Que establecidas las bases normativas de máxima jerarquía que facul-

tan a los jueces a declarar la inconstitucionalidad de toda ley o norma que se oponga a las cláusulas constitucionales, corresponde formular una importante aclaración.

Las decisiones de los poderes públicos, incluidas las del Poder Judicial, se encuentran sometidas y abiertas al debate público y democrático. Es necesario y saludable que exista ese debate. Pero ello no puede llevar a desconocer ni las premisas normativas sobre las que se asienta el control judicial de constitucionalidad, ni que este sistema está, en definitiva, destinado a funcionar como una instancia de protección de los derechos fundamentales de las personas y de la forma republicana de gobierno. En este marco los jueces deben actuar en todo momento en forma independiente e imparcial, como custodios de estos derechos y principios a fin de no dejar desprotegidos a todos los habitantes de la Nación frente a los abusos de los poderes públicos o fácticos.

14) Que corresponde entonces ingresar en el examen de la cuestión de fondo. El artículo 114 de la Constitución Nacional, segundo párrafo dispone que el Consejo de la Magistratura “será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley”.

15) Que con el fin de reglamentar este artículo el Congreso Nacional dictó la ley 26.855 según la cual el Consejo de la Magistratura quedará conformado por un (1) representante del Poder Ejecutivo Nacional, seis (6) legisladores, tres (3) jueces, tres (3) abogados y seis (6) representantes de los ámbitos académico y científico.

En lo que hace a la forma de selección de estos integrantes, la norma prevé: a) que los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres (3) legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos (2) a la mayoría y uno (1) a la primera minoría; b) que el Poder Ejecutivo Nacional designará un representante; c) que los jueces, los representantes de los abogados y de los académicos y científicos serán elegidos por el Pueblo de la Nación por medio del sufragio universal, correspondiendo, respectivamente,

dos (2) jueces, dos (2) abogados y cuatro (4) académicos o científicos a la lista ganadora por simple mayoría, y un (1) juez, un (1) abogado y dos (2) académicos o científicos a la que obtuviera el segundo lugar (artículo 2 de la ley).

Por último, en los artículos 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 se fija el procedimiento de elección de representantes de jueces, abogados, científicos y académicos.

16) Que en primer lugar resulta necesario establecer los alcances del artículo 114 de la Constitución, para luego analizar si la ley cuestionada –en cuanto modifica la integración del Consejo de la Magistratura y establece la elección directa por sufragio universal de los representantes de jueces, abogados, académicos y científicos– es compatible con su texto.

A tal fin corresponde examinar el sentido literal del artículo 114, los objetivos que persigue la Carta Fundamental al incorporar a nuestro sistema el Consejo de la Magistratura, las expresiones del constituyente al dar origen al texto, y por último, el sentido que lógicamente debe deducirse del contexto constitucional en el que está inserto.

Esta Corte ha sostenido que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra (Fallos: 307:2153; 312:2078 y 314:458, entre muchos otros) pero a ello cabe agregar que su comprensión no se agota con la remisión a su texto, sino que debe indagarse, también, lo que ella dice jurídicamente, dando pleno efecto a la intención del legislador, y computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 334:13).

17) Que el método gramatical por el cual comienza toda tarea interpretativa obliga al juez a atenerse a las palabras del texto escrito, en la comprensión de que ninguna disposición de la Constitución ha de ser considerada superflua, sin sentido o inoperante. El juez debe entender asimismo las palabras de la Constitución en el significado en el que son utilizadas popularmente y explicarlas en su sentido llano, obvio y común (confr. arq. Fallos: 262:60; 308:1745; 327:4241, entre otros).

18) Que de una lectura de la primera parte del segundo párrafo del artículo 114 de la Constitución resulta claro que al Consejo de la Magistratura lo integran representantes de los tres estamentos allí mencionados: órganos polí-

ticos resultantes de la elección popular (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo), jueces de todas las instancias y abogados de la matrícula federal.

Así, las personas que integran el Consejo lo hacen en nombre y por mandato de cada uno de los estamentos indicados, lo que supone inexorablemente su elección por los integrantes de esos sectores. En consecuencia, el precepto no contempla la posibilidad de que los consejeros puedan ser elegidos por el voto popular ya que, si así ocurriera, dejarían de ser representantes del sector para convertirse en representantes del cuerpo electoral.

Por lo demás, la redacción es clara en cuanto relaciona con la elección popular a solo uno de los sectores que integra el Consejo, el de los representantes de los órganos políticos. Por su parte prevé que el órgano también se integra con los representantes del estamento de los jueces de todas las instancias y del estamento de los abogados de la matrícula federal, cuya participación en el cuerpo no aparece justificada en su origen electivo, sino en el carácter técnico de los sectores a los que representan.

A su vez, en el precepto no se dispone que esta composición deba ser igualitaria sino que se exige que mantenga un equilibrio, término al que corresponde dar el significado que usualmente se le atribuye de “contrapeso, contrarresto, armonía entre cosas diversas” (Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001).

19) Que corresponde ahora analizar la segunda parte del segundo párrafo del artículo 114 de la Constitución, que establece que el Consejo de la Magistratura estará integrado “asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley”.

Más allá de la delegación que el Constituyente hace a favor del Congreso en cuanto al número y forma en que los académicos y científicos deben integrar el órgano, tal disposición debe interpretarse de modo de no contradecir la letra de la primera parte del mencionado párrafo segundo. A tal fin, cabe tener presente que si bien es cierto que la Constitución Nacional les ha dado a aquéllos una participación en el Consejo, no les ha asignado un rol central. El texto constitucional no ofrece dudas en cuanto a que este sector no está en el centro de la escena. Esta conclusión surge de la literalidad de la norma, donde académicos y científicos aparecen en una segunda parte del párrafo, a modo de complemento.

Por otra parte, en cuanto a la forma de elección, caben similares consideraciones que las realizadas respecto de jueces y abogados. Aunque la norma constitucional no hace referencia expresa a los representantes de los académicos y científicos, dicho texto, a la luz de lo previsto en la primera parte conduce razonablemente a sostener que la elección de estos integrantes tampoco puede realizarse a través del voto popular.

En este sentido, no debe perderse de vista la terminología utilizada. El adverbio “asimismo”, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa “también”, como afirmación de igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra ya nombrada, lo cual da la idea de que debe mantenerse el equilibrio y el sistema de representación de la primera parte.

20) Que esta interpretación se encuentra avalada en los objetivos que persigue la Carta Fundamental. El segundo párrafo del artículo 114 debe interpretarse como parte de un sistema que tiende, en palabras del Preámbulo, a afianzar la justicia y asegurar los beneficios de la libertad. Para lograr esos fines nuestra Constitución Nacional garantiza la independencia de los jueces en tanto constituye uno de los pilares básicos del Estado Constitucional.

Por ello, el nuevo mecanismo institucional de designación de magistrados de tribunales inferiores en grado a esta Corte, contemplado en la reforma de 1994, dejó de lado el sistema de naturaleza exclusivamente político-partidario y de absoluta discrecionalidad que estaba en cabeza del Poder Ejecutivo y del Senado de la Nación. Tal opción no puede sino entenderse como un modo de fortalecer el principio de independencia judicial, en tanto garantía prevista por la Constitución Federal.

En este sentido, no ha dado lugar a controversias que la inserción del Consejo de la Magistratura como autoridad de la Nación ha tenido por finalidad principal despolitizar parcialmente el procedimiento vigente desde 1853 para la designación de los jueces, priorizando en el proceso de selección una ponderación con el mayor grado de objetividad de la idoneidad científica y profesional del candidato, por sobre la discrecionalidad absoluta (Fallos: 329:1723, voto disidente del juez Fayt, considerando 12).

Es evidente que con estos fines se ha pretendido abandonar el sistema de selección exclusivamente político-partidario. En palabras de Germán Bidart

Campos, es inocultable la búsqueda del constituyente de “amortiguar la gravitación político-partidaria en el proceso de designación y enjuiciamiento de jueces” (“Tratado Elemental de Derecho Constitucional”, 1997, T. VI, p. 499).

21) Que, asimismo, la voluntad originaria expresada en la Asamblea Constituyente compone otra pauta de interpretación esencial (confr. arg. Fallos: 100:337; 220:689; 333:633) que ratifica los criterios hasta aquí expuestos. El examen de los antecedentes deliberativos que concluyeron en el texto sancionado en la convención de Santa Fe, ratifica el genuino contenido de la cláusula constitucional en los términos interpretados con anterioridad en cuanto, a fin de afianzar la independencia de los jueces como garantía de los habitantes, despolitiza el procedimiento de selección de los miembros del Consejo, dispone su elección a través de sus respectivos estamentos y establece un equilibrio en su modo de integración.

22) Que en efecto, un grupo de convencionales presentó un proyecto de reforma de la Constitución Nacional cuyos fundamentos expresaban su intención de “vigorizar la independencia del Poder Judicial (...) en este sentido se proponen mecanismos de despolitización de los procedimientos de nombramiento y remoción de los magistrados, que garantizarán no sólo idoneidad, sino independencia de los jueces frente a las posibles presiones políticas. A este objetivo apuntan la creación del consejo de la magistratura y el establecimiento del jurado de enjuiciamiento de magistrados” (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Obra de la Convención Nacional Constituyente, T. II, pp. 1922 a 1929).

23) Que es de sumo interés señalar que en el seno de la Comisión de Coincidencias Básicas, y a raíz, de ciertos interrogantes planteados por los convencionales, el miembro informante por la mayoría expresó que: “... donde se dice ‘representantes de los jueces’ no parece fácil interpretar que sea otra cosa que la persona elegida por los propios jueces (...) me parece está implicada en el Consejo de representantes la elección de los jueces entre los jueces; y algo análogo respecto de los abogados, la elección de los abogados entre los abogados”.

Ante el requerimiento de que aclarase si la expresada era su opinión o la de los autores del núcleo a fin de servir como interpretación auténtica, el convencional informante señaló: “Esta fue la interpretación con que fue insertado en

el proyecto que ahora estamos considerando y si vamos más atrás, si vamos al Pacto que dio motivo a la ley, en ese texto también fue empleado con este espíritu...” (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. IV, pp. 3256/3257).

24) Que también adquieren peso decisivo las expresiones utilizadas por el mismo convencional en oportunidad de fundar el proyecto ante el pleno de la convención.

Tras referirse a la necesidad de reformar el sistema judicial a fin de recuperar la “confianza pública en su sistema institucional”, dicho convencional sostuvo que “El órgano central de esta reforma es el Consejo de la Magistratura” y, en lo que aquí interesa manifestó: “En cuanto a la integración del Consejo de la Magistratura se ha procurado un modelo de equilibrio que garantice la transparencia en el cumplimiento de estas finalidades y el pluralismo en la integración del órgano, pero que simultáneamente no convierta al Poder Judicial de la Nación en un sistema autogestionario en el que los jueces –cuya misión es la de decidir casos concretos– puedan llegar a transformarse en la fuente de provisión de nuevos jueces. De tal manera, se ha buscado un modelo intermedio en que los poderes democráticos retengan una importante injerencia en el proceso de designación de los jueces, pero en el que simultáneamente –por participación de los propios jueces en el gobierno de la magistratura y por participación de estamentos vinculados con la actividad forense u otras personas– el sistema judicial esté gobernado con pluralismo aunque sin transferir a quienes no tienen la representación popular la totalidad de los poderes propios distintos de los que le son específicamente propios del sistema judicial, que son los de dictar sentencias, esto es, resolver casos contenciosos” (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticas, op. cit., T. V, p. 4888).

Finalmente, corresponde destacar que la intención del constituyente al incorporar el artículo 114 fue elevar el umbral de garantía de independencia judicial. En efecto, en el discurso de cierre, el convencional Raúl Alfonsín leyó un texto en el que se hacía manifiesta la intención del bloque que presidía respecto de las reformas que seguidamente serían aprobadas y que expresaba: “Toda norma que pueda implicar alguna limitación a la independencia

del Poder Judicial, a la independencia e imparcialidad en la composición del Consejo de la Magistratura (...) aunque no contradiga el texto que sancionamos, debe considerarse que vulnera el espíritu de la Constitución y contradice la intención del constituyente” (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. V, pp. 5155/5156).

Tras un extenso debate ese proyecto contó con el respaldo de la mayoría de los integrantes de la Comisión de Coincidencias Básicas, y fue aprobado por la mayoría de los integrantes de la convención –177 convencionales– en la sesión del 1º de agosto de 1994. Cabe destacar que de la lectura de los debates del pleno de la convención surge que hubo acuerdo en que el Consejo de la Magistratura tuviera esta composición mixta y equilibrada por la que algunos integrantes provinieran de los órganos políticos resultantes de la voluntad popular y los otros de los estamentos técnicos (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, op. cit., T. IV, pp. 3905/3910 y ss., pp. 4262/4269 y T. V, pp. 4883/5176).

25) Que la concepción de los constituyentes que aprobaron el texto sancionado fue mantener en el Consejo un equilibrio entre sectores de distinto origen sin que exista predominio de uno sobre otros. Es decir que ningún sector cuente con una cantidad de representantes que le permita ejercer una acción hegemónica respecto del conjunto o controlar por sí mismo al cuerpo.

Además, la consideración integral y razonada de los antecedentes reseñados lleva consistentemente a concluir que para el constituyente la elección de los representantes de los estamentos técnicos estaba a cargo exclusivamente de quienes los integran.

26) Que corresponde seguidamente considerar el modo de elección de los integrantes del Consejo de la Magistratura en el contexto de la parte orgánica de nuestra Constitución, pues los poderes constituidos no podrían jamás, en ninguna circunstancia, desconocer la forma en que los constituyentes organizaron la división del poder estatal en la Argentina.

Cuando se trata de representaciones que surgen del sufragio universal, el texto constitucional determina en qué casos es admitido. En efecto, la elección popular directa fue explícitamente reservada por el constituyente a las autoridades nacionales de índole política. Ello resulta en forma indubitable cuando

se prevé que “El Presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el Pueblo (...) A este fin, el territorio nacional conformará un distrito único” (artículo 94). Asimismo, y en cuanto a los integrantes del Poder Legislativo, el texto constitucional prevé que “La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado...” (artículo 45) y que los senadores serán “... elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en números de votos...” (artículo 54).

La reforma constitucional de 1994 sustituyó la forma de elección indirecta por medio del Colegio Electoral para el Poder Ejecutivo, y la elección por vía de legislaturas provinciales para los Senadores Nacionales. En ambos casos, se eliminó la intermediación sujetando la elección directamente a la voluntad popular. Debe concluirse entonces que cuando el constituyente consideró necesario modificar el sistema de elección indirecta de las autoridades políticas, lo mencionó expresamente, de forma indubitable.

Esta conclusión encuentra fundamento en que, de no establecerse con la máxima raigambre los supuestos en los que se adoptará la forma de elección directa, la expresión de la voluntad democrática del pueblo quedaría sujeta a la decisión del Congreso de mantener o cancelar los cargos electivos según si el comportamiento de la mayoría del pueblo coincide o no con la mayoría en el Congreso. En el plano del ejercicio de los derechos políticos, esta situación llevaría además a una permanente incertidumbre de los ciudadanos respecto de cuáles son los funcionarios que pueden o no elegir en base al voto popular.

