Palabras preliminares

En nombre del Comité Ejecutivo de FORES, Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia, es un orgullo presentar el resultado del trabajo efectuado por el Comité de Expertos convocado para realizar un análisis independiente acerca de posibles reformas al sistema de justicia de Argentina.

FORES trabaja en forma sostenida, desde su fundación, en realizar diagnósticos y propuestas para mejorar el sistema de justicia en nuestro país. El último esfuerzo sistemático fue en 2015, cuando se presentó, a los entonces candidatos a Presidente de la Nación, la "Agenda Anotada para la Justicia Argentina 2015-2020", fruto de un trabajo participativo que procuró involucrar a todos los actores del sistema de justicia en nuestro país. Muchas de estas propuestas fueron recogidas por el programa "Justicia 2020."

Ante el anuncio del nuevo Presidente de la Nación, Alberto Fernández, de avanzar con la reforma de la Justicia, desde FORES se acordó trabajar en el análisis de las reformas proyectadas a través de los mismos dos ejes propuestos por el Poder Ejecutivo: por una parte, el análisis crítico del proyecto de ley, enviado por el Presidente al Congreso de la Nación, de "Organización y competencia de la justicia federal con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las provincias,"[1] y que motivara la participación del Presidente de FORES en la sesión conjunta de las Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Justicia y Asuntos Penales del Senado de la Nación del 6 de julio de 2019,[2] y la presentación de sus observaciones por escrito al referido plenario de comisiones, como de las propuestas para la modificación del funcionamiento del Ministerio Público, que se plasmara en la declaración efectuada por FORES (junto con la agrupación Será Justicia) en noviembre de 2019[3]; y por la otra, la conformación de una Comisión de expertos independientes que tuviera por objeto realizar un análisis de los temas propuestos por el Presidente de la Nación a la Comisión creada por Decreto 635/2020 desde una visión técnica y apartidaria, con la intención de que pueda convertirse en una herramienta de trabajo para todos quienes, desde una u otra posición, deban tomar decisiones sobre esos temas.

Así, desde FORES –con el apoyo del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, de la Asociación Civil de Magistrados/as y Funcionarios/as del Ministerio Publico de la Defensa de la República Argentina (ADePRA) y de la agrupación de abogados Bloque Constitucional–, se invitó a participar de esta Comisión a juristas de todo el país. Todos sus integrantes, que aceptaron de buen grado y en forma desinteresada su participación, son personas reconocidas por su profundo conocimiento de la situación

[1] Senado de la Nación, Expte. N° PE- 104/20 ((Mensaje N° 51/20).

[2] El registro en video de la sesión puede verse en https://www.youtube.com/watch?v=fxrITZxxCJg.

[3] https://foresjusticia.org/2020/11/13/nuevos-avances-contra-el-procurador-general-y-los-fiscales/

de la justicia en la República Argentina por vivirla cotidianamente, sea desde la judicatura, la gestión política e institucional, el ejercicio práctico de la abogacía o la academia. Durante cinco meses, los integrantes de la Comisión sostuvieron, en un año complicado por la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, múltiples reuniones y discusiones de los borradores de trabajo, para realizar este trabajo que hoy, desde FORES, presentamos como una contribución al debate público. A cada uno de ellos, nuestro agradecimiento muy especial.

Finalizado el trabajo, se abre ahora el debate público, que es de esperar resulte en una Justicia más moderna, eficiente y cercana a los habitantes de nuestro país, destinatarios últimos del sistema de justicia.

ALFREDO M. VÍTOLO
Presidente del Comité Ejecutivo de FORES
Diciembre de 2020

INTEGRANTES DEL CONSEJO CONSULTIVO INDEPENDIENTE CONVOCADO POR FORES EN RAZÓN DEL DECRETO 635/2020

MIGUEL ÁNGEL CAMINOS, Profesor titular de Derecho Penal, Universidad del Salvador; Juez de Cámara en el Tribunal Oral en lo Criminal de la Capital Federal. Ex presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y de la Federación Latinoamericana de Magistrados (FLAM).

SUSANA G. CAYUSO, Profesora titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UBA; Profesora de Posgrado en numerosas Universidades; directora del Departamento de Derecho Público l de la Facultad de Derecho, UBA (1999-2001). Vicepresidenta de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (2007-2011). Asesora de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de la Nación (1985/1997); Asesora de la Convención Constituyente Reformadora de la Constitución Nacional (1994); Asesora de la Convención Constituyente de la Provincia de Córdoba; Asesora de la Presidencia de la Cámara de Senadores de la Nación (2001-2002); Secretaria Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2007) y Secretaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a cargo de la Secretaría de Jurisprudencia de dicho Tribunal (2007-2015). Autora de diversos libros, artículos, comentarios y capítulos en materia constitucional y de derechos humanos.

HÉCTOR M. CHAYER, Profesor de las Maestrías en Magistratura de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Austral, y en cursos de postgrado en otras universidades y escuelas judiciales argentinas y latinoamericanas. Consultor internacional en gestión y organización judicial. Participó en proyectos de reforma judicial en varios países de América Latina. Ex Director Ejecutivo de FORES. Coordinador del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia de la Nación. Seguimiento de proyectos de acceso a la justicia en Brasil, Perú, Paraguay y Argentina para Eurosocial. Autor de diversos libros y artículos en materia de reforma judicial.

ENRIQUE V. DEL CARRIL, Profesor a cargo de la cátedra de Ética Profesional, Universidad Austral; Ex Profesor de grado y postgrado en diversas universidades del país. Miembro del Comité Académico del Programa Anual de Profundización en Derecho y Magistratura Judicial en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Director del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (1976-1977); presidente del directorio de dicha institución (2006-2010); miembro de la Comisión de Justicia y ejercicio profesional de dicho Colegio. Miembro fundador y Presidente de FORES (1995-2001). Miembro de la "Comisión de reforma al proceso de capacitación y selección de magistrados" del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (2016-2018) y del Comité Impulsor de Justicia 2020 del Ministerio de Justicia de la Nación (2015-2019). Ha publicado numerosos artículos referidos a la Reforma Judicial en revistas especializadas en la materia y periódicos de circulación general.

ALBERTO F. GARAY, Maestría en Leyes, Columbia University (1990). Profesor investigador visitante, Columbia University (1993 y 2015). Premio Academia Nacional de Ciencias (1990). Director y profesor del Curso de Actualización en Derecho Constitucional Argentino (Posgrado UBA, 1996-2004). Profesor de grado y postgrado en el Departamento de Derecho de la Universidad de San Andrés, y de Posgrado en las Universidades de Buenos Aires y Torcuato Di Tella. Consultor de organismos internacionales en materia judicial y constitucional. Autor y co-autor de libros y artículos en medios nacionales e internacionales en materia de Derecho constitucional y sistema judicial. Expositor en conferencias y seminarios nacionales e internacionales.

MANUEL GARCÍA MANSILLA, Master of Laws (LL.M.), Georgetown University Law Center (2001). Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, del Instituto "Segundo V. Linares Quintana" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, y miembro individual de la International Association of Constitutional Law. Autor y coautor de libros, capítulos de obras colectivas y artículos sobre temas de Derecho Constitucional publicados en el país, Estados Unidos y Australia.

HERNÁN MUNILLA LACASA, Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor titular de grado y posgrado de Derecho Penal (UCA). Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la UCA. Ex Director del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y ex Presidente de la Comisión de Derecho Penal y Procesal Penal del mismo Colegio. Co-Director de la Comisión de Compliance Penal Estratégico de la Asociación Argentina de Ética y Compliance.

DANIEL E. OSTROPOLSKY, Asesor del bloque UCR en la Comisión de Investigación de Ilícitos y Prácticas de Corrupción en la Cámara de Diputados de la Nación (1997-1998). Vocal Titular del Tribunal de Ética y Disciplina del Colegio de Abogados de Mendoza (2006-2008). Director (2008-2010) y Presidente (2010-2012) del Colegio de Abogados de Mendoza. Miembro del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación Argentina en representación de los abogados del interior del país (2010-2014).

SILVA B. PALACIO DE CAEIRO, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora de postgrado en maestrías, especializaciones y diplomaturas en la Universidad Nacional de Córdoba, en la Universidad Católica de Córdoba, en la Universidad Siglo 21 y en la Universidad Blas Pascal. Ha dictado cursos y clases en la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Austral, en la Universidad Católica Argentina (Sede Rosario), en la Universidad Nacional de La Rioja, en la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación, en el Colegio de Abogados de Córdoba y en otras entidades. Jueza de Cámara en lo Civil y Comercial de Córdoba. Miembro titular de la Sala Examinadora Civil y Comercial del Consejo de la Magistratura de Córdoba. Autora, coautora, directora y participante de obras de Derecho Procesal Constitucional,

Constitucional y Federal. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Directora de la Sala de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional del IEM - Asociación de Magistrados y Funcionarios de Córdoba.

ESTELA B. SACRISTÁN, Doctora en Derecho, UBA (2006); especialista en Derecho Administrativo Económico, UCA (1998). United States Judiciary Training Program, Federal Judicial Center, Washington D.C. (2005 y 2006). Profesora de Bases Constitucionales del Derecho Administrativo, MDA, Universidad Austral. Directora ejecutiva de la Diplomatura en Derecho Constitucional Profundizado y de la Diplomatura en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Austral. Premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación" (1995). Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, y del Instituto de Derecho Constitucional "Segundo V. Linares Quintana" de dicha Academia. Miembro correspondiente del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Preside la Comisión de Seguimiento de Jurisprudencia del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Trabajó en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la Administración pública, en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y en el Consejo de la Magistratura – Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Desde 2005 se desempeña en el sector privado.

fores
foro de estudios sobre la administración de justicia

Propuestas y recomendaciones del Consejo Consultivo independiente convocado por FORES en razón del Decreto 635/2020

Integrantes:

CAMINOS, MIGUEL ÁNGEL
CAYUSO, SUSANA G.
CHAYER, HÉCTOR M.
DEL CARRIL, ENRIQUE V.
GARAY, ALBERTO F.
GARCÍA MANSILLA, MANUEL J.
MUNILLA LACASA, HERNÁN
OSTROPOLSKY, DANIEL E.
PALACIO DE CAEIRO, SILVIA B.
SACRISTÁN, ESTELA B.

Buenos Aires, Argentina, Diciembre 2020

CONTENIDOS

I. Resumen ejecutivo 9
Eje "Corte Suprema" 9
Composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 9
Potestad reglamentaria de la Corte Suprema 9
Obligatoriedad en el ejercicio de la competencia por parte del órgano judicial 9
Control de constitucionalidad 9
Obligatoriedad del precedente 10
Audiencias públicas ante la Corte Suprema 10
Competencia originaria de la Corte Suprema cuando interviene una provincia o la CABA 10
Competencia apelada de la Corte Suprema por recurso extraordinario federal 11
Competencia apelada de la Corte Suprema por recurso extraordinario *per saltum* 11
Competencia apelada de la Corte Suprema por recurso ordinario 12
Traspaso art. 129 Const. Nac. Conflictos de competencia 12
Eje "Ministerio Público" 13
Rechazo de la iniciativa de reforma 13
Ubicación constitucional, naturaleza y garantías 13
De la Constitución a la ley 14
Designación 14
Duración del mandato 14
Remoción 15
Eje "Consejo de la Magistratura de la Nación" 15
Composición del cuerpo 15
Armonización de su funcionamiento con el de la Corte Suprema 16
Consejeros. Dedicación exclusiva, duración en el cargo, elecciones 16
Proceso de formación y selección de magistrados 17
Agilidad, publicidad y transparencia a los concursos de selección 17
Transparencia a los procesos de enjuiciamiento de magistrados 17
Incorporación de perspectiva de género en la composición del Consejo 18
Criterio federal para la composición y funcionamiento 18
Eje "Juicio por jurados" 18
Impostergabilidad 18
Leading case de la Corte Suprema 18
Adopción de decisiones 18
Veredicto y sentencia 19
II. Informe 20
Eje "Corte Suprema" 20
Composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 20
Potestad reglamentaria de la Corte Suprema 20
Obligatoriedad en el ejercicio de la competencia por parte del órgano judicial 21

Control de constitucionalidad 21
Obligatoriedad del precedente 21
Audiencias públicas ante la Corte Suprema 21
Competencia originaria de la Corte Suprema cuando interviene una provincia o la CABA 21
Competencia apelada de la Corte Suprema por recurso extraordinario federal 22
Competencia apelada de la Corte Suprema por recurso extraordinario *per saltum* 23
Competencia apelada de la Corte Suprema por recurso ordinario 23
Traspaso art. 129 Const. Nac. Conflictos de competencia 23
Eje "Ministerio Público" 24
Rechazo de la iniciativa de reforma 24
Ubicación constitucional, naturaleza y garantías 25
De la Constitución a la ley 25
Designación 26
Duración del mandato 26
Remoción 26
Eje "Consejo de la Magistratura de la Nación" 27
Composición del cuerpo 27
Armonización de su funcionamiento con el de la Corte Suprema 28
Consejeros. Dedicación exclusiva, duración en el cargo, elecciones 28
Proceso de formación y selección de magistrados 28
Agilidad, publicidad y transparencia a los concursos de selección 29
Transparencia a los procesos de enjuiciamiento de magistrados 29
Incorporación de perspectiva de género en la composición del Consejo 29
Criterio federal para la composición y funcionamiento 30
Eje "Juicio por jurados" 30
Impostergabilidad 30
Leading case de la Corte Suprema 30
Adopción de decisiones 30
Veredicto y sentencia 30
III. Anexos 32

I. Resumen ejecutivo

Eje "Corte Suprema"

Composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Mantener la integración actual de 5 jueces y juezas en la Corte Suprema conforme lo previsto en la Ley 26183 (B.O. 18/12/2006) a fin de preservar la continuidad e independencia del tribunal y evitar la décima alteración en los últimos 75 años.

- Rechazar las propuestas de dividir la Corte Suprema en salas presentadas en diversos proyectos de ley en los últimos años en función de los inconvenientes de índole constitucional y práctico de este tipo de propuestas.

- Establecer que, en la composición de la Corte Suprema, la participación de mujeres debe verificarse en un porcentaje no inferior al piso o base del cuarenta por ciento (o del cincuenta por ciento si el número de integrantes es par), y que no regirá techo máximo alguno. Ello, en las condiciones de idoneidad personal, técnico - jurídica, ética y ciudadana, y el compromiso con la Constitución Nacional, la democracia y la defensa de los derechos humanos, condiciones exigidas el Decreto 222/2003 (B.O. 20/6/2003).

Potestad reglamentaria de la Corte Suprema

- Profundizar el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Corte Suprema, como órgano especializado, a fin de que emita reglas para la más eficiente tramitación de las causas que se litigan ante sus estrados.