Por último no puede dejar de señalarse que a lo largo de la historia política de nuestro país, no se registran antecedentes en los que el Poder Legislativo haya creado un cargo de autoridades de la Nación adicional a los que se establecen en el texto constitucional, sometiéndolo al sufragio universal.

27) Que desde otra perspectiva, la Constitución tampoco autoriza al legislador a determinar la elección directa de los Consejeros de la Magistratura en tanto este cuerpo, en su condición de órgano con competencias especiales, se inserta dentro de la estructura del Poder Judicial (Sección Tercera, Capítulo

Primero de la Constitución Nacional y conf. arg. Fallos: 330:2351, voto de la mayoría, considerando 11).

El Poder Judicial tiene la legitimidad democrática que le da la Constitución Nacional, que no se deriva de la elección directa. En la Asamblea Constituyente de 1853/60 expresamente se decidió que los jueces fueran elegidos por el pueblo pero en forma indirecta, al ser nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.

Este esquema fue ratificado por la reforma de 1994. Se mantuvo el sistema de selección de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que son nombrados por el Poder Ejecutivo “con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto”. Por su parte, los jueces de los tribunales federales inferiores son nombrados por el Poder Ejecutivo “en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos” (artículo 99, inc. 4).

En consecuencia, resulta consistente que los consejeros, como miembros de un órgano que integra el Poder Judicial de la Nación, sean elegidos en forma indirecta, de la misma manera que los jueces.

28) Que todos los caminos de interpretación transitados anteriormente lleven a concluir que la elección de los representantes de los jueces, abogados y académicos o científicos no puede realizarse por sufragio universal, sino que debe efectuarse en el ámbito de sus respectivos estamentos.

Se concluye también que con la conformación del Consejo de la Magistratura la Constitución persigue como principal objetivo fortalecer la independencia judicial. Para ello, se ha buscado reducir la gravitación político-partidaria en la designación de los jueces, previendo una integración equilibrada respecto al poder que ostentan, por un lado, el sector político y, por el otro, el estamento técnico. Esto es, que los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular no puedan ejercer acciones hegemónicas o predominar por sobre los representantes de los jueces, de los abogados y de los académicos o científicos, ni viceversa.

29) Que corresponde examinar ahora si el legislador, al sancionar la ley 26.855, respetó lo previsto en el artículo 114 en lo que respecta a la composi-

ción y procedimiento de elección de los miembros del Consejo de la Magistratura.

Por las razones que a continuación se explicarán, la ley resulta inconstitucional en cuanto: a) rompe el equilibrio al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resulte directa o indirectamente emergente del sistema político-partidario, b) desconoce el principio de representación de los estamentos técnicos al establecer la elección directa de jueces, abogados, académicos y científicos, c) compromete la independencia judicial al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria, y d) vulnera el ejercicio de los derechos de los ciudadanos al distorsionar el proceso electoral.

30) Que del sistema de selección de los miembros del Consejo de la Magistratura adoptado por esta ley se sigue indefectiblemente que, con la modificación que ella introduce, doce (12) de los diecinueve (19) integrantes serán elegidos en forma directa por sufragio universal y los siete (7) restantes en forma indirecta por los órganos resultantes de la elección popular. De este modo, ya sea directa o indirectamente, la totalidad de los integrantes del Consejo tendría un origen político-partidario.

Es claro, entonces, que esta modificación importa un evidente apartamiento de lo dispuesto en el artículo 114 de la Constitución Nacional que, ya se ha dicho, buscó asegurar una composición equilibrada entre los integrantes del Consejo, de modo tal que no tuvieran primacía los representantes provenientes del sistema de naturaleza exclusivamente político-partidario respecto de los representantes del Poder Judicial, del ámbito profesional y del académico.

31) Que, además, la convocatoria a elecciones nacionales para elegir a los abogados y jueces que integrarán el Consejo de la Magistratura desconoce las reglas de representación que establece el artículo 114 de la Constitución Nacional.

En efecto, en el texto constitucional no se dispone que el Consejo se integre con jueces y abogados sino con los representantes del estamento de los jueces de todas las instancias y del estamento de los abogados de la matrícula federal. Es decir que el constituyente decidió que quienes ocupen un lugar en este órgano lo hagan en representación de los integrantes de esos estamentos técnicos.

En consecuencia, no es la sola condición de juez o abogado lo que los hace representantes, sino su elección por los miembros de esos estamentos, pues para ejercer una representación sectorial se requiere necesariamente un mandato, que solo puede ser otorgado por los integrantes del sector.

De manera que la particular ingeniería diagramada por el constituyente se vería burlada en el caso de que los consejeros por los estamentos señalados emergieran de una elección general, pues dejarían de ser representantes del sector para transformarse en representantes del electorado.

32) Que con relación a los científicos y académicos, cabe reiterar que participen con los demás estamentos del mandato de representación equilibrada y que, aunque la Constitución Nacional les ha dado participación en estos términos en el Consejo, no les ha asignado un rol central. Es por ello que resulta incuestionable que la ley sobredimensiona la representación de este sector al elevar a seis el número de sus integrantes (el doble que el fijado para los representantes de los diputados, senadores, jueces y abogados) y al mismo tiempo la distorsiona al establecer su elección por medio del sufragio universal y no por los integrantes de dicho sector.

De tal modo, la norma reescribe indebidamente el artículo 114 de la Constitución, otorgándole una preeminencia a un estamento que tuvo en su origen constitucional un rol complementario o secundario y termina asumiendo un papel preponderante en el funcionamiento del cuerpo.

33) Que, por otra parte, esta ley en su artículo 4° prevé la participación de los jueces en procesos electorales como candidatos al Consejo nominados por los partidos políticos.

De acuerdo a sus términos, el magistrado que aspira a ser miembro del Consejo en representación de los jueces debe desarrollar actividades político-partidarias, llevar a cabo una campaña electoral nacional con el financiamiento que ello implica, proponer a la ciudadanía una determinada plataforma política y procurar una cantidad de votos que le asegure ingresar al Consejo de la Magistratura.

Esta previsión desconoce las garantías que aseguran la independencia del Poder Judicial frente a los intereses del Poder Ejecutivo, del Congreso o de otros factores de poder, en la medida en que obliga al juez que aspira a ser consejero a optar por un partido político.

En la práctica, la ley contraría la imparcialidad del juez frente a las partes del proceso y a la ciudadanía toda, pues le exige identificarse con un partido político mientras cumple la función de administrar justicia. Desaparece así la idea de neutralidad judicial frente a los poderes políticos y fácticos.

34) Que el modelo adoptado no registra antecedentes que lo avalen en el derecho público provincial, ya que, en todos los casos de representaciones de estamentos de jueces y abogados, la elección es horizontal. Solo en dos provincias, Chubut y Santa Cruz, hay miembros que resultan directamente elegidos por el pueblo, pero en ambas esa disposición tiene jerarquía constitucional. En esos supuestos se mantiene la representación por estamentos. La regla única, sin fisuras, es la horizontalidad en la designación de los representantes de los estamentos de jueces y abogados, sea por elección o por sorteo.

El fundamento de esta regla es que una elección de los consejeros vinculada a las elecciones generales produciría grandes oscilaciones políticas en las composiciones. Es previsible que, luego de un tiempo de aplicación, los jueces vayan adoptando posiciones vinculadas a los partidos que los van a elegir, y luego promover o no en sus carreras, afectándose así su imparcialidad. De tal modo, quienes sostienen una solución de este tipo cuando están en situación de poderío, la criticarán cuando estén en posiciones de debilidad. Las reglas constitucionales deben ser lo suficientemente equilibradas para que sean aceptadas por todos, poderosos o débiles.

Tampoco hay antecedentes en el derecho comparado latinoamericano. En Bolivia, único país en que fue tomada la elección popular, esa decisión se tomó por vía de una reforma constitucional, modificando el régimen que había sido instituido apenas dos años antes en la Constitución Política del Estado de Bolivia.

35) Que por las razones hasta aquí explicadas, el artículo 2° la ley 26.855 es inconstitucional en cuanto prevé la elección mediante el sufragio universal de los representantes de los jueces, de los abogados, y de los científicos y académicos, sobredimensiona la participación de estos últimos y afecta la independencia de los jueces.

36) Que sin perjuicio de lo expuesto, esta Corte no puede dejar de señalar que el sistema electoral fijado en los artículos 4° y 18 de la ley 26.855 para ele-

gir a los consejeros resulta de todos modos constitucionalmente inadmisibles al establecer, con el pretexto de ordenar el proceso electoral, mecanismos que distorsionan el principio de transparencia e igualdad en la oferta de candidatos (artículo 37 de la Constitución Nacional).

37) Que, en primer lugar, establece diversos obstáculos a la posibilidad de constituir agrupaciones políticas. En efecto, el artículo 4° dispone que “no podrán constituirse agrupaciones políticas al único efecto de postular candidaturas al Consejo de la Magistratura”. En este punto, el legislador ha establecido una barrera electoral irrazonable y discriminatoria, que cercena un derecho humano de importancia fundamental como lo es el de asociarse políticamente. La ley no fija una simple limitación al derecho a ser elegido para cubrir ciertos cargos públicos del que gozan todos los ciudadanos, sino que lisa y llanamente les veda a éstos la posibilidad de organizarse y formar un partido político que persiga como único objetivo aspirar a la categoría de consejero de la magistratura. Los ciudadanos pueden constituir partidos políticos y aspirar únicamente al cargo de Presidente de la Nación, o de Senador Nacional, o de Diputado Nacional, mas no pueden hacerlo si su única finalidad es competir por lugares en el Consejo de la Magistratura.

38) Que tampoco es razonable restringir la posibilidad de presentar candidatos al Consejo de la Magistratura solo a las agrupaciones políticas nacionales que postulen fórmulas de precandidatos presidenciales. Tal criterio restringe sin motivo la participación en la contienda electoral y reduce las opciones de los electores.

39) Que no se observa que existan razones de representatividad, de organización electoral, de preservación de ese proceso, de fortalecimiento del sistema democrático o de cualquier otra índole (vgr. las que motivaron la decisión de esta Corte en Fallos: 332:433) que puedan justificar la decisión de limitar a las agrupaciones políticas. Restricciones de este tipo no pueden fortalecer en forma alguna la democracia, ni contribuir al pluralismo político, ya que limitan sin justificación el régimen plural de partidos y la organización de agrupaciones políticas para una categoría determinada.

40) Que también resulta irrazonable el requisito previsto en el artículo 18 para adherir la boleta de consejeros a la de legisladores nacionales en cada

distrito, en la medida que requiere que en al menos 18 de los 24 distritos la mencionada adhesión se realice exclusivamente con agrupaciones de idéntica denominación.

El Estado no puede implementar un sistema electoral que coloque en mejor condición a una o unas pocas agrupaciones políticas por sobre el resto. Dentro del proceso electoral, el rol del Estado es decisivo en la regulación de los medios instrumentales previstos para canalizar la oferta electoral. En consecuencia, es dable esperar que las normas que regulan el diseño de la boleta electoral fortalezcan la calidad y transparencia de tal proceso y eviten influenciar o confundir al votante generando interferencias en el ejercicio de su derecho de seleccionar a las autoridades.

La exigencia contenida en el artículo 18, lejos de proteger la integridad, transparencia y eficiencia del proceso electoral, establece una barrera para la adhesión de boletas que, por no responder a criterios objetivos y razonables, distorsiona las condiciones de la competencia política y tergiversa la expresión de la voluntad popular.

41) Que por todo lo expuesto, corresponde declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2°, 4°, 18 y 30 de la ley 26.855 y, por consiguiente, del decreto 577/2013 en cuanto convoca a las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias para la elección de candidatos a consejeros para el Consejo de la Magistratura.

Asimismo, atento a lo establecido por el artículo 29 de la citada ley y a la decisión que aquí se adopta, no entrará en vigencia la modificación dispuesta en el artículo 6°, inciso 15, que requiere una mayoría absoluta del total de los miembros para decidir la apertura del procedimiento de remoción de jueces titulares, subrogantes y jubilados convocados de acuerdo al artículo 16 de la ley 24.018, formular la acusación ante el jurado de enjuiciamiento y ordenar la suspensión de magistrados. Idénticas consecuencias se proyectan sobre las demás modificaciones que la ley 26.855 introduce con relación al quórum previsto en el artículo 7°, al régimen de mayorías y a la composición de las comisiones del Consejo de la Magistratura.

42) Que, finalmente, esta resolución no puede desatender las graves consecuencias que, de modo inmediato, derivarán de ella. Esta circunstancia exige

que el Tribunal, en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar el caos institucional o la eventual paralización de la administración de justicia, determine claramente los efectos de su pronunciamiento. En este sentido, corresponde aclarar que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables en el considerando precedente, mantendrá su vigencia el régimen anterior previsto en las leyes 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080.

43) Que más allá de las cuestiones abordadas y decididas por esta Corte en los considerandos que anteceden con particular referencia a los planteos constitucionales formulados en esta causa, cabe subrayar que el proceso electoral había sido suspendido –en la categoría de candidatos a miembros del Consejo de la Magistratura– como consecuencia de otras resoluciones dictadas por jueces federales de distintas jurisdicciones territoriales que han sido puestas en conocimiento de las autoridades competentes.

Por ello, oída la señora Procuradora General de la Nación, se rechaza el recurso extraordinario por salto de instancia y se resuelve:

I. Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855, y del decreto 577/2013.

II. Declarar la inaplicabilidad de las modificaciones introducidas por la ley 26.855 con relación al quórum previsto en el artículo 7º, al régimen de mayorías y a la composición de las comisiones del Consejo de la Magistratura, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de dicha ley.

III. Disponer que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables, mantendrá su vigencia el régimen anterior previsto en las leyes 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080.

IV. Dejar sin efecto la convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros de la magistratura representantes de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico establecida en los artículos 18 y 30 de la ley 26.855 y en los artículos 1º, 2º, 3º y concordantes del decreto 577/2013.

V. Aclarar que lo resuelto no implica afectación alguna del proceso electoral para los cargos de diputados y senadores nacionales establecido en el decreto 501/2013.

VI. Imponer las costas a la recurrente (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Notifíquese. - Ricardo Luis Lorenzetti. - Elena I. Highton de Nolasco. - Carlos S. Fayt. - Enrique S. Petracchi (según su voto) - E. Raúl Zaffaroni. - Carmen M. Argibay (por su voto) - Juan Carlos Maqueda.

1.2. Resumen del voto en disidencia del juez Zaffaroni

[...]

3º) La cuestión constitucional planteada respecto de la ley 26.855, se centra en dos aspectos: la elección popular y el incremento de los escaños correspondientes a los académicos y científicos, que la sentencia que llega a la Corte considera violatorios de las disposiciones del artículo 114 de la Constitución Nacional. Se impone, pues, comenzar por esclarecer el contenido de esa disposición constitucional, introducida en la reforma de 1994.

4º) La citada reforma constitucional se caracterizó por perfilar instituciones sin acabar su estructura. En ocasiones se tiene la impresión de que simplemente marcó trazos gruesos, que se limitaron a esbozar órganos y competencias, muy lejos de la precisión necesaria para delinear una ingeniería institucional. Esta característica puede observarse con claridad, entre otros casos, con respecto a la regulación de los decretos de necesidad y urgencia, a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y también en lo que hace al Consejo de la Magistratura.

En alguna medida pareciera ser resultado del afán de hallar fórmulas de compromiso, práctica bastante común en el ámbito legislativo, aunque también ha pesado la premura con que se trabajaron los temas en la Asamblea, una vez obtenido el principal objetivo político de su momento histórico.

En todos los casos –y en el del Consejo de la Magistratura en particular– se argumentó que una mayor precisión constitucional padecería de un supuesto defecto de reglamentarismo, discurso en que se confundía lo que hubiese debido ser una cuidadosa estructuración constitucional con la reglamentación legal. De este modo, la reforma se apartó de la tradición constitucional argentina, puesta de manifiesto en la forma precisa, clara y meticulosa, con que el texto original de 1853 estructura las atribuciones y las Cámaras del Poder Legislativo.

Esta característica se tradujo –como se observó en su momento por alguna minoría– en una transferencia de poder constituyente al poder constituido, dado que el defecto de estructuración, en todos los casos citados y en otros más, debió salvarse mediante leyes del Congreso de la Nación, dificultosamente sancionadas e incluso alguna de casi imposible sanción.

En el propio seno de la Asamblea de Santa Fe se advirtió reiteradamente el riesgo que se corría con esta novedosa modalidad constitucional, puesto que es inevitable que la política coyuntural ocupe los huecos estructurales que deja abiertos el texto constitucional, con las soluciones que le dicte la circunstancia de poder de cada momento, no por corrupción y ni siquiera por razones contrarias a la ética, sino por la simple dinámica esencialmente competitiva de la actividad política, que irremisiblemente mueve a ocupar todos los espacios de poder que se le ofrecen en cada ocasión.

5°) En la reforma constitucional de 1994 se introdujo la institución del Consejo de la Magistratura, asignándole la función de administración del Poder Judicial. Se corrió el gravísimo riesgo de introducir una institución novedosa sin estructurarla. Se argumentó de modo exactamente contrario al indicado por el buen sentido, afirmando que precisamente la novedad aconsejaba dejarla a medio hacer, para que la ley infraconstitucional la fuese definiendo conforme a lo que indicase la experiencia, cuando en realidad era previsible que ésta la terminase de estructurar conforme a los espacios del juego de poder de cada coyuntura política, lo que hacía previsible un futuro incierto y complicado.

6°) De ese modo, el texto constitucional delegó la tarea de finalizar la estructuración del Consejo de la Magistratura en una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En esta línea, tampoco se definió su integración, pues el texto incorporado se limita a indicar los estamentos que deben estar representados, sin señalar número ni proporciones, dado que solo impone que se procure el equilibrio.

Es claro que equilibrio no es sinónimo de igualdad y ni siquiera procurar es lo mismo que deber. Deber procurar significa que se debe hacer un esfuerzo en pos del equilibrio, pero nada más. Si bien suponemos que por razones de supuesta elegancia se ahorró el gerundio, con esa fórmula

solo se exige un esfuerzo por parte del legislador ordinario, lo que éste hará en mayor o en menor medida, según los intereses coyunturales en pugna, conforme a la experiencia generalizada de la ya mencionada dinámica competitiva de la política.

7º) En el seno de la asamblea reformadora se presentaron proyectos por las minorías que proponían fórmulas más acabadas y una estructuración razonable, conforme a los modelos del derecho constitucional comparado, en particular el de la Constitución de la República Italiana. No obstante, la mayoría optó por el texto vigente, con alguna modificación casi de detalle, pero sin admitir ninguna precisión.

Los defectos de estructuración se advirtieron en el propio seno de la asamblea reformadora, tanto en la discusión en comisión como en el pleno y, por desgracia, sus consecuencias se verificaron ampliamente con el correr de los años.

En efecto: una institución novedosa, tomada del derecho constitucional comparado, pero separándose de sus modelos originales en forma híbrida y con defectuosa estructuración, dio lugar a que en menos de veinte años fuese objeto de tres reformas regulatorias dispares y profundas.

A esto se suma que, en los últimos años, su deterioro funcional llegó hasta el límite de la paralización, como bien lo señala el dictamen de la señora Procuradora General, con las consecuentes dificultades de orden institucional, en particular la imposibilidad de designación de jueces para cubrir las numerosas vacantes que se han ido produciendo y que hacen que una buena parte de la magistratura federal se halle a cargo de jueces subrogantes.

8º) En la Asamblea Reformadora se insistió en forma especial en la necesidad de consagrar en el texto la forma de elección de los representantes de los diferentes estamentos.

Los convencionales constituyentes tuvieron en sus manos proyectos que precisaban la forma de elección, pero prefirieron omitir tales precisiones, afirmando que el texto era suficientemente claro. Incluso hubo legisladores del propio sector mayoritario de la Asamblea que propusieron en Comisión que se lo consagrara, pero en definitiva el texto no lo hizo, pese a que en el debate y también en alguna obra escrita sobre el tema en la época se recordaron los antecedentes extranjeros que habían distorsionado la institución.

Entre éstos sobresalía el caso español con la famosa enmienda Bandrés de 1985, que aprovechando la delegación legislativa del constituyente español (artículo 122 de la Constitución), asignó al Parlamento la nominación de los consejeros jueces, separándose del modelo de la Constitución de la República Italiana, que fue la principal fuente de inspiración en el derecho comparado –incluso española– a partir de la posguerra.

9º) El texto vigente prescribe la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Con esta redacción dejó abierta la integración con representación del Poder Ejecutivo. También deja abierta la posibilidad de que la elección de los representantes de los jueces pueda tener lugar por instancias, o sea, respetando la estructura corporativa vertical, con menor representación de los más numerosos y jóvenes, que son los de primera instancia.

Pero más aún, sigue el propio texto estableciendo displicentemente que será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y forma que indique la ley. Es decir, que la ley puede incorporar a otros miembros del Consejo, en forma y número discrecional, respecto de los cuales –y dado que lo dispone después de un punto– puede entenderse que ni siquiera rige la obligación de esforzarse por el equilibrio y, por supuesto, tampoco marca ningún criterio para su número y elección.

10) Como era de esperar y, tal como lo advirtió alguna minoría en el momento de la sanción en 1994, la tercera reforma que sufre legislativamente esta institución, ante el silencio de la Constitución acerca de la forma de elección de los representantes de jueces y abogados, siguiendo en parte el ejemplo de la enmienda Bandrés española, decide que éstos no sean electos por sus pares, aunque, a diferencia del mal ejemplo español, convoca a la ciudadanía para su elección popular directa.

La enmienda Bandrés fue criticada al tiempo de la reforma en algún libro que circuló entre los diputados y fue citada en la Asamblea Reformadora en varias ocasiones, como ejemplo entonces más reciente de un peligroso antecedente que era menester tomar en cuenta para estructurar la institución en la fórmula constitucional, pues tuvo como resultado que a partir de ella los dos grandes partidos españoles se repartiesen la nominación de los jueces consejeros.

La citada enmienda Bandrés –de la que el propio diputado Bandrés parece haberse arrepentido varios años después– tuvo el efecto de convertir parcialmente al Consejo español en una casi comisión del Congreso, en algunos casos incluso con dificultades para obtener los acuerdos que hicieran mayoría, obstaculizando su integración. La solución legislativa de la tercera reforma que sufre la integración del Consejo argentino, al menos, otorga esa atribución directamente a la ciudadanía.

11) Es claro que la ley sancionada por el Congreso Nacional no se filtra por los resquicios del texto, sino que penetra por las enormes brechas que éste dejó abiertas a la ley infraconstitucional.

Esto plantea un serio problema de conciencia y de autocontrol en el ejercicio de la jurisdicción constitucional. No es ahora el momento de remendar una oportunidad perdida, o sea, la de abrir juicio acerca de la mejor integración y regulación del Consejo de la Magistratura, sino la de determinar si las disposiciones de la ley son constitucionales.

Si bien en todos los casos el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes debe ser ejercido con la máxima prudencia –tal como lo ha señalado esta Corte en múltiples oportunidades–, en el presente caso debe extremarse el cuidado en razón de que es muy fácil el desplazamiento que lleve a confundir las propias convicciones con lo que prescribe la Constitución. En esta oportunidad, quizá más que en muchas otras, debe tenerse muy presente que la declaración de inconstitucionalidad solo procede cuando ésta sea manifiesta y no ante cualquier duda.

La ley en cuestión toca directamente a la estructura judicial, sobre la cual –como es natural–, cada magistrado tiene sus propias ideas, sin duda todas respetables pero seguramente muy dispares: es posible que haya casi tantos modelos de estructuración del Consejo de la Magistratura como magistrados.

En algunos casos esas opiniones han sido vertidas públicamente –e incluso en el seno de la propia Asamblea de Santa Fe– y son claramente dispares del criterio adoptado por la ley en cuestión.

Por consiguiente, el caso exige un extremo esfuerzo de prudencia para separar con meticuloso cuidado la opinión o convicción personal acerca de la composición y elección del Consejo de la Magistratura, de la pregunta acerca

de la constitucionalidad de la ley en cuestión. De lo contrario, se excederían los límites del poder de control de constitucionalidad, para pasar a decidir en el campo que el texto dejó abierto a la decisión legislativa, solo por ser ésta contraria a las propias convicciones acerca de la integración y elección de los miembros del Consejo.

No se trata de una tarea sencilla, pues –como se dijo– existen íntimas y profundas convicciones al respecto en cada magistrado. Quizá sea uno de los casos más difíciles de decidir, justamente por esta razón, lo que demanda un esfuerzo extraordinario, no ya para evitar la tentación de hacer valer las propias convicciones –lo que ningún magistrado responsable haría– sino para lograr que estas convicciones no jueguen desde el inconsciente en la decisión que se adopte, por vía de un mecanismo de racionalización.

12) Por desgracia –y a veces por suerte–, como en alguna ocasión dijo Radbruch, la ley es como un navío que el legislador despide desde el muelle y al que ya no puede controlar, navega solo, con las virtudes y defectos del texto. Y el artículo 114 de la Constitución Nacional navega solo, con sus enormes carencias estructurales, con su delegación de poder constituyente en el legislador ordinario y con su parquedad, sus oscuridades y su hibridez.

Nada importan en esta hora las advertencias de los constituyentes de la minoría a los que la mayoría no escuchó con la debida atención en, su momento; como tampoco importa mucho lo que dijeron los de la mayoría, porque no lo escribieron en el texto sancionado.

Todos quedamos en el muelle, podemos recriminarnos y hasta llorar, pero a lo largo de dos décadas el texto y la institución fueron navegando con múltiples accidentes, chocando con escollos y arrecifes y casi naufragando, hasta el punto de la parálisis que obliga a una reestructuración urgente, pues de lo contrario se acrecentarán las dificultades institucionales que el marasmo en que ha caído la institución ya viene produciendo.

13) No es cuestión de invocar la voluntad del constituyente, como siempre que se apela a la famosa voluntad del legislador.

Si se trata de la voluntad del legislador histórico, real, en el caso se trató de una Asamblea que después de obtener su principal propósito político coyuntural trabajó con premura y displicencia para concluir su tarea, hasta el punto

de perder un inciso en el momento de su culminación, sin que faltase tampoco la producción artificial de un escandaloso tumulto para interrumpirla durante el debate sobre la incorporación del inciso 22 del artículo 75.

Si, por el contrario, se apela a la imagen de un legislador imaginario, abstracto, nos acercamos demasiado a la invocación del espíritu, que no suele ser más que el cabo con que los del muelle intentan vanamente alcanzar a la nave.

Los datos históricos parlamentarios y de proyectistas pueden reforzarlos argumentos acerca del sentido de un texto, pero ningún espíritu puede limitarlo más allá de su propia resistencia semántica. No vale invocar en vano a Montesquieu, olvidando que fue el primer gran sociólogo del derecho.

14) Interpretar la representación en el puro sentido del contrato de mandato del derecho privado es una tentativa de salvar lo que el texto no ha salvado. El argumento contrario corre con la ventaja de que la representación estamentaria en la Constitución Nacional es una excepción, en tanto que la regla republicana es la representación popular. Abunda a este respecto el dictamen de la señora Procuradora General y, por cierto, cualquiera sea la opinión personal acerca de la elección de los consejeros, cabe reconocer que el argumento es jurídicamente fuerte.

El juego entre una interpretación traída del derecho privado y que acota el espacio del legislador como representante del pueblo soberano, y el primer principio básico del derecho público en que éste se afirma, hace que, por lo menos, no se pueda sostener con éxito la existencia de una inconstitucionalidad manifiesta, como lo sería si la ley –al igual que la enmienda española de 1985– asignase la nominación al Congreso de la Nación.

Nada inhibe a cada magistrado de su incuestionable derecho democrático a disentir con el modelo de elección establecido por la ley y a postular otro diferente, pero ese debate necesario ante la parálisis de una institución indispensable para el funcionamiento del Poder Judicial de la Nación, no tiene nada que ver con una inconstitucionalidad manifiesta.

Es perfectamente posible que la elección por listas y por partidos políticos genere dificultades, pero también las ha generado la elección estamentaria, cuyas consecuencias están a la vista.

Puede ser que esta nueva estructura esté condenada al fracaso, pero más allá de las convicciones personales –que no son del caso expresar, aunque pueden rastrearse en los antecedentes de la propia Asamblea Reformadora y en publicaciones de la época–, considerando el texto tal como fue incluido en la Constitución, no se le puede negar al legislador el espacio para ensayar una estructura diferente ante una crisis, apelando para ello a una interpretación limitadora procedente del derecho privado. Es factible incluso que se trate de un nuevo error político, pero no todo error político es una inconstitucionalidad manifiesta.

15) En lo que hace a la medición del esfuerzo por lograr el equilibrio que prescribe la Constitución, lo cierto es que el aumento de número de los consejeros académicos y científicos tampoco es claro que lo destruye, pues aun imaginando que actuasen en forma de bloque, no dominarían el Consejo. La presunción de eventuales alianzas internas no pasa de ser una posibilidad, que de darse serió en el peor de los casos pareja a las coyunturas de la actual estructura, que prácticamente han paralizado sus principales actividades.

Al igual que respecto de la forma de elección y en previsión de hipotéticas alianzas de sectores, no puede afirmarse a este respecto que se ha violado el nebuloso mandato de procurar el equilibrio. Es posible que sea deseable un esfuerzo mayor, pero la medida de éste es un juicio de valor propio del campo de la política, cuya dinámica es siempre muy poco previsible.

16) En cuanto a la independencia de los consejeros y su reflejo sobre la independencia judicial, devenida de la necesidad de que los candidatos sean postulados por los partidos políticos, cabe observar que el concepto de independencia es doble: la hay externa, pero también interna, dependiendo la última de que el poder disciplinario, en materia de responsabilidad política y de presión interna del Poder Judicial, no sea ejercido por los órganos de mayor instancia, que es la esencia del concepto de corporación o verticalización. Esta independencia es la que en el derecho constitucional comparado trata de garantizarse mediante un órgano separado, que sería el Consejo de la Magistratura.