Obligatoriedad en el ejercicio de la competencia por parte del órgano judicial

- Exhortar a los integrantes de la Corte Suprema acerca de retomar el deber que pesa sobre todos y cada uno de ellos de suscribir los fallos y resoluciones, salvo que haya sido declarada procedente la recusación o excusación.

Control de constitucionalidad

- Poner de resalto el carácter esencial del apego a los cánones del control de constitucionalidad en el marco de lo establecido en la Constitución Nacional y en tanto interpretados por la Corte Suprema.

Obligatoriedad del precedente

- Reclamar el respeto, por parte de la Corte Suprema, de sus propios precedentes en casos análogos, en tanto no se verifique alguna de las excepciones que habilita el apartamiento conforme su jurisprudencia, deber extensivo a todos los demás tribunales del país. Ello, por razones de igualdad, previsibilidad, economía y seguridad jurídica.

Audiencias públicas ante la Corte Suprema

- Fortalecer el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Corte Suprema, como órgano especializado, en punto a la Acordada 30/2007, a fin de que el procedimiento de las audiencias públicas ante sus estrados se ajuste a los estándares propios de un sistema republicano de gobierno.

- Propiciar que en la motivación del eventual fallo se consignen las razones por las que se acogen o rechazan los argumentos conducentes invocados en dicha instancia participativa.

Competencia originaria de la Corte Suprema cuando interviene una provincia o la CABA

- Mantener la instancia originaria para pleitos en los que sea parte una provincia o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) que requieran preponderantemente la interpretación y/o aplicación de legislación federal o cuando concurra, en hipótesis semejantes, el Estado Nacional, conf. *Mendoza, Domingo y Hno. c/ Provincia de San Luis*, Fallos: 1: 485, del 3/5/1865.

- Extender la instancia originaria de la Corte Suprema en causas civiles en las que sea parte la CABA conforme al estatus que le corresponde por el art. 129, Const. Nac., y según su interpretación en *Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Provincia de Córdoba*, Fallos: 342: 533, del 4/4/2019. En consecuencia, modificar el art. 24, inc. 1º, del Decreto Ley 1285/1958 (B.O. 7/2/1958), a fin de establecer, como aforada en la instancia originaria, a la CABA.

- Excluir, del fuero originario, los casos de distinta vecindad en los que concurran el Derecho común (principalmente acciones de daños y perjuicios, art. 75, inc. 12, Const. Nac.) y el Derecho local (*Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios*, Fallos: 329: 759, del 21/3/2006). En consecuencia, modificar los arts. 2º, inc. 2º, de la Ley 48 (R.N. 1863-1869: 49), y 24, inc. 1º, del Decreto Ley 1285/1958, a fin de establecer que el alcance de los conceptos de "vecino" y de "causa civil" tendrá el significado expresado por la

Corte Suprema en *Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios*, Fallos: 329: 759, del 21/3/2006.

Competencia apelada de la Corte Suprema por recurso extraordinario federal

- Descartar la creación de un tribunal intermedio para tratar las cuestiones constitucionales por arbitrariedad pues, en la práctica, significará mayor burocracia judicial, mayor dispendio económico y soslayar que siempre quedará habilitada la vía del recurso extraordinario federal para recurrir a la Corte Suprema.

- Limitar la competencia extraordinaria de la Corte Suprema en materia previsional a casos de contradicción jurisprudencial entre las distintas Cámaras Federales del país atento el cúmulo desmesurado de causas previsionales que surge de las estadísticas oficiales.

- Modificar el procedimiento interno de la Corte Suprema en los casos de denegación del recurso extraordinario bajo los arts. 280 y 285 del CPCCN a los fines de lograr una circulación interna más eficiente y expeditiva, en especial en materia de fijación de plazos breves para el estudio y resolución de las causas.

- Publicar en la página *web* de la Corte Suprema la decisión del superior tribunal de la causa tal como se acostumbraba hacer según surge de los primeros tomos de la Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema. Esta exigencia debe observarse, en especial, en los casos de rechazo bajo los arts. 280 y 285 CPCCN a los fines de dotar de motivación suficiente al fallo.

Competencia apelada de la Corte Suprema por recurso extraordinario *per saltum*

- Reforzar la excepcionalidad del recurso extraordinario *per saltum* (arts. 257 bis y 257 ter CPCCN) para causas de notoria gravedad institucional y protección del derecho federal comprometido o para evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior (*Estado Nacional s/interpone recurso por salto de instancia en autos: Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26855, medida cautelar (expte. nº 3034),* Fallos: 336: 668, del 13/6/2013; *Bertuzzi, Pablo Daniel y otro c/ EN - PJN y otro s/ amparo ley 16.986*, CAF 011174/2020/1/RS001, del 29/9/2020; *Recurso Salto Instancia Nº 2 – Castelli, Germán Andrés c/ EN – Consejo de la Magistratura de la Nación s/ amparo Ley 16986*, CAF 011503/2020/2/RS001, del 5/11/2020).

- Hacer extensivo, a la presentación de los recursos extraordinarios *per saltum*, el Reglamento aprobado por la Acordada 4/2007.

Competencia apelada de la Corte Suprema por recurso ordinario

- Derogar el inc.6°, ap. a), Decreto Ley 1285/1958 que regula el recurso de apelación ordinaria ante la Corte Suprema cuando el demandado sea el Estado Nacional. Ponderar, a tal fin, el grado de razonabilidad de la apertura de la tercera instancia ordinaria; nuevas condiciones y necesidades de la comunidad; principio de igualdad de las partes en el proceso; rol institucional de la Corte Suprema; criterio estricto de interpretación de la competencia apelada; adecuada protección de los intereses del Estado Nacional mediante el recurso extraordinario federal (conf. *Anadon, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido*, Fallos: 338: 724, del 20/8/2015).

Traspaso art. 129 Const. Nac. Conflictos de competencia

- Concluir el traspaso de las competencias de los Juzgados Nacionales a la CABA en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 129 y concordantes, Const. Nac. (*Corrales, Guillermo Gustavo y otro s/ hábeas corpus*, Fallos: 338: 1517, del 9/12/2015, voto de los Dres. Lorenzetti y Maqueda; *N.N. y otros s/ averiguación de delito - Damnificado: Nisman, Alberto y otros*, Fallos: 339: 1342, del 20/9/2016; *Bazán, Fernando s/ amenazas*, Fallos: 342: 509, del 4/4/2019; entre otros), en razón de que el traspaso pendiente tendrá una incidencia importante en la reducción de causas que ingresan a la Corte Suprema.

- Mantener y consolidar la intervención del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (TSJCBA) en todos los conflictos de competencia entre órganos de la magistratura nacional y de la CABA (art. 24, inc. 7º, Decreto Ley 1285/1958) en procesos fundados en Derecho común (*Bazán, Fernando s/ amenazas*, Fallos: 342: 509, del 4/4/2019).

- Poner de resalto que la omisión actual en completar el íntegro traspaso de los tribunales nacionales a la CABA ha redundado en un significativo aumento de conflictos de competencia entre órganos de la Justicia federal y nacional que la Corte Suprema tiene que resolver (conf. doctrina *José Mármol 824 (ocupantes de la finca) s/ incidente de incompetencia*, Fallos: 341: 611, del 12/6/2018).