En cuanto a la independencia externa, o sea, de los partidos políticos y de los poderes fácticos, que es la que se cuestiona en la causa solo respecto de los

partidos, no es posible obviar que es inevitable que cada persona tenga una cosmovisión que la acerque o la aleje de una u otra de las corrientes de pensamiento que en cada coyuntura disputan poder. No se concibe una persona sin ideología, sin una visión del mundo.

En realidad, cuando se piensa en el modelo original del derecho constitucional comparado, especialmente el italiano –que ha sido el más exitoso–, se espera que los jueces elegidos por ellos mismos configuren grupos –se ha hablado de partidos de jueces–, según su ideología, aunque al margen de las estructuras partidarias, pero, no obstante, sería inevitable la vinculación con éstas.

No hay forma de evitar esta identificación, como no sea pretender que existe lo que es inconcebible, o sea, personas sin ideología. Esto se ha puesto claramente de manifiesto en el curso de los años en que ha funcionado, con una u otra estructura, el Consejo de la Magistratura apenas delineado por el artículo 114 de la Constitución Nacional.

En definitiva, se trata de un problema humano insuperable: estamos lanzados al mundo con significados y dentro de ellos elegimos existencialmente.

La independencia externa del Poder Judicial nunca se ha sostenido que sea afectada porque los jueces sean nombrados y removidos por órganos de los otros poderes, integrados conforme a partidos políticos. El juez –y en este caso el consejero– una vez designado es independiente de todo partido y no está sujeto a sus órdenes ni mandatos. Si alguno se somete a esta condición, esto no será resultado de la elección, sino de su propia falla ética, al igual que sucede con los jueces, si acaso alguno se considera vinculado o sometido a la fuerza política que incidió en su nombramiento. Nada hay de vergonzante en que un juez exprese sus preferencias; más aún, esto evita que pueda oscilar sin sanción pública, siendo una condición de la exigencia de mínima coherencia y de prevención de conductas erráticas.

Dado que nadie existe sin ideología, cabe concluir que la única garantía de imparcialidad humanamente exigible es el pluralismo ideológico interno, donde cada uno sepa cómo piensa el otro y le exija coherencia en cada caso, para lo cual es menester que nadie oculte lo que piensa.

No cabe duda que todo funcionario, del poder que sea, pero más del Ju-

dicial, habrá de recibir sugerencias de cualquier índole y con mayor o menor intensidad. Esto es inevitable en cualquier estructura, pero es propio del profesionalismo de los magistrados poder decidir conforme a su conciencia y a su saber. En este sentido, puede considerarse que hasta el momento ha sido ejemplar la conducta de la amplia mayoría de la magistratura argentina, y no cabe pensar que esta conducta tradicional se altere en el futuro.

En cuanto a las contradicciones con otra legislación vigente, no cabe considerarla tal, pues se trata de leyes de igual jerarquía normativa y, por ende, una sana interpretación permite que se consideren derogadas o excepcionadas las disposiciones incompatibles.

17) Por último –y al margen del tema central tratado–, se hace necesario poner de manifiesto que con independencia de lo decidido por esta Corte en esta causa respecto de los presentes planteos de inconstitucionalidad, el proceso electoral en cuanto a la categoría de candidatos a miembros del Consejo de la Magistratura, se encuentra suspendido por efecto de otras decisiones judiciales federales de distinta competencia, que han sido puestas en conocimiento de las autoridades. Por consiguiente, el tribunal decide en esta causa por imperio de ley, pero cabe advertir que en virtud de disposiciones procesales y de la elección de las vías de impugnación y que a la fecha no han llegado a conocimiento de esta Corte, se produce una extraña circunstancia que lleva a resolver una cuestión que bien podría considerarse como materialmente abstracta.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora General en cuanto al fondo de la cuestión planteada, se hace lugar al recurso extraordinario por salto de instancia presentado por el Estado Nacional y se resuelve revocar la sentencia apelada. - E. Raúl Zaffaroni.

1.3. Guía para la lectura y el análisis del caso “Rizzo”

A partir de la lectura y el análisis del fallo “**Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar s/ acción de amparo**” (CSJN, 18/06/2013), del artículo 114 de la Constitución Nacional y de las Leyes N° 26080 y N° 26855 (en particular los artículos 2, 4, 18 y 30, que se transcriben al final de la guía), y de la bibliografía complementaria que estime corresponder, resuelva las siguientes consignas:

- a) Relate, **con sus palabras**, los hechos más relevantes del caso, en no más de 10 (diez) renglones.
- b) ¿Qué legitimación invoca la parte actora en este caso? ¿Cuál era su pretensión? ¿Cuáles son los fundamentos de su pretensión? ¿Qué resuelve la CSJN en relación al planteo de falta de legitimación activa opuesto por el Estado? (Considerando 4°). ¿Está de acuerdo? Relea la doctrina en materia de legitimación establecida en el caso “Halabi” y haga una valoración crítica de la legitimación invocada en este caso, teniendo en cuenta los efectos de la sentencia. En su opinión, ¿la legitimación debió haber sido más restrictiva o más amplia? ¿Por qué?
- c) Indique la vía de acceso a la Corte Suprema y los argumentos por los cuales el Tribunal declara admisible el recurso. (Considerandos 3° a 5°).
- d) ¿Qué tipo de legitimidad tienen los tres departamentos en los que está dividido el poder? (Considerando 6°).
- e) ¿Qué consideraciones realiza la mayoría de la Corte sobre la supremacía constitucional, el reconocimiento de los derechos, y la doctrina de la omnipotencia legislativa? (Considerandos 7° a 12°). En su opinión, ¿es completa la descripción realizada por la CSJN? ¿Considera la “brecha interpretativa” que existe en el ejercicio de la jurisdicción constitucional?
- f) Compare estas consideraciones de la mayoría de la CSJN con la opinión del juez Zaffaroni. ¿En qué se diferencian? ¿Por qué cree Zaffaroni que en casos como este se plantea un serio problema de conciencia y de autocontrol en el ejercicio de la jurisdicción constitucional y solo cabe declarar una inconstitucionalidad cuando es manifiesta? (Considerando 11° del voto en disidencia). ¿Esta postura es contraria al principio de supremacía constitucional invocado por la mayoría?
- g) ¿Cuál es el análisis que hace la Corte del artículo 114 de la Constitución Nacional en lo que respecta a la integración del Consejo (ver aquí la noción de “equilibrio”)? ¿En qué teorías interpretativas se sustenta la Corte para desplegar sus argumentos? (Considerandos 18° a 25° y 29° a 32°).
- h) En opinión del juez Zaffaroni, ¿la Constitución estipula un diseño acabado del Consejo de la Magistratura? ¿Qué órgano está encargado de

- finalizar su estructuración? (Considerandos 4° a 6° del voto en disidencia). ¿La Constitución brinda alguna pauta estricta sobre la composición del Consejo? (Considerando 9° del voto en disidencia).
- i) ¿Qué opinión tiene la mayoría de la Corte sobre la elección por sufragio de los integrantes del Consejo? ¿De acuerdo con la Corte, puede el Congreso establecer la elección popular de órganos estatales si ello no está previsto en la Constitución? (Considerandos 26° a 28°). ¿Por qué?
 - j) En opinión del juez Zaffaroni, ¿cómo debe pensarse la independencia de los consejeros? (Considerando 16° del voto en disidencia).
 - k) Según la mayoría de la Corte, ¿qué reglas de representación dispone el art. 114 respecto de los jueces y abogados? (Considerando 31°). ¿Cómo analiza la Corte la participación de los jueces en la política partidaria? (Considerando 33°).
 - l) ¿Cuáles son las razones por las cuales la Corte declara inconstitucional las reglas de presentación de candidatos al Consejo previstas en los arts. 4 y 18 de la Ley N° 26855? (Considerandos 36° a 40°).
 - m) Según la disidencia del juez Zaffaroni, ¿la elección popular de los consejeros representa una “inconstitucionalidad manifiesta”? (Considerando 14° del voto en disidencia). En opinión de Zaffaroni, ¿la integración que propone la Ley N° 26855, destruye el equilibrio del que habla la Constitución? (Considerando 15° del voto en disidencia).
 - n) Lea atentamente el Considerando 42° del voto de la mayoría de la CSJN. ¿Cuáles son los efectos de la sentencia? ¿Tienen los jueces la potestad de derogar normas con carácter general y/o restablecer la vigencia de normas derogadas? En su opinión, ¿se condice la legitimación aceptada en este caso con los efectos de la sentencia? Haga una valoración crítica.
 - o) En su opinión, ¿la Ley N° 26855 contribuía a la “democratización de la justicia”, “avasallaba la división de poderes”, o ninguna de las dos cosas? Fundamente su respuesta.

1.4. Artículos 2, 4, 18 y 30 de la Ley N° 26855

- **Artículo 2° - Sustitúyese el artículo 2° de la ley 24.937 (t. o. 1999) y sus modificatorias, por el siguiente:**

- Artículo 2°.- Composición. El Consejo estará integrado por diecinueve (19) miembros, de acuerdo con la siguiente composición:

1. Tres (3) jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Corresponderán dos (2) representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno (1) a la que resulte en segundo lugar.
2. Tres (3) representantes de los abogados de la matrícula federal, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Corresponderán dos (2) representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno (1) a la que resulte en segundo lugar.
3. Seis (6) representantes de los ámbitos académico o científico, de amplia y reconocida trayectoria en alguna de las disciplinas universitarias reconocidas oficialmente, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Corresponderán cuatro (4) representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y dos (2) a la que resulte en segundo lugar.
4. Seis (6) legisladores. A tal efecto, los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres (3) legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos (2) a la mayoría y uno (1) a la primera minoría.
5. Un (1) representante del Poder Ejecutivo.

Los miembros del Consejo prestarán juramento en el acto de su incorporación de desempeñar debidamente el cargo por ante el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por cada miembro titular se elegirá un suplente, mediante igual procedimiento, para reemplazarlo en caso de renuncia, remoción o fallecimiento.

- **Artículo 4° - Incorpórase como artículo 3° bis de la ley 24.937 (t. o. 1999) y sus modificatorias, el siguiente:**

Artículo 3° bis.- Procedimiento. Para elegir a los consejeros de la magistratura representantes del ámbito académico y científico, de los jue-

ces y de los abogados de la matrícula federal, las elecciones se realizarán en forma conjunta y simultánea con las elecciones nacionales en las cuales se elija presidente. La elección será por una lista de precandidatos postulados por agrupaciones políticas nacionales que postulen fórmulas de precandidatos presidenciales, mediante elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias. No podrán constituirse agrupaciones políticas al único efecto de postular candidaturas al Consejo de la Magistratura. No podrán oficializarse candidaturas a más de un cargo y por más de una agrupación política.

Las precandidaturas y, en su caso, candidaturas, a consejeros de la magistratura integrarán una única lista con cuatro (4) representantes titulares y dos (2) suplentes de los académicos, dos (2) representantes titulares y un (1) suplente de los jueces y dos (2) representantes titulares y un (1) suplente de los abogados de la matrícula federal. La lista conformará un cuerpo de boleta que irá adherida a la derecha de las candidaturas legislativas de la agrupación por la que son postulados, que a este efecto manifestará la voluntad de adhesión a través de la autorización expresa del apoderado nacional ante el juzgado federal electoral de la Capital Federal. Tanto el registro de candidatos como el pedido de oficialización de listas de candidatos a consejeros del Consejo de la Magistratura se realizará ante esa misma sede judicial.

Se aplicarán para la elección de integrantes del Consejo de la Magistratura, del ámbito académico y científico, de los jueces y de los abogados de la matrícula federal, las normas del Código Electoral Nacional, las leyes 23.298, 26.215, 24.012 y 26.571, en todo aquello que no esté previsto en la presente ley y no se oponga a la misma.

• **Artículo 18. - Sustitúyese el artículo 33 de la ley 24.937 (t. o. 1999) y sus modificatorias, por el siguiente:**

Artículo 33.- Elecciones. El acto eleccionario de los integrantes del Consejo de la Magistratura previsto en el artículo 3° bis de la presente, se celebrará de manera conjunta y simultánea con las elecciones nacionales para cargos legislativos, en la primera oportunidad de aplicación de esta ley. Los integrantes del Consejo de la Magistratura que resulten electos mediante este procedimiento durarán excepcionalmente dos (2) años en

sus cargos y se incorporarán al cuerpo sin perjuicio de la permanencia de quienes ejerzan mandato vigente, en cuyo caso la cantidad total de miembros podrá excepcionalmente exceder el número de 19 consejeros. La oficialización de listas de candidatos a consejeros del Consejo de la Magistratura para las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias, y para las elecciones generales, podrá hacerse en esta oportunidad, por cualquier partido, confederación o alianza de orden nacional. A los fines de la adhesión de los cuerpos de boleta de la categoría de consejeros del Consejo de la Magistratura con la de legisladores nacionales en cada distrito, se requiere la comprobación de la existencia de que en al menos 18 de los 24 distritos, la mencionada adhesión se realiza exclusivamente con agrupaciones de idéntica denominación. En el resto de los distritos, podrá adherirse mediante vínculo jurídico entre las categorías de las listas oficializadas. La adhesión de los cuerpos de boleta del resto de las categorías podrá realizarse mediante vínculo jurídico.

- **Artículo 30.** - La promulgación de la presente ley importa la convocatoria a elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias para la elección de candidatos a Consejero de la Magistratura por los estamentos previstos en el artículo 3° bis de la misma, debiéndose adaptar el cumplimiento de las etapas electorales esenciales al calendario en curso.

2. Caso “Uriarte, Rodolfo M. y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” (2015). CSJN, Fallos 338:1216

2.1. Resumen del Dictamen de la Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

- I -

La Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, rechazó la acción declarativa

de certeza entablada por los Comités, de la Unión Cívica Radical de La Plata y Magdalena. De este modo, se pronunció a favor de la constitucionalidad de la resolución 331/2014 del Consejo de la Magistratura, mediante la cual designó a Laureano Alberto Durán como juez subrogante en el Juzgado Federal nro. 1 de La Plata; del artículo 7 del Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación dictado por ese organismo –resolución 8/2014–; y del artículo 2 de la ley 27.145 (fs. 380/7).

En primer lugar, el tribunal sostuvo que el Consejo de la Magistratura tiene facultades para dictar reglamentos en materia de subrogancias y para designar subrogantes en virtud de lo dispuesto por el artículo 114, inciso 6, de la Constitución Nacional y por el artículo 7 de la ley 24.937, modificado por la ley 26.855. Apuntó que esas facultades fueron invocadas por la Corte Suprema en la resolución 3848/2014, donde rechazó el pedido de nulidad de la resolución por la que se designó a Durán.

En segundo lugar, analizó las particularidades de la designación de Durán. Relató que la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata –a través de la acordada 12/2014– observó que se encontraban vacantes los dos únicos juzgados federales con competencia penal de La Plata, que no podían ser cubiertos por jueces de esa jurisdicción y que correspondía designar secretarios judiciales de acuerdo a lo previsto en el artículo 7 del Reglamento de Subrogaciones. Añadió que en la resolución 174/2014 ese tribunal ratificó los términos de la acordada y avaló la designación de Durán, - que integraba la lista de conjueces conformada por esa cámara y oportunamente enviada al Consejo de la Magistratura.