- Enfatizar que la omisión actual en concluir el íntegro traspaso de los tribunales nacionales a la CABA ha generado una situación de gravedad institucional relativa a establecer cuál es el superior tribunal de la causa que dicta la sentencia definitiva a los efectos del recurso extraordinario federal en las causas que todavía tramitan ante la Justicia nacional (conf. TSJCBA, *Levinas, Gabriel Isaías c/ SAG y otros (queja por recurso de inconstitucionalidad denegado) en: Ferrari, María Alicia y otro c/ Levinas, Gabriel Isaías s/ rendición de cuentas*, del 30/9/2020).

Eje "Ministerio Público"

Rechazo de la iniciativa de reforma

- Rechazar la reforma del Ministerio Público que actualmente se promueve, en un momento muy particular del país, conmovido por una severa crisis económica y sanitaria, pues dicha reforma devela posiciones que evidencian desacuerdos políticos difícilmente conciliables, ante una sociedad dividida y atravesada por la incertidumbre y la desconfianza.

- Puntualizar que no se está ante una oportunidad propicia para llevar adelante modificaciones sustanciales como las anunciadas pues la consolidación de las instituciones fundamentales de la República reclama una política de Estado que soslaye ideologías partidarias, visiones sesgadas e intereses guiados por la coyuntura.

- Advertir que toda reforma que al respecto se pretenda impulsar deberá contar, dada la ubicación constitucional del Ministerio Público, con el respaldo de una amplia participación de sectores sociales y académicos en pos de obtener el mejor producto que garantice una verdadera estabilidad para el futuro.

Ubicación constitucional, naturaleza y garantías

- Recordar que el Ministerio Público se ubica entre las instituciones fundamentales de la República al ser caracterizado por la Constitución como "órgano independiente" de los otros poderes del Estado, "con autonomía funcional y autarquía financiera" y definido por sus funciones de "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República", conf. art. 120, Const. Nac. La categorización como "órgano extrapoder" (art. 3º, ap. G, Ley 24309, B.O. 31/12/1993) otorga, al Procurador General de la Nación y al Defensor General de la Nación, garantías funcionales e institucionales asimilables a las de los otros poderes del Estado.

- Poner de resalto que la Constitución protege al Ministerio Público pues sus miembros gozan de garantías institucionales (independencia, autonomía funcional y autarquía financiera) y funcionales (inmunidades funcionales e intangibilidad de las remuneraciones) que marcan el límite que impide desnaturalizar la institución que resguardan y que concurren para asegurar la actuación independiente en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

- Reiterar que tanto el Procurador General de la Nación como el Defensor General de la Nación –cabezas del órgano extrapoder Ministerio Público– deben contar con las máximas garantías disponibles.

De la Constitución a la ley

- Las garantías que asisten al Ministerio Público fueron receptadas al sancionarse la primera ley orgánica, Ley 24946 (B.O. 23/3/1998), en la que intervinieron Senadores que, por haber sido antes Convencionales, transmitieron certeramente el espíritu y la voluntad de la Constituyente. Esa estructura fue recogida por Ley 27148 (B.O. 18/6/2015) y por Ley 27149 (B.O. 18/6/2015) cuando ya estaba sancionado el Código de Procedimientos acusatorio Ley 27063 (B.O. 10/12/2014) y por eso en esas leyes se incluyeron varios artículos relacionados con la aplicación del sistema, pero la entrada en vigencia del Código fue suspendida por Decreto 257/2015 (B.O. 29/12/2015). Modificar esa estructura, en los términos que hoy se pretende, implicaría una regresión que debilitaría la independencia del Ministerio Público como órgano extrapoder, dando lugar a objeciones de índole constitucional.

- Destacar que la Convención Constituyente omitió regular la forma de designación y remoción y la duración del mandato, pero las garantías que emergen del art. 120, Const. Nac., fijan los límites para que la regulación del Ministerio Público no desnaturalice la estructura concretada por el Poder Constituyente.

Designación

- Mantener el actual sistema de designación del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación, por parte del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado por dos tercios de los miembros presentes, pues la mayoría agravada representa el mejor sistema para seleccionar a quien cuente con el respaldo de un amplio consenso y cumpla con los requisitos de idoneidad técnica y moral.

- Recordar que los acuerdos transversales o cruzados, necesarios tratándose de un órgano que no está sometido a la elección popular, fortalecen el ejercicio independiente de la función, en especial dado que la defensa de los intereses generales de la sociedad no puede quedar sujeta a una mayoría política circunstancial.

Duración del mandato

- Destacar que la duración del mandato establecido en la legislación vigente es el adecuado para resguardar los efectos negativos que podría implicar, para una actuación independiente, someter los cargos, por períodos acotados, a las

negociaciones, discusiones, intereses y hasta enfrentamientos políticos ante cada posible nominación, amén de la incidencia negativa que cada cambio podría tener para el desarrollo y la previsibilidad de materias e instrucciones que reclaman continuidad y estabilidad.

- Recordar que, así como la inamovilidad es condición objetiva necesaria para la independencia, el carácter vitalicio no es inherente al sistema republicano; y, en el supuesto de propiciarse acortar el mandato, un plazo de 8 años (similar al previsto en Chile, Ley 19640, art. 16) sería el adecuado para el desarrollo y ejecución de los planes estratégicos. Ello, sin renovación a fin de evitar que la búsqueda de acuerdos políticos comprometa la autonomía del Ministerio Público.

Remoción

- Considerar la posibilidad de mantener el sistema de juicio político (art. 76, Ley 27148) como mecanismo de remoción del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación ya que garantiza independencia y autonomía funcional. Sin una tutela institucional, las funciones encomendadas por la Constitución perderían el sentido con las que fueron concebidas. Así como la mayoría agravada para la designación resulta ser un requisito que tiende a asegurar la idoneidad técnica y moral, el prever idéntica mayoría para el juicio político a los fines de la remoción asegura la independencia y autonomía del Ministerio Público.

- Alternativamente, si contrariamente a lo dispuesto en *Don Samuel Bruzzone contra el Doctor Matías Mackinlay Zapiola* , Fallos: 152:123, del 10/8/1928, se considerase que la ley formal (Ley 24946) no puede ampliar los supuestos de juicio político previstos en la Constitución Nacional (arg. *Marbury v Madison*, 5 U. S. 137 (1803) y *Sojo*, Fallos: 32: 120, del 8: 513, del 22/9/1887; *Molinas*, Fallos: 314: 1091, del 24/9/1991; *Roberto Solá y otros v. Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos: 320:2509, del 25/11/1997; CNE, *Milman, Gerardo Fabián c/ EN – PEN s/ proceso de conocimiento*, del 15/10/2015), debería aplicarse el procedimiento de remoción previsto para los restantes integrantes del Ministerio Público (v.gr., Tribunal de Enjuiciamiento, arts. 76, 77 y concs., Ley 27148) o establecer por ley un mecanismo similar al previsto para la remoción del Defensor del Pueblo de la Nación en el art. 86, Const. Nac., respetando las mayorías agravadas allí fijadas.

Eje “Consejo de la Magistratura de la Nación”

Este eje contó con la disidencia del Dr. Daniel E. Ostropolsky

Composición del cuerpo

- Otorgar a cada estamento del Consejo de la Magistratura, bajo el art. 114, Const. Nac., el número de representantes que le permita una integración plural en funciones y tendencias políticas, pero sin que pueda cada uno de esos estamentos por sí solo: a) formar quórum; b) tener mayoría absoluta.

- Evitar que, dentro del estamento político, los representantes del oficialismo (Poder Ejecutivo y mayoría de los legisladores), en su conjunto, obtengan un virtual "poder de veto" para las decisiones referidas a nombramiento y acusación de magistrados.