Destacó que, con posterioridad a que el Consejo de la Magistratura designara a Durán como juez subrogante, el Senado de la Nación prestó acuerdo para que él integre la lista de conjueces. Remarcó que el Poder Ejecutivo de la Nación designó a Durán como conjuez de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata a través del decreto 1264/2015.

En esas circunstancias, concluyó que la designación de Durán es válida en tanto fue dispuesta por el órgano constitucional competente y con arreglo a la normativa vigente. Además, señaló que esa designación fue realizada en consonancia con la carta enviada por la Corte Suprema de la Nación al Consejo

de la Magistratura el 14 de julio de 2015 a fin de que delegue en las cámaras la designación de subrogantes.

En tercer lugar, enfatizó que la ley 27.145, declarada inconstitucional por el juez de primera instancia, no integraba el objeto de la litis al momento del inicio de la acción declarativa ni tampoco fue incorporada a la causa durante el desarrollo del proceso. Consideró que no se dan los presupuestos expuestos por la doctrina de la Corte Suprema para el control de constitucionalidad de oficio. Agregó que los accionantes no arguyeron cuál es el perjuicio concreto que les ocasiona la norma.

No obstante, en atención a lo resuelto por el juez de 1ª instancia anterior, analizó la validez constitucional de la norma y se pronunció a su favor. Sostuvo que la ley 27.145, en tanto le concede la facultad al Consejo de la Magistratura de designar como subrogante a un juez de igual competencia y de la misma jurisdicción o a un miembro de la lista de conjueces, no trasgrede la Constitución Nacional, que no contempla un sistema de designación de subrogantes. Recordó que históricamente las leyes de organización de la justicia otorgaban esa facultad a las cámaras. Afirmó que la Constitución Nacional le asignó la administración del Poder Judicial al Consejo de la Magistratura y que la designación de subrogantes es una facultad de superintendencia y forma parte de la administración del servicio de justicia.

Subrayó que no se presentan en el caso los obstáculos constitucionales apuntados por la Corte Suprema en los precedentes “Rosza” (Fallos: 330:2361) y “Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional c. EN - Consejo de la Magistratura” (Fallos: 335:2418) en tanto la ley 26.855 le atribuye la facultad de designar subrogantes al Consejo de la Magistratura y el mecanismo de designación prevé la participación de los tres poderes del Estado.

- II -

Contra dicho pronunciamiento, los Comités de la Unión Cívica Radical de La Plata y Magdalena, en representación de un partido político participante del proceso electoral del año en curso e invocando un interés en que cese el estado de incertidumbre con relación a la designación del juez con competencia electoral en esos distritos, interpusieron recurso extraordinario (fs. 391/409). Ese recurso fue concedido por el a quo en lo referido a la cuestión federal

y denegado por la arbitrariedad invocada (fs: 426), sin que hayan deducido queja.

Los recurrentes alegan que la cámara se apartó de la jurisprudencia según la cual las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento en que se dictan en cuanto consideró que la constitucionalidad de la ley 27.145 es ajena a la litis. Sostienen que la decisión apelada soslayó, además, los estándares constitucionales provenientes de los precedentes judiciales relativos a la cobertura de vacancias judiciales. Señalan que el tribunal omitió ejercer el control de razonabilidad de la ley 27.145 al resolver que la modalidad de designación de jueces subrogantes constituye una atribución privativa del órgano legislativo, que es ajena al control judicial.

Por otro lado, afirman que el artículo 7 del Reglamento de Subrogaciones es inconstitucional en cuanto prevé la posibilidad de designar secretarios judiciales como jueces subrogantes.

Luego, plantean la inconstitucionalidad del artículo 2 de la ley 27.145. En primer lugar, argumentan que el artículo 2 de esa norma modifica ilegítimamente el régimen de mayorías que se requiere para aprobar los concursos de designación de jueces y remitir al Poder Ejecutivo una terna vinculante. Puntualizan que en el caso “Rosza” la Corte Suprema expuso que el nombramiento de los jueces subrogantes debe cumplir los mismos requisitos institucionales que el de los jueces titulares y debe estar precedido de un criterio de razonabilidad. Aseveran que, a fin de garantizar la independencia de los jueces y los derechos de los justiciables, corresponde que las mayorías requeridas sean las mismas.

Agregan que la ilegitimidad de la mayoría contenida en la ley 27.145 se agrava si se considera que los integrantes de las listas de conjueces no son sometidos a un análisis de idoneidad y que en algunos casos se prescinde de la participación del Poder Ejecutivo de la Nación y del Senado de la Nación. Destacan que la designación de Durán fue decidida con esa mayoría en los términos del régimen de la ley 26.376, entonces vigente, y sin ponderar adecuadamente su formación.

En segundo lugar, arguyen que también es inconstitucional la eliminación del orden de prevalencia a favor de los jueces en el procedimiento de designa-

ción de subrogantes. Manifiestan que, según esa disposición, el Consejo de la Magistratura puede elegir a su arbitrio entre un juez o un conjuer de la lista elaborada por ese órgano con acuerdo del Senado. Entienden que ello vulnera el principio de razonabilidad contenido en el artículo 28 de la Constitución Nacional dado que siempre debe preferirse un juez titular. Consideran que en el caso de la designación de Durán los jueces a cargo de los Juzgados Federales nros. 2 y 4 de La Plata no fueron consultados sobre la posibilidad de que ellos cubriesen la vacante. Añaden que su designación mediante la resolución 331/2014 no contó con el acuerdo del Senado ni del Poder Ejecutivo. Estiman que la delegación de funciones judiciales en personas que no son jueces solo puede ser el resultado de un estado de extrema necesidad constitucional.

- III -

Con el alcance que se indicará en las secciones siguientes del presente dictamen, el recurso interpuesto ha sido bien concedido por el a quo puesto que se encuentra en tela de juicio la validez constitucional de actos y normas federales y la decisión ha sido contraria a los derechos y cláusulas constitucionales invocadas por el recurrente (art. 14, inc. 3, ley 48).

- IV -

Por un lado, corresponde tratar los agravios que traen los Comités de la Unión Cívica Radical de La Plata y Magdalena con relación a la constitucionalidad de la resolución 331/2014 mediante la cual el Consejo de la Magistratura designó a Laureano Alberto Durán como juez subrogante en el Juzgado Federal nro. 1 de La Plata en los términos del artículo 7 del Reglamento de Subrogaciones.

El artículo 114 de la Constitución Nacional pone a cargo del Consejo de la Magistratura la selección de los jueces y la administración del Poder Judicial (incs. 1, 2 y 6). A esos fines, la ley 24.937 –modificada por la ley 26.855–, que crea y regula el funcionamiento del Consejo de la Magistratura, establece en su artículo 7, inciso 9, que ese organismo tiene atribuciones para “dictar los reglamentos para la designación de jueces subrogantes y designar jueces subrogantes en los casos de licencia o suspensión del titular y en casos de vacancia para tribunales inferiores de acuerdo a la normativa vigente”.

A su vez, la Corte Suprema señaló en el caso “Rosza” (Fallos: 330:2361)

que, tras la reforma de 1994, el constituyente decidió incorporar la participación del Consejo de la Magistratura al procedimiento de selección y nombramiento de jueces inferiores. Esa intervención fue concebida como un modo de atenuar la discrecionalidad del Poder Ejecutivo en la selección de jueces y de reducir la gravitación político-partidaria en ese proceso (CSJ 1095/2008 (44-A)/CS1, “Aparicio, Ana Beatriz y otros c. EN - CSJN - Consejo de la Magistratura”, sentencia del 21 de abril de 2015, considerando 16°). Además, en el precedente “Rosza” dijo que la Constitución Nacional prevé un mecanismo de designación de jueces en el que deben intervenir también el Poder Ejecutivo y el Senado (arts. 1; 18; 99, inc. 4; 114; Constitución Nacional). En lo sustancial, la Corte Suprema resolvió que la participación de esos tres órganos es necesaria en los nombramientos de los jueces subrogantes.

En este contexto normativo, cabe analizar las circunstancias que rodearon la designación de Durán. Ese nombramiento fue realizado a través del ejercicio de la facultad del Consejo de la Magistratura prevista en el artículo 7 del Reglamento de Subrogaciones de nombrar un secretario judicial cuando ello constituye la única medida apta para evitar la interrupción del servicio de justicia.

En efecto, en septiembre de 2014 el Juzgado Federal nro. 1 de La Plata, con competencia electoral, quedó vacante en virtud del fallecimiento de su titular.

Ante ello, el 8 de septiembre de 2014, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata dictó la acordada 12/2014 (fs. 58/63). Allí puso en conocimiento del Consejo de la Magistratura la existencia de dos vacantes prolongadas en los Juzgados Federales nros. 1 y 3 con competencia criminal y correccional en esa jurisdicción y propuso la designación como subrogantes de secretarios con especialidad en esa materia que integraran las listas oportunamente remitidas al Consejo de la Magistratura. En esa ocasión, la cámara consideró que los restantes juzgados federales con asiento en esa ciudad tienen competencia civil. Puntualizó que el Juzgado Federal nro. 1 suma a la competencia penal la electoral. Además, destacó la distancia de las sedes de los restantes juzgados federales –Quilmes, Lomas de Zamora y Junín– y el notorio recargo de sus tareas. En esas circunstancias, estimó que se encontraban reunidos los presupuestos para el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 7 del Reglamento

de Subrogaciones a fin de evitar la interrupción del servicio de justicia.

Luego, la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura requirió a la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata mayores precisiones sobre la situación de los juzgados vacantes, las razones por las cuales no podían cubrirse con jueces de la misma jurisdicción, y los antecedentes laborales y académicos de Durán (fs. 85/6). El doctor Durán integraba la lista de secretarios judiciales conformada por la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata en los términos de la ley 26.376 (acordadas 3/2014 y 4/2014), y aprobada el 12 de junio de 2014 por el Consejo de la Magistratura y remitida al Poder Ejecutivo (resolución 227/2014 del Consejo de la Magistratura).

Ello llevó al dictado de la resolución 174/2014 del 22 de septiembre de 2014 (fs. 65/80), donde la mencionada cámara ratificó lo resuelto por la acordada 12/2014, “en el sentido de que no es posible cubrir las vacantes prolongadas de los Juzgados Federales N° 1 y N° 3 de esta ciudad con un juez titular de esta jurisdicción, y sostener que dichas vacantes deberían ser cubiertas por secretarios judiciales, conforme lo previsto por el artículo 7° del Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación, aprobado por la Resolución 8/2014...”. En apoyo de su postura, acompañó informes estadísticos de los que surge que en el Juzgado Federal nro. 2 de La Plata tramitaban 27.602 expedientes y en el Juzgado Federal nro. 4 de La Plata, 48.557 (fs. 84). Además, resolvió “prestar aval a la eventual designación de Laureano Alberto Durán como juez subrogante del Juzgado Federal N° 1 de esta ciudad”. Expresó las razones por las cuales entendía que Durán reunía las condiciones - morales e intelectuales para desempeñar la función, y destacó su extensa trayectoria como funcionario de ese tribunal y del Ministerio Público Fiscal, así como su formación jurídica en materia criminal y correccional. Además, remitió sus antecedentes laborales (fs. 81/2).

Finalmente, el Consejo de la Magistratura dictó la resolución 331/2014 – aquí controvertida– el 18 de diciembre de 2014 (fs. 87/102).

Allí sostuvo que la vacante del Juzgado Federal nro. 1 de La Plata no podía ser cubierta según los incisos a y b del artículo 1 de la ley 26.376, entonces vigente. Por un lado, compartió las razones brindadas por la cámara para sos-

tener que era imposible cubrir la vacante prolongada con jueces de la misma jurisdicción sin afectar la prestación del servicio de justicia. Destacó que esa vacante debía ser cubierta por un juez con conocimiento en materia penal y que los dos únicos jueces titulares de los juzgados federales de La Plata tenían competencia en lo civil y comercial. Por otro, señaló que no podía recurrir a la lista de conjuces prevista en el inciso b del artículo 2 de la ley 26.376 en tanto aún no había sido confeccionada en los términos del artículo 3 de esa ley, esto es, por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado de la Nación. Luego, examinó la idoneidad de Laureano Alberto Durán conforme a las constancias laborales acompañadas y al aval prestado por la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Finalmente, aprobó la propuesta de designación de Durán para desempeñarse como juez subrogante en el Juzgado Federal nro. 1 de La Plata en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 7 del Reglamento de Subrogaciones.

En vista a esos antecedentes, opino que los agravios constitucionales invocados por los recurrentes no tienen sustento.

En efecto, el fin perseguido por el artículo 7 del Reglamento de Subrogaciones es evitar la paralización de la prestación del servicio de justicia en una situación extraordinaria, en la que se encuentra vacante un juzgado y los mecanismos ordinarios contemplados en el artículo 1, incisos a y b, de la ley 26.376 para la designación de subrogantes no pueden dar respuesta adecuada a esa contingencia. Esa norma procura garantizar, ante un escenario crítico, el derecho de los justiciables a que un tribunal examine en tiempo oportuno sus peticiones (arts. 18 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 8.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. XVIII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 8, Declaración Universal de Derechos Humanos).

En el sub lite la facultad reglamentaria fue ejercida con esa finalidad. En la resolución 331/2014, el Consejo de la Magistratura expuso, en consonancia con las consideraciones de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, las razones que impedían cubrir la vacante prolongada con un juez de la misma competencia y jurisdicción o con un conjuce. Ello llevó a la elección de un secretario judicial, que integraba la lista conformada por la cámara para

desempeñar la función de conjuez. Estos motivos no son rebatidos por los impugnantes, quienes se limitan en el recurso extraordinario a efectuar una crítica en abstracto del artículo 7 del Reglamento de Subrogaciones y omiten referirse en concreto a las razones que llevaron al Consejo de la Magistratura al dictado de la mencionada resolución.

Además, tal como surge de las circunstancias de la causa, el ejercicio de la facultad ejercida el 18 de diciembre de 2014 se ajustó estrictamente al propósito de atender una situación crítica y provisoria. En efecto, el 1 de julio de 2015, el Senado de la Nación confirió acuerdo a Durán para integrar la lista de conjueces para la jurisdicción de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Un día después, el Poder Ejecutivo de la Nación dictó el decreto 1264/2015 mediante el que designó a Durán como conjuez de la jurisdicción de esa cámara.

En este contexto, la habilitación de Durán para actuar como juez subrogante resultó respaldada por el Consejo de la Magistratura, el Senado y el Poder Ejecutivo.

Por último, con relación a la facultad del Consejo de la Magistratura de designar secretarios judiciales cuando no se puede recurrir a otras vías para atender a la prestación del servicio de justicia, cabe recordar que la cobertura de vacantes con quienes no revisten la condición de magistrados ha sido históricamente utilizada en nuestro país. En efecto, ese es el mecanismo contemplado en las leyes 182, 935, 4162, 17.928, 20.581, y 26.372, así como en el decreto-ley 1285/1958 –texto original y modificado por ley 24.050–.

En el caso “Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional c. EN - Consejo de la Magistratura” (Fallos: 335:2418), la Corte Suprema dijo que “la designación de abogados extraños a la estructura del Poder Judicial es una de las alternativas racionalmente sostenibles para evitar agudizar y extender la situación excepcional derivada de una vacancia transitoria en el cargo de juez, más allá de que sea pasible de opiniones diversas y de que existan otros procedimientos o sistemas por los cuales podría haber optado el Poder Legislativo, sin ofender las garantías consagradas por la Constitución Nacional a favor de los justiciables ni la distribución de competencias que la Ley Fundamental realiza entre los Departamentos del Gobierno Federal” (considerando 12°).

En conclusión, advierto que el nombramiento de Durán como juez subrogante en el Juzgado Federal nro. 1 de La Plata se encontró motivado en la necesidad de evitar la interrupción del servicio de justicia ante la imposibilidad de designar a un juez titular de la misma competencia y jurisdicción (artículo 1, inciso a, ley 26.376) o a un conjuez (artículo 1, inciso b, ley 26.376); fue realizado luego de que la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata y el Consejo de la Magistratura examinaran su idoneidad para la función; y, finalmente, su habilitación para actuar como juez subrogante resultó respaldada por la intervención de los restantes poderes del Estado –Senado y Poder Ejecutivo de la Nación– que intervienen en la designación de jueces titulares. En este contexto, la argumentación de los recurrentes resulta insuficiente para sostener el planteo de inconstitucionalidad bajo estudio.

La Corte ha dicho que la declaración de inconstitucionalidad de una norma implica un acto de suma gravedad institucional, de manera que debe ser considerada como ultima ratio del orden jurídico (Fallos: 302:457), y que está a cargo de quien afirma la irrazonabilidad de una norma la fundamentación adecuada de su aseveración (dictamen de la Procuración General de la Nación; S.C. C.523, L. XLVI, “Colegio Médico Veterinario de la Pcia. de Córdoba s/ SENASA s/acción declarativa de certeza”, emitido el 29 de octubre de 2010).

- V -

Por otro lado, corresponde desestimar los agravios que traen los Comités de la Unión Cívica Radical de La Plata y Magdalena con relación a la validez constitucional del artículo 2 de la ley 27.145. Al respecto, los impugnantes cuestionan el régimen de mayorías allí adoptado y que esa norma no prevé, tal como lo hacía la regulación anterior, un orden de prelación que obligue a preferir a los magistrados antes que a los conjueces en la designación de subrogantes.

En este sentido, advierto que esa norma, sancionada el 10 de junio de 2015, no fue aplicada al nombramiento de Laureano Alberto Durán, que motivó el inicio de estas actuaciones. Tal como surge de los antecedentes relatados en la sección anterior, esa decisión fue adoptada en los términos de las leyes 24.937 y 26.376 –entonces vigente–, y del artículo 7 del Reglamento de Subrogaciones.

El sistema de mayorías que gula la adopción de la resolución 331/2014 –

mediante la cual el Consejo de la Magistratura designó a Durán– fue el previsto en los artículos 7, inciso 9, y 9 de la ley 24.937 –texto según la ley 26.080–. En efecto, dado que la norma que regulaba en ese entonces las subrogancias –ley 26.376– no preveía con qué mayoría el Consejo de la Magistratura debía decidir las subrogancias, se aplicaba el régimen general previsto en la ley 24.937 para la adopción de decisiones de ese organismo. Tanto esa ley como ese sistema de mayorías fueron consentidos por los impugnantes en su demanda.

A su vez, el modo de designación de subrogantes previsto en el artículo 2 de la ley 27.145 tampoco fue aplicado al nombramiento de Durán. A los fines de esa designación, tanto el Consejo de la Magistratura como la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata analizaron la posibilidad de designar un juez de la misma competencia y jurisdicción en el juzgado vacante. Concluyeron que ello no era posible en atención a las razones desarrolladas en la resolución 331/2014 del Consejo de la Magistratura, de conformidad con lo dispuesto en la acordada 12/2014 y en la resolución 174/2014 de la cámara. Así, el orden de prelación en favor de los jueces invocado por los recurrentes fue observado en el caso concreto.

De este modo, la constitucionalidad del artículo 2 de la ley 27.145 no puede ser examinada y decidida en la presente causa porque no fue aplicada a la designación de Durán. Es sabido que el control de constitucionalidad solo puede ser realizado en el marco de una controversia judicial y ante la demostración de que la norma cuestionada le ocasiona al peticionante un perjuicio concreto y actual. La ley 27.145, que los recurrentes pretenden introducir en estas actuaciones, no es susceptible de ocasionarles un perjuicio de esa naturaleza desde que no rigió la designación de Durán. En este contexto, los impugnantes pretenden obligar a los jueces a efectuar un estudio en abstracto de la validez constitucional de la ley, ajena al caso, lo que contradice la inveterada doctrina de la Corte Suprema.

De acuerdo con ella, el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera esta contradice la Constitución Nacional, qué gravamen le causa y probar que ello ocurre en un caso concreto, a fin de evitar –como sucede en el sub lite– juicios abstrac-

tos o meramente académicos, en tanto la intervención de la Corte Suprema no puede tener un simple carácter consultivo (Fallos: 327:4023 y sus citas; dictamen de la Procuración General de la Nación, S.C., N.74, L. XLIV, “Neuquén, Provincia del c. Chevron Argentina SRL”, emitido el 27 de junio de 2012). En particular, la Corte Suprema tiene dicho que no existe una controversia efectiva de derechos si el apelante no alega un perjuicio concreto sufrido por la aplicación de las disposiciones normativas cuya constitucionalidad pone en tela de juicio (Fallos: 310:418 y sus citas; S.C. B.1042 L. XLI, “Banco Hipotecario S.A. c. Posadas Wilma Rosa s/ ejecución hipotecaria”, sentencia del 4 de septiembre de 2007).

Incluso en el marco de una acción declarativa de certeza se requiere la existencia de un caso o causa, ya que ella no puede importar una indagación especulativa, sino que debe buscar precaver los efectos de un acto en ciernes (Fallos: 308:2569; 310:606 y 977; 311:421, entre otros). En el caso, el acto al que se atribuyó ilegitimidad y calificó de lesivo a las garantías constitucionales –esto es, el nombramiento de Durán– no se vincula con la ley 27.145.

También es importante señalar que la Corte ha afirmado desde sus orígenes el principio según el cual las consecuencias del control judicial sobre las actividades ejecutiva y legislativa suponen que el requisito de la existencia de un caso o controversia judicial sea observado rigurosamente para la preservación del principio de división de poderes. En este sentido, cabe recordar que desde antiguo se ha considerado que la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones pues es el judicial el llamado a hacer observar la Constitución Nacional, y de ahí que su avance en desmedro de otras facultades revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público (Fallos: 155:248; 311:2580; 320:2851; 324:2315).

En suma, no se encuentran reunidos los presupuestos que habilitan el control de constitucionalidad con relación al artículo 2 de la ley 27.145 dado que éste no fue aplicado a la designación de Durán que motivó el inicio de estas actuaciones.

- VI -

Por los fundamentos expuestos, corresponde declarar formalmente admisible el recurso con el alcance indicado y confirmar la decisión apelada con arreglo a lo expuesto. Buenos Aires, 2 de noviembre de 2015. - Adriana N. Marchisio.

2.2. Resumen del Fallo de la Corte Suprema

Buenos Aires, noviembre 4 de 2015.

Considerando:

1º) Que los actores dedujeron acción meramente declarativa “con el fin de hacer cesar el estado de incertidumbre generado mediante la Resolución 331/2014 del plenario del Consejo de la Magistratura de la Nación, y el artículo 7º del ‘Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación’, aprobado por la Resolución 8/2014 de ese cuerpo colegiado, solicitando que se declare la inconstitucionalidad de ambos; y, en su mérito, se deje sin efecto la designación del Dr. Laureano Alberto Durán, como juez subrogante del Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 1 de La Plata, Provincia de Buenos Aires, con competencia electoral en ese distrito”.

En su demanda aclararon que el pedido de inconstitucionalidad abarcaba “a todas las normas y actos actuales y futuros que modifiquen las normas citadas en tanto configuren circunstancias sobrevinientes de las que no sea posible prescindir; y la invalidez de todos los actos que realice el Dr. Durán en tanto se encuentre al frente de esa función”.

El juez de primera instancia hizo parcialmente lugar a la demanda. Por un lado, declaró la inconstitucionalidad de las dos resoluciones del Consejo de la Magistratura que habían sido cuestionadas y dejó sin efecto la designación de Durán. Por otra parte, rechazó el pedido de nulidad de los actos jurisdiccionales cumplidos en dicho juzgado, dispuso que el Consejo de la Magistratura provea la designación de un nuevo juez subrogante y declaró la inconstitucionalidad del artículo 2º de la ley 27.145, norma que –a la fecha del dictado de la sentencia– regulaba el procedimiento de designación de subrogantes para los tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2º) Que la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata hizo lugar a la apelación interpuesta por el Consejo de la Magistratura y revocó esa decisión.

Explicó que el artículo 7° del Reglamento de Subrogaciones establecía un procedimiento extraordinario de nombramiento de subrogantes para situaciones en las que no existía ninguna otra alternativa a fin de evitar la interrupción del servicio de justicia. Tal excepcionalidad justificaba, según el a quo, apartarse del criterio fijado por esta Corte en la causa “Rosza” publicada en Fallos: 330:2361, según el cual la designación de subrogantes debía prever la necesaria intervención del Consejo de la Magistratura, del Poder Ejecutivo y del Senado de la Nación.

Por otra parte, el a quo consideró que la ley 27.145 era constitucional en tanto preveía “un mecanismo de selección de magistrados que otorga participación a los tres poderes del Estado, tal como lo instara la Corte Suprema en el fallo ‘Rosza’; vale decir, el Consejo de la Magistratura, el Poder Ejecutivo Nacional y el Senado de la Nación, quien otorga el acuerdo exigido por el inciso 4° del artículo 99 de la Constitución Nacional”.

Agregó que no era óbice a la mentada constitucionalidad de la ley, el hecho de que el Consejo de la Magistratura tuviera amplia discrecionalidad para elegir al subrogante. Ello era así, señaló, porque la Constitución Nacional no fija un sistema de designación de jueces subrogantes, y el mecanismo que el legislador adopte, con relación al orden de prelación entre jueces y conjuces o selección indistinta entre unos u otros, constituye una cuestión privativa del Poder Legislativo, ajena al control judicial cuando, como en el caso, no afecta ni controvierte disposiciones constitucionales.

Contra esa decisión, los actores interpusieron recurso extraordinario federal, que fue concedido a fs. 426/426 vta. por hallarse en juego la interpretación de las resoluciones 8/2014 y 331/2014 del Consejo de la Magistratura, así como de la ley 27.145.

3°) Que el recurso extraordinario resulta admisible en la medida en que se ha cuestionado la validez de normas federales por oponerse a la Constitución Nacional y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en esta última (artículo 14, inc. 3, de la ley 48).

4°) Que, como primer punto, corresponde dar tratamiento a los cuestionamientos que los actores formularon a las resoluciones 8/2014 y 331/2014 del Consejo de la Magistratura. Para ello, resulta necesario examinar la legi-

timidad del artículo 7° del “Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación”, que dio fundamento a la resolución 331/2014, mediante la cual se designó al doctor Laureano Alberto Durán como subrogante del Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional n° 1 de La Plata.

Conviene recordar que el mencionado reglamento fue aprobado por resolución 8/2014 del Consejo de la Magistratura, en virtud de las atribuciones que el artículo 7°, inc. 9°, de la ley 24.937 –texto según la ley 26.855– otorgaba al Plenario de dicho cuerpo colegiado para “dictar los reglamentos para la designación de jueces subrogantes y designar jueces subrogantes en los casos de licencia o suspensión del titular y en casos de vacancia para los tribunales inferiores de acuerdo a la normativa legal vigente”.

En particular, el artículo 7° de la resolución 8/2014 establecía lo siguiente: “Artículo 7°.- Situaciones excepcionales. Las autoridades judiciales de aplicación del presente reglamento deberán comunicar al Consejo de la Magistratura cualquier situación o circunstancia que les impidiese cumplir con el procedimiento previsto, con sugerencia de las posibles soluciones a adoptar con vistas a la continuidad y eficacia de la prestación del servicio de justicia. (...) Si la única medida apta para evitar la interrupción del servicio de justicia fuese la designación como juez subrogante de un secretario judicial, se dará especial consideración a aquellos que obtuvieron las mejores calificaciones en el último concurso que se hubiese convocado para cubrir cargos en el respectivo fuero o jurisdicción. La resolución del Plenario del Consejo que así lo decida, y la propuesta del órgano de aplicación, deberán encontrarse debidamente fundadas en cuanto a la imposibilidad de proceder de otro modo”.

5°) Que, tal como surge de su mera lectura, el artículo citado autoriza la cobertura de vacancias de magistrados en un proceso en el que no interviene ni el Poder Ejecutivo ni el Senado de la Nación.

Un mecanismo semejante resulta inconstitucional por no contemplar la necesaria participación de los tres poderes del Estado a los que nuestra Ley Fundamental le encomienda el nombramiento de los jueces, tal como lo ha señalado esta Corte en la causa “Rosza” a cuyas conclusiones y fundamentos corresponde remitir en razón de brevedad.

6°) Que lo expuesto, sin embargo, no es suficiente para declarar la invalidez de la designación del doctor Durán, pues las sentencias de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque estas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 322:1318; 323:3158; 324:1096 y 1878; 325:2275, 2637 y 2982; 326:3975; 327:2476, 2656 y 4198; 330:5070, entre muchos otros).

Desde esta perspectiva, no cabe soslayar que el 2 de julio del 2015, el doctor Durán –previo acuerdo del Senado de la Nación– fue designado como con- juez de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata por decreto 1264/2015 del Poder Ejecutivo Nacional. En ese momento, la ley 26.376 había sido re- emplazada por la actual ley 27.145 de “Procedimiento para la designación de subrogantes” (B.O. 18 de junio de 2015), cuya vigencia y aplicación a la designación del doctor Durán resultaba indudable, en atención a lo dispuesto expresamente en su artículo 10.

En tales condiciones, deviene imprescindible evaluar en esta instancia la constitucionalidad de esta última norma.

Al respecto, los recurrentes sostienen que la ley 27.145 es inconstitucional porque: 1°) rompe el orden de prelación a favor de los magistrados dado que permite optar indistintamente por un juez o un miembro de la lista de conjue- ces al momento de designar subrogantes; 2°) permite que estos subrogantes sean elegidos discrecionalmente sin sorteo ni parámetro objetivo alguno; 3°) establece que el Consejo de la Magistratura nombra a jueces subrogantes “por mayoría absoluta de los miembros presentes”, es decir por una mayoría infe- rior a la requerida para nombrar un juez titular; y 4°) resulta incompatible con la jurisprudencia fijada por este tribunal en los precedentes “Rosza” y “Rizzo” (CSJ 369/2013 (49-R)/CS1 “Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 Gente de De- recho) s/ acción de amparo c. Poder Ejecutivo Nacional Ley 26.855 s/ medida cautelar”, sentencia del 18 de junio de 2013).