- Proponer que los representantes del Congreso de la Nación sean elegidos sólo por la Cámara de Diputados de la Nación pues el Senado interviene en el proceso de selección de jueces mediante su facultad de otorgar el acuerdo a las propuestas del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 4°, Const. Nac.).

- Proponer que el Consejo de la Magistratura esté compuesto por un número de 20 miembros, conforme la siguiente distribución: 6 abogados; 6 jueces; 6 diputados o representantes designados por la Cámara (4 por la mayoría y 2 por la primera minoría); 1 ministro de la Corte Suprema, y 1 académico elegido por votación de los claustros.

Armonización de su funcionamiento con el de la Corte Suprema

- Reafirmar el principio de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la cabeza del Poder Judicial y, por lo tanto, ejerce el gobierno de éste.

- Establecer la participación de la Corte Suprema en el Plenario del Consejo de la Magistratura otorgándose la presidencia de éste a un integrante de aquélla designado por sus colegas.

- Regular un recurso de revisión de las decisiones del Consejo de la Magistratura en materia de administración, estableciéndose a la Corte Suprema como tribunal de apelación.

- Crear una Oficina Administrativa del Poder Judicial que funcione en el ámbito del Consejo de la Magistratura asistiendo al presidente de éste. La Oficina Administrativa debería absorber los actuales organismos existentes en el Consejo y en la Corte Suprema a fin de evitar las duplicaciones de competencias. La Oficina Administrativa elaborará el presupuesto anual del Poder Judicial.

Consejeros. Dedicación exclusiva, duración en el cargo, elecciones

- Proponer que los representantes de todos los estamentos, salvo el miembro de la Corte Suprema, tengan dedicación exclusiva.

- Considerar que el actual período de 4 años es limitado y no permite que los miembros del Consejo puedan elaborar políticas de largo y mediano plazo, por lo cual se aconseja un período de 6 años.

- Proponer que las elecciones de los Consejeros no estén vinculadas a, ni se realicen en, años electorales para que no influyan en ellas las posturas políticas partidarias.

Proceso de formación y selección de magistrados

- Jerarquizar la Escuela Judicial de la Nación (EJN), actualmente existente, a fin de que sea una institución de excelencia destinada a la formación y perfeccionamiento de jueces.

- Otorgar, en el concurso de antecedentes, un valor decisivo a los cursos aprobados en la EJN, en especial el curso de aspirantes a jueces de primera instancia.

- Darle a la EJN una alta jerarquía académica dotándola de recursos suficientes para ello, provenientes de un porcentaje de la tasa de justicia y de una parte importante del presupuesto del Consejo de la Magistratura.

- Organizar un curso inicial con una extensión aproximada de dos años para poder aspirar al cargo de Juez de primera instancia, al cual, una vez aprobado, se le otorgará una incidencia fundamental en la selección al promediarse la calificación obtenida en el mismo con la calificación obtenida en el concurso de oposición.

Agilidad, publicidad y transparencia a los concursos de selección

- Establecer un sistema de concursos que se convocarán anualmente con independencia de las vacantes concretas que se produzcan, basado en trabajos estadísticos sobre las vacantes existentes y el promedio de las que se producen anualmente. Con el resultado de los concursos de oposición y antecedentes, incididos éstos últimos por la importancia en el puntaje que otorgará la aprobación de los cursos de la EJN, podrá contarse con un panel de aspirantes a cada cargo que permitirá integrar las ternas cuando concretamente se producen las vacantes sin que deba esperarse el lento proceso de selección que hoy rige para cubrírselas.

Transparencia a los procesos de enjuiciamiento de magistrados

- Establecer una oficina permanente a cargo de un secretario que tramite la iniciación de las causas de remoción, y la constitución del Tribunal de

Enjuiciamiento cuando se produzca la acusación por parte del Plenario del Consejo de la Magistratura.

- Integrar el estamento político del Tribunal de Enjuiciamiento con representantes del Senado pues es un Tribunal destinado a juzgar la conducta de los jueces.

- Establecer que debe haber igualdad de miembros de todos los estamentos.

Incorporación de perspectiva de género en la composición del Consejo

- Seguir los lineamientos de la legislación en la materia.

Criterio federal para la composición y funcionamiento

- Establecer proporciones en los integrantes de cada estamento que contemplen la representación de las distintas regiones del país.

Eje "Juicio por jurados"

Impostergabilidad

- Implementar los juicios por jurados, lo cual ya no puede ser demorada a nivel nacional pues la discusión ya no versa sobre si "jurados sí o jurados no" sino sobre qué clase de jurado, cuál es el modelo constitucional adecuado, qué características debe poseer y cómo debe preservarse su mecanismo.

Leading case de la Corte Suprema

- Concebir al juicio por jurados como un modo institucional de administración de justicia que expresa la participación del pueblo en la administración de la justicia penal, lo cual no sólo el derecho de una persona a ser juzgada por sus pares sino, fundamentalmente, el derecho del pueblo a juzgar. *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado – impugnación extraordinaria*, Fallos: 342: 697, del 2/5/2019, brinda argumentos contundentes y definitivos para afianzar su consagración como modelo de enjuiciamiento penal y extender su aplicación en los ámbitos donde todavía no rige.

Adopción de decisiones

- Recomendar que las decisiones del jurado se adopten por unanimidad, conforme los postulados emanados de la rica experiencia recogida por la Suprema Corte

estadounidense, cuyo sistema de enjuiciamiento fue tomado como modelo por nuestro Constituyente.

- Puntualizar que varias provincias de la Argentina han adoptado el criterio de unanimidad, sea en forma plena o parcial, exigiéndose unanimidad sólo para penas perpetuas, o por determinado lapso temporal en la deliberación, pasado el cual se flexibiliza, permitiéndose alcanzar el veredicto por mayoría.

Veredicto y sentencia

- Recomendar que los jurados decidan su voto en función del sistema de la "íntima convicción", el cual no requiere expresión o explicación de los motivos que conducen al convencimiento de la resolución adoptada para el caso, con lo cual el veredicto debe ser inmotivado.

- Recordar que la sentencia debe ser motivada pues la verdadera fundamentación "*…no radica en la expresión escrita del razonamiento, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia*", conf. *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicio agravado – impugnación extraordinaria*, Fallos: 342: 697, del 2/5/2019, cons. 19.

II. Informe

El presente Informe constituye el resultado de una tarea que tuvo como objetivo fortalecer el rol institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la República Argentina, en el marco del sistema republicano consagrado en la Constitución Nacional. Se trabajó en rescatar, revitalizar y dar eficacia a las herramientas institucionales con las que cuenta en la actualidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver Anexo 30), así como a la doctrina de sus precedentes (ver Anexos 5, 6, 7, 8, 11, 14 y 15).
La fundamentación de las presentes recomendaciones se halla en los documentos agregados como Anexos al presente, integrándolo. Los Anexos sin autor especificado son de autoría de este Consejo Consultivo independiente convocado por FORES Justicia.

Eje "Corte Suprema"

Composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Mantener la integración actual de 5 jueces y juezas en la Corte Suprema conforme lo previsto en la Ley 26183 (B.O. 18/12/2006) a fin de preservar la continuidad e independencia del tribunal y evitar la décima alteración en los últimos 75 años. Ver Anexos 16, 26 y 29.