7°) Que, a tales fines, es indispensable recordar cuáles son los principios constitucionales y supranacionales que rigen tanto la designación de los ma- gistrados integrantes del Poder Judicial de la Nación a efectos de preservar la garantía del juez natural, como el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, reconocidos en la

Ley Fundamental y en diversos tratados internacionales incorporados a ella (artículos 18 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–; 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

8º) Que, en fecha reciente, este Tribunal ha señalado que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales de orden internacional (Fallos: 321:3555; 328:1491; 330:3248), el principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en las que se decida sobre los derechos de la persona (cfr. CSJ 1095/2008 (44-A)/CS1 “Aparicio, Ana Beatriz y otros c. EN -CSJN- Consejo de la Magistratura- art. .110 s/ empleo público”, fallada el 21 de abril de 2015).

9º) Que en el mismo precedente se destacó que el objetivo de este principio radica en evitar que el sistema judicial en general, y sus integrantes en particular, se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial. Adicionalmente, se dijo que el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no solo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática (confr. causa “Aparicio” cit., considerando 18).

10) Que para asegurar su independencia, los jueces cuentan –a diferencia de los demás funcionarios– con garantías reforzadas que resultan indispensables para el ejercicio de su función. Entre ellas, en lo que a este caso interesa, se encuentran la de un adecuado proceso de nombramiento y la inamovilidad en el cargo (Fallos: 314:881 y 749; 315:2386; 324:1177; 325: 3514; y causa “Aparicio” y sus citas).

En efecto, los procedimientos constitucionales que regulan la integración de los tribunales han sido inspirados en móviles superiores de elevada política institucional, con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos

sobre el interés supremo de la justicia y de la ley. Las disposiciones que rigen esos procedimientos se sustentan, pues, en la aspiración de contar con una magistratura independiente e imparcial, lo que está directamente relacionado con la consagración constitucional de la garantía del “juez natural”, expresada en la contundente prohibición de que los habitantes de la Nación puedan ser juzgados por comisiones especiales o sacados de los jueces legítimamente nombrados (artículo 18 de la Constitución Nacional) (conforme Fallos: 330:2361 y causa “Aparicio” cit.).

11) Que los principios expuestos no excluyen la implementación de un régimen de jueces subrogantes para actuar en el supuesto de producirse una vacante –y hasta tanto esta sea cubierta de conformidad con el sistema constitucional– a los efectos de no afectar el derecho de las personas de contar con un tribunal que atienda en tiempo oportuno sus reclamos.

Sin embargo, no debe perderse de vista que los subrogantes desempeñan las mismas funciones que los jueces titulares, esto es, administrar justicia. En consecuencia, los justiciables tienen el derecho que surge de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales a que –como lo dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos– los jueces que resuelvan sus controversias, aunque provisorios, sean y aparenten ser independientes (caso Apitz Barbera y otros -”Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”- vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008, párrafo 43; caso Reverón Trujillo vs. -Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009, párrafo 114 y caso Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1º de julio de 2011, párrafo 103). Así, la Corte Interamericana considera que la provisionalidad no debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios justiciables. De aquí se sigue que, aunque los jueces titulares y los subrogantes son designados de manera diferente y tienen un grado distinto de estabilidad, el Estado debe garantizar un procedimiento para el nombramiento de estos últimos sobre la base de parámetros básicos de objetividad y razonabilidad que aseguren el ejercicio independiente de su cargo.

12) Que, asimismo, la implementación de un régimen de subrogaciones es un remedio excepcional de política judicial que, ante supuestos de ausencia transitoria o permanente del juez titular de un determinado tribunal, persigue mantener el normal funcionamiento de la administración de justicia mediante el reemplazo de dicho magistrado, sea para una causa en particular –recusación o excusación– o para todas aquellas que se encuentren en trámite y que se inicien con posterioridad -vacancia, licencia, suspensión o cualquier otro impedimento-.

Así, la Corte Interamericana ha señalado que “los nombramientos provisionales deben constituir una situación de excepción y no la regla, ya que la extensión en el tiempo de la provisionalidad de los jueces o el hecho de que la mayoría de ellos se encuentren en dicha situación, generan importantes obstáculos para la independencia judicial (caso “Apitz Barbera” cit., párrafo 43 y caso “Reverón Trujillo” cit., párrafo 118). Agregó que, a los efectos de que “el Poder Judicial cumpla con la función de garantizar la mayor idoneidad de sus integrantes, los nombramientos en provisionalidad no pueden prolongarse de manera indefinida, de tal forma que se conviertan en nombramientos permanentes. Ello es una nueva razón que explica que la provisionalidad sea admisible como excepción y no como regla general y que deba tener una duración limitada en el tiempo, en orden a ser compatible con el derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad” (caso “Reverón Trujillo” cit., párrafo 118 y caso “Chocrón” cit., párrafo 107).

13) Que la ley 27.145, al derogar el artículo 31 del decreto-ley 1285/1958 (ratificado por ley 14.467 y sus modificatorias) y las leyes 26.372 y 26.376, introdujo sustanciales modificaciones al régimen de designación de subrogantes en casos de licencia, suspensión, vacancia, recusación, excusación o cualquier otro impedimento de los jueces de instancias inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Según lo establecido en la nueva normativa, la designación de jueces subrogantes corresponderá al Consejo de la Magistratura, excepto en aquellos casos de licencias por un plazo inferior o igual a sesenta días, supuesto en el que la elección recae sobre la cámara del fuero que, no obstante, debe comunicarla inmediatamente al Consejo, que podrá ratificarla o modificarla. En el

caso de tribunales con competencia electoral, la propuesta deberá ser formulada por la Cámara Nacional Electoral (artículo 1°).

De acuerdo con este precepto, la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura debe elaborar, cada seis años, una lista de conjuces para cada fuero, jurisdicción e instancia, la que se integrará con veinte abogados y abogadas, y veinte secretarios y secretarías judiciales (artículo 3°). Los abogados que se desempeñen en la función pública podrán integrar estas listas y, en caso de ser designados, se les deberá conceder licencia sin goce de haberes en su cargo, mientras dure la subrogación (artículo 6°).

Estas listas deben ser consideradas por el Plenario del Consejo y, una vez aprobadas, se envían al Poder Ejecutivo Nacional, para su posterior remisión al Honorable Senado de la Nación, a los fines de solicitar el acuerdo respectivo. Dichas nóminas pueden ser ampliadas en el caso de que se hubieran agotado los conjuces y no existiera ninguno en condiciones de subrogar (artículo 3°).

La designación del subrogante debe realizarse por mayoría absoluta de los miembros presentes del Consejo de la Magistratura y podrá recaer, indistintamente, sobre un juez o jueza de igual competencia de la misma jurisdicción o sobre un miembro de la lista de conjuces (artículo 2°).

La norma también establece que en caso de que no hubiere disponible una lista de conjuces con acuerdo del Senado, el Consejo de la Magistratura puede designar subrogantes de la lista aprobada por el Plenario. Estas designaciones tendrán un plazo máximo de duración de noventa días hábiles, prorrogable por única vez por igual término (artículo 4°).

Los subrogantes designados ocuparán el cargo en cuestión hasta que cese la causal que generó su designación, sin perjuicio de las responsabilidades y obligaciones propias de la función (artículo 7°).

La ley también incorpora como novedad la autorización al Consejo de la Magistratura para designar subrogantes y poner en efectivo funcionamiento a aquellos tribunales respecto de los cuales hubiera transcurrido el plazo previsto por la ley de creación para su puesta en funcionamiento, se contara con crédito presupuestario necesario y se encontrara en trámite el concurso para cubrir los cargos correspondientes (confr. artículo 1°, tercer párrafo).

14) Que el primer agravio planteado por los actores es que la ley 27.145 no establece orden alguno de prelación para la cobertura de vacantes por lo que el Consejo de la Magistratura puede elegir al reemplazante, de forma libre, discrecional e indistinta, entre un juez y un integrante de la lista de conjuces.

15) Que en fecha reciente esta Corte expuso las sustanciales diferencias que existen entre los jueces y aquellas personas que no lo son, a la hora de cubrir una vacante temporal. En este sentido, señaló que los jueces, en contraste con quienes son designados en una lista para intervenir en casos excepcionales cuentan –al momento de asumir la función provisoria– con una designación ajustada a los procedimientos que, conforme a la Constitución Nacional, los habilitan a administrar justicia en forma independiente e imparcial, asegurando las garantías constitucionales y convencionales de los justiciables (conf. “Aparicio” cit., considerando 24).

16) Que, por otra parte, los jueces gozan de la garantía de estabilidad y permanencia como forma de asegurar su independencia (Fallos: 314:881.y 749; 315:2386; 324:1177 y 325: 3514). La importancia de la inamovilidad para el correcto ejercicio de su función ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de las Naciones Unidas (caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrafo 75; caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párrafo 156, y caso “Aritz Barbera” cit., párrafo 138, entre otros e Informe A/HRC. 11/41 del 24 de marzo de 2009, pto. 57).

17) Que, por el contrario, los integrantes de las listas de conjuces carecen de designación permanente alguna, por lo que resultan más vulnerables a las presiones de diferentes sectores, principalmente de aquellas autoridades de quienes dependen futuras designaciones o ascensos y “es menos probable que denuncien la conducta indebida o los actos de corrupción que presencien” (conf. Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, A/67/305, 13 de agosto de 2012). Este aspecto cobra especial relevancia en el régimen que se examina si se tiene en cuenta que la nueva ley permite a los secretarios judiciales y funcionarios públicos integrar el listado de conjuces.

18) Que de acuerdo con los principios constitucionales y convencionales enunciados, el derecho de toda persona a ser juzgada por un juez independiente exige que el régimen de subrogación no deje librada la elección al arbitrio de la autoridad de turno. Se debe asegurar que, producida una vacante, esta sea cubierta en primer término por magistrados de otros tribunales –que fueron designados para sus cargos con arreglo al procedimiento constitucional–, y que solo excepcionalmente, frente a razones objetivas que obstan a esa posibilidad, se recurra a jueces provisionales provenientes de la lista de conjuces.

19) Que cabe reiterar que no se trata aquí de negar la posibilidad de que se implemente un sistema de contingencia, que incluya un listado de conjuces para la cobertura de vacantes a los efectos de garantizar el derecho de las personas a contar con un tribunal que atienda en tiempo oportuno sus reclamos.

Lo que corresponde dejar en claro es que, para resguardar adecuadamente la garantía de independencia del Poder Judicial, se deben agotar todas las posibilidades para que las vacantes sean cubiertas, en primer término, por quienes accedieron a un cargo en la magistratura de acuerdo con el especial mecanismo establecido en la Constitución Nacional.

20) Que el segundo aspecto cuestionado de la ley consiste en que el sistema ideado no contiene ningún baremo objetivo que pueda justificar para cada designación la preferencia de un candidato respecto de los restantes. El Consejo de la Magistratura ejerce, entonces, con absoluta discrecionalidad su atribución de designar jueces subrogantes pudiendo elegir directamente –entre aquellos comprendidos en el artículo 2º– qué persona quiere para un juzgado o tribunal determinado y también para una causa en particular.

21) Que el respeto de las garantías del juez natural y de la prohibición de comisiones especiales consagradas en el artículo 18 de la Constitución Nacional impone la necesidad de asegurar la transparencia del proceso por el cual se designa a un subrogante en un fuero, en una jurisdicción y en una instancia determinada.

En igual sentido, los Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura de las Naciones Unidas disponen que “[t]odo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos” (punto 10).

El artículo 2° de la ley no cumple con esos estándares ya que no establece un sistema de parámetros objetivos y, por ende, no impide que los subrogantes sean nombrados “por motivos indebidos”.

22) Que la invalidez del nuevo sistema es aun más patente porque le confiere al Consejo de la Magistratura la facultad, en supuestos de excusación o recusación del magistrado titular, de designar al juez subrogante que intervendrá en un caso específico de un modo totalmente discrecional. Esto se traduce, en consecuencia, en la facultad de nombrar a un funcionario otorgándole jurisdicción para entender en forma especial o accidental (arg. Fallos: 310:804 y 2845).

A este respecto, el Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados recomendó “a los Estados miembros que establezcan un mecanismo para asignar los casos de manera objetiva. Una posibilidad podría ser la asignación por sorteo o mediante un sistema de distribución automática atendiendo a un orden alfabético. Otra posibilidad podría consistir en asignar los casos mediante planes predeterminados de gestión de los tribunales que deben incorporar criterios objetivos para dicha asignación. Estos planes deben estar suficientemente detallados para evitar manipulaciones en la asignación de casos” (Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 24 de marzo de 2009, párrafo 46 y 47).

23) Que de este análisis cabe concluir que, dentro de los sistemas que el legislador puede diseñar para la designación de jueces subrogantes, el que establece el artículo 2° no resulta admisible porque prevé su selección sin parámetro objetivo alguno. En este esquema, cada designación se justifica en la sola voluntad coincidente de la mayoría no agravada de los miembros del Consejo de la Magistratura de elegir la misma persona. Resulta manifiesto que este método no cumple con la transparencia necesaria para garantizar a los justiciables el acceso a jueces subrogantes independientes e imparciales.

24) Que el tercer aspecto cuestionado de la ley 27.145 se relaciona con las mayorías previstas en la norma para la selección de conjueces. Al respecto, y en atención a lo señalado en los considerandos que anteceden sobre los parámetros que deben regir la designación de los subrogantes, corresponde solo

examinar el precepto en cuanto establece que el Consejo de la Magistratura aprobará las listas de abogados y secretarios judiciales por mayoría simple, esto es, con una mayoría inferior a la de dos tercios que se fija para aprobar las ternas de candidatos a jueces permanentes (confr. artículo 13, apartado C de la ley 24.937, actualmente vigente en virtud de lo decidido por el Tribunal en la causa “Rizzo”, considerando 41).

La importancia de las mayorías calificadas ha sido destacada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien ha señalado que ellas constituyen una salvaguarda para reforzar los procedimientos de selección de magistrados pues evitan las mayorías partidarias e, incrementan la transparencia, resultando más evidente para el público que elige a los candidatos con base al mérito y las capacidades personales (confr. arg. “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas”, Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 44, del 5 de diciembre de 2013, pto. 93).

En consecuencia, la disposición examinada soslaya el importante rol que cumplen las mayorías calificadas en la búsqueda de equilibrios y consensos en los órganos colegiados y colisiona con la intención del constituyente de 1994 que, al definir la composición del Consejo de la Magistratura, procuró evitar que en el seno de ese cuerpo pudieran consolidarse posiciones hegemónicas (confr. “Rizzo”, en especial considerando 25).

De esta forma, resultan aplicables las consideraciones formuladas en este aspecto en el precedente “Aparicio”, porque el nuevo sistema implementado permite que la administración de justicia quede en manos de personas que han sido seleccionadas por mayorías simples, distintas a las exigidas para los jueces permanentes y que, además, ni siquiera han atravesado un concurso para demostrar sus condiciones y aptitud para el ejercicio del cargo.