- Rechazar las propuestas de dividir la Corte Suprema en salas presentadas en diversos proyectos de ley en los últimos años en función de los inconvenientes de índole constitucional y práctico de este tipo de propuestas. Ver Anexo 17.

- Establecer que, en la composición de la Corte Suprema, la participación de mujeres debe verificarse en un porcentaje no inferior al piso o base del cuarenta por ciento (o del cincuenta por ciento si el número de integrantes es par), y que no regirá techo máximo alguno. Ello, en las condiciones de idoneidad personal, técnico - jurídica, ética y ciudadana, y el compromiso con la Constitución Nacional, la democracia y la defensa de los derechos humanos, condiciones exigidas el Decreto 222/2003 (B.O. 20/6/2003). Ver Anexos 1 y 21.

Potestad reglamentaria de la Corte Suprema

- Profundizar el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Corte Suprema, como órgano especializado, a fin de que emita reglas para la más eficiente tramitación de las causas que se litigan ante sus estrados. Ver Anexos 10, 29 y 30.

Obligatoriedad en el ejercicio de la competencia por parte del órgano judicial

- Exhortar a los integrantes de la Corte Suprema acerca de retomar el deber que pesa sobre todos y cada uno de ellos de suscribir los fallos y resoluciones, salvo que haya sido declarada procedente la recusación o excusación (arg. Ley 19549, art. 3º, B.O. 27/4/1972). Ver Anexos 13 y 25.

Control de constitucionalidad

- Poner de resalto el carácter esencial del apego a los cánones del control de constitucionalidad en el marco de lo establecido en la Constitución Nacional y en tanto interpretados por la Corte Suprema. Ver Anexos 20 y 23.

Obligatoriedad del precedente

- Reclamar el respeto, por parte de la Corte Suprema, de sus propios precedentes en casos análogos, en tanto no se verifique alguna de las excepciones que habilita el apartamiento conforme su jurisprudencia, deber extensivo a todos los demás tribunales del país. Ello, por razones de igualdad, previsibilidad, economía y seguridad jurídica. Ver Anexos 5, 6, 7, 8, 11, 14, 15 y 29.

Audiencias públicas ante la Corte Suprema

- Fortalecer el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Corte Suprema, como órgano especializado, en punto a la Acordada 30/2007, a fin de que el procedimiento de las audiencias públicas ante sus estrados se ajuste a los estándares propios de un sistema republicano de gobierno. Ver Anexos 28, 29 y 30.

- Propiciar que en la motivación del eventual fallo se consignen las razones por las que se acogen o rechazan los argumentos conducentes invocados en dicha instancia participativa. Ver Anexos 28, 29 y 30.

Competencia originaria de la Corte Suprema cuando interviene una provincia o la CABA

- Mantener la instancia originaria para pleitos en los que sea parte una provincia o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) que requieran preponderantemente la interpretación y/o aplicación de legislación federal o cuando concurra, en hipótesis semejantes, el Estado Nacional, conf. *Mendoza, Domingo y Hno. c/ Provincia de San Luis*, Fallos: 1: 485, del 3/5/1865. Ver Anexo 18.

- Extender la instancia originaria de la Corte Suprema en causas civiles en las que sea parte la CABA conforme al estatus que le corresponde por el art. 129, Const. Nac., y según su interpretación en *Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Provincia de Córdoba*, Fallos: 342: 533, del 4/4/2019. En consecuencia, modificar el art. 24, inc. 1º, del Decreto Ley 1285/1958 (B.O. 7/2/1958), a fin de establecer, como aforada en la instancia originaria, a la CABA. Ver Anexos 3, 18 y 22.

- Excluir, del fuero originario, los casos de distinta vecindad en los que concurran el Derecho común (principalmente acciones de daños y perjuicios, art. 75, inc. 12, Const. Nac.) y el Derecho local (*Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios*, Fallos: 329: 759, del 21/3/2006). En consecuencia, modificar los arts. 2º, inc. 2º, de la Ley 48 (R.N. 1863-1869: 49), y 24, inc. 1º, del Decreto Ley 1285/1958, a fin de establecer que el alcance de los conceptos de "vecino" y de "causa civil" tendrá el significado expresado por la Corte Suprema en *Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios*, Fallos: 329: 759, del 21/3/2006. Ver Anexos 10, 14 y 18.

Competencia apelada de la Corte Suprema por recurso extraordinario federal

- Descartar la creación de un tribunal intermedio para tratar las cuestiones constitucionales por arbitrariedad pues, en la práctica, significará mayor burocracia judicial, mayor dispendio económico y soslayar que siempre quedará habilitada la vía del recurso extraordinario federal para recurrir a la Corte Suprema. Ver Anexos 5, 9 y 17.

- Limitar la competencia extraordinaria de la Corte Suprema en materia previsional a casos de contradicción jurisprudencial entre las distintas Cámaras Federales del país atento el cúmulo desmesurado de causas previsionales que surge de las estadísticas oficiales. Ver Anexos 10, 12, 30.

- Modificar el procedimiento interno de la Corte Suprema en los casos de denegación del recurso extraordinario bajo los arts. 280 y 285 del CPCCN a los fines de lograr una circulación interna más eficiente y expeditiva, en especial en materia de fijación de plazos breves para el estudio y resolución de las causas. Ver Anexos 4, 10 y 13.

- Publicar en la página *web* de la Corte Suprema la decisión del superior tribunal de la causa tal como se acostumbraba hacer según surge de los primeros tomos de la Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema. Esta exigencia debe observarse,

en especial, en los casos de rechazo bajo los arts. 280 y 285 CPCCN a los fines de dotar de motivación suficiente al fallo. Ver Anexos 4 y 30.

Competencia apelada de la Corte Suprema por recurso extraordinario *per saltum*

- Reforzar la excepcionalidad del recurso extraordinario *per saltum* (arts. 257 bis y 257 ter CPCCN) para causas de notoria gravedad institucional y protección del derecho federal comprometido o para evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior (*Estado Nacional s/interpone recurso por salto de instancia en autos: Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26855, medida cautelar (expte. nº 3034),* Fallos: 336: 668, del 13/6/2013; *Bertuzzi, Pablo Daniel y otro c/ EN - PJN y otro s/ amparo ley 16.986*, CAF 011174/2020/1/RS001, del 29/9/2020; *Recurso Salto Instancia Nº 2 – Castelli, Germán Andrés c/ EN – Consejo de la Magistratura de la Nación s/ amparo Ley 16986*, CAF 011503/2020/2/RS001, del 5/11/2020). Ver Anexos 19 y 24.

- Hacer extensivo, a la presentación de los recursos extraordinarios *per saltum*, el Reglamento aprobado por la Acordada 4/2007 (B.O. 21/3/2007). Ver Anexo 19.

Competencia apelada de la Corte Suprema por recurso ordinario

- Derogar el inc.6°, ap. a), Decreto Ley 1285/1958 que regula el recurso de apelación ordinaria ante la Corte Suprema cuando el demandado sea el Estado Nacional. Ponderar, a tal fin, el grado de razonabilidad de la apertura de la tercera instancia ordinaria; nuevas condiciones y necesidades de la comunidad; principio de igualdad de las partes en el proceso; rol institucional de la Corte Suprema; criterio estricto de interpretación de la competencia apelada; adecuada protección de los intereses del Estado Nacional mediante el recurso extraordinario federal (conf. *Anadon, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido*, Fallos: 338: 724, del 20/8/2015). Ver Anexo 2.