En este punto, cabe tener presente, como se lo señalara en el precedente “Rizzo”, que la intención del constituyente al incorporar el artículo 114 de la Constitución Nacional fue elevar el umbral de garantía de independencia judicial, circunstancia que llevó a los convencionales a sostener que “Toda norma que pueda implicar alguna limitación a la independencia del Poder

Judicial, a la independencia e imparcialidad en la composición del Consejo de la Magistratura (...) aunque no contradiga el texto que sancionamos, debe considerarse que vulnera el espíritu de la Constitución y contradice la intención del constituyente” (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, *Obra de la Convención Nacional Constituyente*, T. V, págs. 5155/5156) (confr. considerando 24).

25) Que, en cuarto lugar, asiste razón a los recurrentes al sostener que la ley 27.145 tampoco cumple con los criterios sentados en la causa “Rosza”, en cuanto permite que, para supuestos excepcionales, sea el Consejo de la Magistratura quien, directamente, nombre al subrogante, prescindiendo de la necesaria participación del Poder Ejecutivo y del Senado de la Nación.

26) Que, finalmente, el texto de la norma habilita al Consejo de la Magistratura a designar jueces subrogantes en tribunales que, a pesar de haber sido creados y cumplir con las demás condiciones allí previstas, no se encuentren en funcionamiento ni hayan sido habilitados para ello.

Así, en ejercicio de esta atribución, de encontrarse cumplidas aquellas condiciones, el Consejo podría designar jueces subrogantes para los siguientes tribunales, a modo de ejemplo, tres cámaras de casación federal (Contencioso Administrativo, Trabajo y Seguridad Social y Civil y Comercial), integrada cada una de ellas por siete miembros (ley 26.853); once cámaras federales (Catamarca, Formosa, Jujuy, La Rioja, Neuquén, San Juan, San Luis, Santa Cruz, La Pampa, Santiago del Estero y Tierra del Fuego) (ley 25.269); juzgados electorales con asiento en cada una de las capitales de provincia y en la Ciudad de Buenos Aires (art. 42 del Código Electoral y artículo 11 de la ley 19.108); y ocho juzgados y dos salas de la cámara en las relaciones de consumo (ley 26.993).

27) Que no debe perderse de vista que, tal como se expresó en el considerando 12, la subrogación es un remedio excepcional de política judicial tendiente a evitar la paralización o retardo de justicia que se generaría si no se procediese, en un término relativamente breve, al reemplazo de los jueces que por alguna razón dejan de cumplir su función, hasta tanto cese el impedimento o se cubra definitivamente la vacante mediante el procedimiento que la Constitución prevé a tal fin.

28) Que, por lo demás, según el Diccionario de la Real Academia, “subrogar” significa “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”, de modo que el concepto mismo de subrogación, referido a la sustitución o reemplazo de jueces, supone de manera indefectible la preexistencia de un juez en efectivo cumplimiento de sus funciones –sea a cargo de un tribunal unipersonal o como integrante de uno colegiado– que por alguna razón, de modo transitorio o permanente, cese en el ejercicio de dichas funciones.

29) Que es evidente que ninguna de estas condiciones se cumplen en el supuesto contemplado por la norma, es decir, cuando la designación del juez subrogante se realiza para un tribunal que aún no se encuentra en funcionamiento, sencillamente porque no hay juez a quien sustituir, ni causas en trámite, ni posibilidad de que se asigne el conocimiento de las que se iniciaren en el futuro.

Tampoco se advierte la razón que podría justificar la urgencia en la designación de jueces subrogantes para tribunales aún no habilitados, que impida aguardar la finalización del concurso para la selección de los candidatos que cubrirán de manera definitiva las vacantes, máxime cuando la propia norma exige, para la designación de jueces subrogantes en estos supuestos, que se encuentre en trámite dicho concurso.

Por ello, el artículo 1° in fine de la ley, en cuanto habilita el mecanismo de designación de jueces subrogantes para estos supuestos –más allá de las objeciones constitucionales que merece el sistema en sí mismo– desnaturaliza el instituto al punto tal que no puede hablarse propiamente de subrogancia, pues no se dan sus presupuestos esenciales.

30) Que, por otra parte, tal como ya lo ha resuelto el Tribunal en ejercicio de sus facultades de superintendencia, el reconocimiento de la atribución de poner en funcionamiento tribunales creados por ley en cabeza del Consejo de la Magistratura implica una clara intromisión en los poderes que esta Corte tiene como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal.

En efecto, al dictar la resolución 1937/2015, el Tribunal expresó que esta potestad corresponde a su competencia de raigambre constitucional, reglamentada por las leyes 16.432, 17.928 y 19.362, y que se ha mantenido incólume tras la sanción de la norma en cuestión.

31) Que llegado a este punto, el Tribunal se ve nuevamente obligado a destacar la significativa cantidad de designaciones provisorias existentes en el ámbito del Poder Judicial de la Nación. Esta situación, que ya fuera señalada en el año 2007 al decidir la causa “Rosza”, se ha agravado con el transcurso de los años. En efecto, en la actualidad, aproximadamente un cuarto de los cargos de los tribunales nacionales y federales se encuentran vacantes en forma permanente:

Esta realidad, imputable en gran medida a la demora en los procesos de selección y designación de magistrados a cargo del Consejo de la Magistratura, del Senado y del Poder Ejecutivo de la Nación, pone de manifiesto que el carácter extraordinario del sistema de reemplazos se encuentra claramente desvirtuado, convirtiéndose en regla la excepción. Hoy la regla es designar un subrogante y la excepción es nombrar a un juez mediante un concurso.

Además, atento a las mencionadas demoras que se verifican en los concursos para cubrir en forma definitiva las vacantes, estos jueces subrogantes pueden perdurar por un plazo indefinido en esos cargos, desnaturalizándose la esencia y la razón de ser de la figura del subrogante.

Constituye un dato indicativo de la perspectiva de agravamiento de esta problemática la decisión del Consejo de la Magistratura de comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Poder Legislativo la necesidad de ampliar las listas de conjuces a las que hace referencia el artículo 3° de la ley 27.145 y solicitar que se incremente a 30 abogados y 30 secretarios judiciales la correspondiente a los tribunales del fuero federal y a 50 abogados y 50 secretarios judiciales la del fuero nacional (confr. nota del 16 de julio de 2015 de la Presidenta del Consejo al Presidente de esta Corte).

32) Que, en este contexto, las disposiciones de la ley 27.145 permiten que, en forma paralela a los jueces designados de acuerdo con las reglas de la Constitución Nacional, se conforme un cuerpo de conjuces por cada fuero, instancia y jurisdicción –que solo en el ámbito de la Capital Federal alcanzaría al millar– y cuyo nombramiento para un tribunal, o incluso para un caso concreto, es definido en forma discrecional y por simple mayoría por el Consejo de la Magistratura.

De este modo, los propios órganos a los que la Constitución Nacional les asigna la función de designar jueces no solo no han cubierto, en tiempo y

forma, el importante porcentaje de cargos vacantes sino que, además, han dictado normas por las que se habilitaron a designar jueces al margen del procedimiento constitucional creando una justicia de excepción en la que no rige la garantía del juez natural ni de independencia judicial.

33) Que, por todo lo expuesto, corresponde declarar la inconstitucionalidad del régimen de subrogaciones establecido en la ley 27.145.

34) Que el Tribunal no puede dejar de advertir que la situación que se plantea en el Juzgado Federal n° 1 de La Plata se repite en gran cantidad de tribunales nacionales y federales de todo el país. Esto ha motivado la presentación de numerosos planteos judiciales similares al presente. Por ello, esta Corte no puede desatender las graves consecuencias que derivarán de su decisión. Ello exige que el Tribunal, en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar el caos institucional o la eventual paralización del servicio de justicia, dé una respuesta institucional como cabeza del Poder Judicial de la Nación para garantizar la seguridad jurídica y el derecho de los justiciables de contar con un juez imparcial e independiente (conf. doctrina de las causas “Rosza” y “Anadón”, considerando 10 y sus citas). En tales condiciones, atento a la declaración de inconstitucionalidad del actual régimen, esta sentencia establecerá, con relación a todas las subrogaciones actualmente vigentes, pautas consistentes con los principios hasta aquí enunciados (conf. doctrina de Fallos: 319:3148 y causa “Pedraza, Héctor Hugo c. A.N.S.E.S. s/ acción de amparo”, sentencia del 6 de mayo de 2014).

35) Que, sin perjuicio de ello, por los motivos oportunamente señalados en la causa “Rosza”, la autoridad institucional de este fallo no privará de validez a los actos procesales cumplidos de conformidad con las normas consideradas en vigor (conf. doctrina de “Barry” Fallos: 319:2151, y sus citas; “Itzcovich” Fallos: 328:566, y más recientemente en la causa CSJ 494/2013 (49-A)/CS1 “Anadón, Tomás Salvador c. Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido”, sentencia del 20 de agosto de 2015). Ello es así, toda vez que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los avances propuestos no se vean malogrados en ese trance. En mérito de ello, es necesario trazar la línea divisoria para el obrar

de la nueva jurisprudencia, apoyándola en razones de conveniencia, utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia, necesidad que entraña, a su vez, la de fijar el preciso momento en que dicho cambio comience a operar (conf. causa “Tellez” Fallos: 308:552).

Por ello, oída la señora Procuradora General de la Nación, se resuelve:

1.- Declarar procedente el recurso extraordinario.

2.- Revocar la sentencia apelada y declarar la inconstitucionalidad de la resolución 331/14 del Consejo de la Magistratura de la Nación, del artículo 7° del ‘Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación’, aprobado por la resolución 8/2014 del Consejo de la Magistratura, del decreto 1264/2015 y del régimen de subrogaciones establecido por la ley 27.145, en los términos de los considerandos precedentes.

3.- Declarar la invalidez del nombramiento del doctor Laureano Alberto Durán, así como los de todos aquellos que actualmente se encuentren subrogando y cuyo procedimiento de designación no se haya ajustado a las pautas fijadas en esta sentencia.

Esto implica que resultan inválidos todos los nombramientos de subrogantes, a excepción de los casos en los que se haya designado para subrogar a un juez titular y que este último haya sido elegido por sorteo u orden preestablecido en una norma general.

4.- Declarar la invalidez de todas las listas de conjuces aprobadas sin la debida intervención del Consejo de la Magistratura –doctrina de la causa “Rosza”–, con las mayorías que surgen del considerando 24.

5.- Declarar la validez de todas las actuaciones cumplidas hasta la fecha por los subrogantes al amparo de las designaciones que aquí son declaradas inválidas.

6.- Mantener en el ejercicio de sus cargos por el plazo de tres meses a aquellos subrogantes cuya designación es invalidada en esta sentencia, salvo que con anterioridad cesen las razones que originaron su nombramiento.

7.- Mantener la designación de los jueces subrogantes en materia penal que a la fecha del dictado de la presente sentencia se encuentren interviniendo en audiencias de debate oral y público en curso, al único efecto de que estas se concluyan y se dicte sentencia.

8.- Hasta tanto el Poder Legislativo sancione un nuevo régimen que se ajuste a las pautas establecidas en este fallo, los subrogantes deberán ser designados por el Consejo de la Magistratura de la siguiente manera:

a) para los juzgados de primera instancia, de acuerdo a los parámetros establecidos en el artículo 1º, inciso a, de la ley 26.376; y

b) para los restantes tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de acuerdo a los parámetros establecidos en el artículo 2º, primer párrafo, de la ley 26.376, norma que remite al artículo 31 del decreto-ley 1285/1958 (texto según ley 26.371); y a lo establecido en el artículo 1º de la ley 26.372.

Agotadas estas posibilidades, y en la medida en que no existan listas de conjuces que cumplan con los recaudos establecidos en este fallo, deberá convocarse a un magistrado jubilado (artículo 16 de la ley 24.018) que haya sido nombrado de conformidad con lo previsto por la Constitución Nacional. A tales efectos, las cámaras, según fuero y jurisdicción, elaborarán un listado de jueces jubilados y la designación se hará por sorteo.

En los supuestos de excusación, recusación, impedimento, suspensión o licencias inferiores o iguales a 60 días de los jueces de los tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la designación del juez subrogante o del jubilado corresponderá a la cámara del fuero, de acuerdo a los parámetros establecidos precedentemente.

Con costas. Notifíquese a las partes. Póngase en conocimiento del Poder Ejecutivo Nacional, del Congreso de la Nación y del Consejo de la Magistratura y, oportunamente, devuélvase. - Ricardo L. Lorenzetti. - Elena I. Highton de Nolasco. - Carlos S. Fayt. - Juan C. Maqueda.

2.3. Guía para la lectura y el análisis del caso “Uriarte”

A partir de la lectura y el análisis del fallo “**Uriarte, Rodolfo M. y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad**” (CSJN, 04/11/2015), del artículo 114 de la Constitución Nacional y de las Leyes N° 26376 y N° 27145, y de la bibliografía complementaria que estime corresponder, resuelva las siguientes consignas:

- a) Relate, **con sus palabras**, los hechos más relevantes del caso, en no más de 10 (diez) renglones. Procure explicar la evolución de la normativa

- aplicable al conflicto desde su inicio hasta el momento en el que la CSJN se pronuncia.
- b) Defina el concepto de “subrogancia”. (Considerandos 11º, 12º y 28º). Cuando tal concepto se aplica a los jueces, ¿qué garantías y derechos se encuentran involucrados? (Considerandos 7º a 11º).
 - c) Precise el objeto de la demanda y el alcance de la petición de declaración de inconstitucionalidad efectuado por los actores. (Considerando 1º). ¿Integra la materia a decidir la Ley N° 27145? ¿Por qué? ¿Cómo respondieron este interrogante el juez de primera instancia y la Cámara de Apelaciones que intervinieron con anterioridad? ¿Qué opina al respecto la Procuración General de la Nación? (punto V del Dictamen) ¿Y la Corte Suprema? (Considerando 6º).
 - d) Indique la vía de acceso a la Corte Suprema y los argumentos por los cuales el Tribunal declara admisible el recurso. (Considerando 3º).
 - e) Determine el holding del fallo de la Corte con respecto del planteo de inconstitucionalidad de la Resolución C.M. N° 8/2014 que aprobó el Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación. ¿Cuál es el fundamento de la decisión? ¿Se remite a un precedente? ¿Cuál? ¿Qué opinó al respecto la Procuración General de la Nación? (Punto IV del Dictamen).
 - f) Según la Corte Suprema, ¿cuáles son las objeciones constitucionales que presenta la Ley N° 27145? Enumérelas y explique sus fundamentos. (Considerandos 15º a 29º).
 - g) ¿Cómo es el contexto en el que la Corte se pronuncia? (Considerandos 31º y 32º).
 - h) Lea atentamente los considerandos 34º y 35º del fallo de la CSJN. ¿Cuáles son los efectos de la sentencia? ¿Tienen los jueces la potestad de derogar normas con carácter general y/o restablecer la vigencia de normas derogadas? En su opinión, ¿se condice la legitimación aceptada en este caso con los efectos de la sentencia? Haga una valoración crítica.