Traspaso art. 129 Const. Nac. Conflictos de competencia

- Concluir el traspaso de las competencias de los Juzgados Nacionales a la CABA en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 129 y concordantes, Const. Nac. (*Corrales, Guillermo Gustavo y otro s/ hábeas corpus*, Fallos: 338: 1517, del 9/12/2015, voto de los Dres. Lorenzetti y Maqueda; *N.N. y otros s/ averiguación de delito - Damnificado: Nisman, Alberto y otros*, Fallos: 339: 1342, del 20/9/2016; *Bazán, Fernando s/ amenazas*, Fallos: 342: 509, del 4/4/2019; entre otros), en razón de que el traspaso pendiente tendrá una incidencia importante en la reducción de causas que ingresan a la Corte Suprema. Ver Anexos 3, 18, 22 y 31.

- Mantener y consolidar la intervención del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (TSJCBA) en todos los conflictos de competencia entre órganos de la magistratura nacional y de la CABA (art. 24, inc. 7º, Decreto Ley 1285/1958) en procesos fundados en Derecho común (*Bazán, Fernando s/ amenazas*, Fallos: 342: 509, del 4/4/2019). Ver Anexos 3, 18 y 22.

- Poner de resalto que la omisión actual en completar el íntegro traspaso de los tribunales nacionales a la CABA ha redundado en un significativo aumento de conflictos de competencia entre órganos de la Justicia federal y nacional que la Corte Suprema tiene que resolver (conf. doctrina *José Mármol 824 (ocupantes de la finca) s/ incidente de incompetencia*, Fallos: 341: 611, del 12/6/2018). Ver Anexos 3, 18 y 22.

- Enfatizar que la omisión actual en concluir el íntegro traspaso de los tribunales nacionales a la CABA ha generado una situación de gravedad institucional relativa a establecer cuál es el superior tribunal de la causa que dicta la sentencia definitiva a los efectos del recurso extraordinario federal en las causas que todavía tramitan ante la Justicia nacional (conf. TSJCBA, *Levinas, Gabriel Isaías c/ SAG y otros (queja por recurso de inconstitucionalidad denegado) en: Ferrari, María Alicia y otro c/ Levinas, Gabriel Isaías s/ rendición de cuentas*, del 30/9/2020). Ver Anexos 3, 18 y 22.

Eje "Ministerio Público"

Rechazo de la iniciativa de reforma

- Rechazar la reforma del Ministerio Público que actualmente se promueve, en un momento muy particular del país, conmovido por una severa crisis económica y sanitaria, pues dicha reforma devela posiciones que evidencian desacuerdos políticos difícilmente conciliables, ante una sociedad dividida y atravesada por la incertidumbre y la desconfianza.

- Puntualizar que no se está ante una oportunidad propicia para llevar adelante modificaciones sustanciales como las anunciadas pues la consolidación de las instituciones fundamentales de la República reclama una política de Estado que soslaye ideologías partidarias, visiones sesgadas e intereses guiados por la coyuntura.

- Advertir que toda reforma que al respecto se pretenda impulsar deberá contar, dada la ubicación constitucional del Ministerio Público, con el respaldo de una amplia participación de sectores sociales y académicos en pos de obtener el mejor producto que garantice una verdadera estabilidad para el futuro. Ver anexo 32.

Ubicación constitucional, naturaleza y garantías

- Recordar que el Ministerio Público se ubica entre las instituciones fundamentales de la República al ser caracterizado por la Constitución como "órgano independiente" de los otros poderes del Estado, "con autonomía funcional y autarquía financiera" y definido por sus funciones de "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República", conf. art. 120, Const. Nac. La categorización como "órgano extrapoder" (art. 3º, ap. G, Ley 24309, B.O. 31/12/1993) (ver anexo 33) otorga, al Procurador General de la Nación y al Defensor General de la Nación, garantías funcionales e institucionales asimilables a las de los otros poderes del Estado.

- Poner de resalto que la Constitución, art. 120, protege al Ministerio Público pues sus miembros gozan de garantías institucionales (independencia, autonomía funcional y autarquía financiera) y funcionales (inmunidades funcionales e intangibilidad de las remuneraciones) que marcan el límite que impide desnaturalizar la institución que resguardan y que concurren para asegurar la actuación independiente en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

- Reiterar que tanto el Procurador General de la Nación como el Defensor General de la Nación –cabezas del órgano extrapoder Ministerio Público– deben contar con las máximas garantías disponibles.

De la Constitución a la ley

- Las garantías que asisten al Ministerio Público fueron receptadas al sancionarse la primera ley orgánica, Ley 24946 (B.O. 23/3/1998) (ver anexo 34), en la que intervinierovn Senadores que, por haber sido antes Convencionales, transmitieron certeramente el espíritu y la voluntad de la Constituyente. Esa estructura fue recogida por Ley 27148 (B.O. 18/6/2015) (ver anexo 35) y por Ley 27149 (B.O. 18/6/2015) (ver anexo 36) cuando ya estaba sancionado el Código de Procedimientos acusatorio Ley 27063 (B.O. 10/12/2014) y por eso en esas leyes se incluyeron varios artículos relacionados con la aplicación del sistema, pero la entrada en vigencia del Código fue suspendida por Decreto 257/2015 (B.O. 29/12/2015) (ver anexo 37). Modificar esa estructura, en los términos que hoy se pretende, implicaría una regresión que debilitaría la independencia del Ministerio Público como órgano extrapoder, dando lugar a objeciones de índole constitucional.

- Destacar que la Convención Constituyente omitió regular la forma de designación

y remoción y la duración del mandato, pero las garantías que emergen del art. 120, Const. Nac., fijan los límites para que la regulación del Ministerio Público no desnaturalice la estructura concretada por el Poder Constituyente.

Designación

- Mantener el actual sistema de designación del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación, por parte del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado por dos tercios de los miembros presentes, pues la mayoría agravada representa el mejor sistema para seleccionar a quien cuente con el respaldo de un amplio consenso y cumpla con los requisitos de idoneidad técnica y moral. Ver anexo 1.

- Recordar que los acuerdos transversales o cruzados, necesarios tratándose de un órgano que no está sometido a la elección popular, fortalecen el ejercicio independiente de la función, en especial dado que la defensa de los intereses generales de la sociedad no puede quedar sujeta a una mayoría política circunstancial. Ver anexo 38.

Duración del mandato

- Destacar que la duración del mandato establecido en la legislación vigente es el adecuado para resguardar los efectos negativos que podría implicar, para una actuación independiente, someter los cargos, por períodos acotados, a las negociaciones, discusiones, intereses y hasta enfrentamientos políticos ante cada posible nominación, amén de la incidencia negativa que cada cambio podría tener para el desarrollo y la previsibilidad de materias e instrucciones que reclaman continuidad y estabilidad. Ver anexos 39 y 40.

- Recordar que, así como la inamovilidad es condición objetiva necesaria para la independencia, el carácter vitalicio no es inherente al sistema republicano; y, en el supuesto de propiciarse acortar el mandato, un plazo de 8 años (similar al previsto en Chile, Ley 19640, art. 16) sería el adecuado para el desarrollo y ejecución de los planes estratégicos. Ello, sin renovación a fin de evitar que la búsqueda de acuerdos políticos comprometa la autonomía del Ministerio Público. Ver anexo 40.

Remoción

- Considerar la posibilidad de mantener el sistema de juicio político (art. 76, Ley 27148) como mecanismo de remoción del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación ya que garantiza independencia y autonomía funcional. Sin una tutela institucional, las funciones encomendadas por la

Constitución perderían el sentido con las que fueron concebidas. Así como la mayoría agravada para la designación resulta ser un requisito que tiende a asegurar la idoneidad técnica y moral, el prever idéntica mayoría para el juicio político a los fines de la remoción asegura la independencia y autonomía del Ministerio Público. Ver anexos 52, 53 y 54.

- Alternativamente, si contrariamente a lo dispuesto en *Don Samuel Bruzzone contra el Doctor Matías Mackinlay Zapiola* , Fallos: 152:123, del 10/8/1928, se considerase que la ley formal (Ley 24946) no puede ampliar los supuestos de juicio político previstos en la Constitución Nacional (arg. *Marbury v Madison*, 5 U. S. 137 (1803) y *Sojo*, Fallos: 32: 120, del 8: 513, del 22/9/1887; *Molinas*, Fallos: 314: 1091, del 24/9/1991; *Roberto Solá y otros v. Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos: 320:2509, del 25/11/1997; CNE, *Milman, Gerardo Fabián c/ EN – PEN s/ proceso de conocimiento*, del 15/10/2015), debería aplicarse el procedimiento de remoción previsto para los restantes integrantes del Ministerio Público (v.gr., Tribunal de Enjuiciamiento, arts. 76, 77 y concs., Ley 27148) o establecer por ley un mecanismo similar al previsto para la remoción del Defensor del Pueblo de la Nación en el art. 86, Const. Nac., respetando las mayorías agravadas allí fijadas.

Eje "Consejo de la Magistratura de la Nación"

Este eje contó con la disidencia del Dr. Daniel E. Ostropolsky: ver Anexo 55

Composición del cuerpo

- Otorgar a cada estamento del Consejo de la Magistratura, bajo el art. 114, Const. Nac., el número de representantes que le permita una integración plural en funciones y tendencias políticas, pero sin que pueda cada uno de esos estamentos por sí solo: a) formar quórum; b) tener mayoría absoluta. Ver Anexos 42 y 43.

- Evitar que, dentro del estamento político, los representantes del oficialismo (Poder Ejecutivo y mayoría de los legisladores), en su conjunto, obtengan un virtual "poder de veto" para las decisiones referidas a nombramiento y acusación de magistrados. Ver Anexos 42 y 43.

- Proponer que los representantes del Congreso de la Nación sean elegidos sólo por la Cámara de Diputados de la Nación pues el Senado interviene en el proceso de selección de jueces mediante su facultad de otorgar el acuerdo a las propuestas del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 4°, Const. Nac.). Ver Anexos 42 y 43.

- Proponer que el Consejo de la Magistratura esté compuesto por un número de 20 miembros, conforme la siguiente distribución: 6 abogados; 6 jueces; 6 diputados o representantes designados por la Cámara (4 por la mayoría y 2 por la primera

minoría); 1 ministro de la Corte Suprema, y 1 académico elegido por votación de los claustros. Ver Anexos 42 y 43.

Armonización de su funcionamiento con el de la Corte Suprema

- Reafirmar el principio de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la cabeza del Poder Judicial y, por lo tanto, ejerce el gobierno de éste. Ver Anexos 27, 42 y 43.

- Establecer la participación de la Corte Suprema en el Plenario del Consejo de la Magistratura otorgándose la presidencia de éste a un integrante de aquélla designado por sus colegas. Ver Anexos 29, 42 y 43.

- Regular un recurso de revisión de las decisiones del Consejo de la Magistratura en materia de administración, estableciéndose a la Corte Suprema como tribunal de apelación. Ver Anexos 27, 42 y 43.

- Crear una Oficina Administrativa del Poder Judicial que funcione en el ámbito del Consejo de la Magistratura asistiendo al presidente de éste. La Oficina Administrativa debería absorber los actuales organismos existentes en el Consejo y en la Corte Suprema a fin de evitar las duplicaciones de competencias. La Oficina Administrativa elaborará el presupuesto anual del Poder Judicial. Ver Anexos 29, 42 y 43.

Consejeros. Dedicación exclusiva, duración en el cargo, elecciones

- Proponer que los representantes de todos los estamentos, salvo el miembro de la Corte Suprema, tengan dedicación exclusiva. Ver Anexos 42 y 43.

- Considerar que el actual período de 4 años es limitado y no permite que los miembros del Consejo puedan elaborar políticas de largo y mediano plazo, por lo cual se aconseja un período de 6 años. Ver Anexos 42 y 43.

- Proponer que las elecciones de los Consejeros no estén vinculadas a, ni se realicen en, años electorales para que no influyan en ellas las posturas políticas partidarias. Ver Anexos 42 y 43.

Proceso de formación y selección de magistrados

- Jerarquizar la Escuela Judicial de la Nación (EJN), actualmente existente, a fin de que sea una institución de excelencia destinada a la formación y perfeccionamiento de jueces. Ver Anexos 42 y 43.

- Otorgar, en el concurso de antecedentes, un valor decisivo a los cursos aprobados en la EJN, en especial el curso de aspirantes a jueces de primera instancia. Ver Anexos 42 y 43.

- Darle a la EJN una alta jerarquía académica dotándola de recursos suficientes para ello, provenientes de un porcentaje de la tasa de justicia y de una parte importante del presupuesto del Consejo de la Magistratura. Ver Anexos 42 y 43.

- Organizar un curso inicial con una extensión aproximada de dos años para poder aspirar al cargo de Juez de primera instancia, al cual, una vez aprobado, se le otorgará una incidencia fundamental en la selección al promediarse la calificación obtenida en el mismo con la calificación obtenida en el concurso de oposición. Ver Anexos 42 y 43.

Agilidad, publicidad y transparencia a los concursos de selección

- Establecer un sistema de concursos que se convocarán anualmente con independencia de las vacantes concretas que se produzcan, basado en trabajos estadísticos sobre las vacantes existentes y el promedio de las que se producen anualmente. Con el resultado de los concursos de oposición y antecedentes, incididos éstos últimos por la importancia en el puntaje que otorgará la aprobación de los cursos de la EJN, podrá contarse con un panel de aspirantes a cada cargo que permitirá integrar las ternas cuando concretamente se producen las vacantes sin que deba esperarse el lento proceso de selección que hoy rige para cubrírselas. Ver Anexos 42 y 43.

Transparencia a los procesos de enjuiciamiento de magistrados

- Establecer una oficina permanente a cargo de un secretario que tramite la iniciación de las causas de remoción, y la constitución del Tribunal de Enjuiciamiento cuando se produzca la acusación por parte del Plenario del Consejo de la Magistratura. Ver Anexos 42 y 43.

- Integrar el estamento político del Tribunal de Enjuiciamiento con representantes del Senado pues es un Tribunal destinado a juzgar la conducta de los jueces. Ver Anexos 42 y 43.

- Establecer que debe haber igualdad de miembros de todos los estamentos. Ver Anexos 42 y 43.

Incorporación de perspectiva de género en la composición del Consejo

- Seguir los lineamientos de la legislación en la materia. Ver Anexos 1, 21, 42 y 43.

Criterio federal para la composición y funcionamiento

- Establecer proporciones en los integrantes de cada estamento que contemplen la representación de las distintas regiones del país. Ver Anexos 42 y 43.

Eje "Juicio por jurados"

Impostergabilidad

- Implementar los juicios por jurados, lo cual ya no puede ser demorada a nivel nacional pues la discusión ya no versa sobre si "jurados sí o jurados no" sino sobre qué clase de jurado, cuál es el modelo constitucional adecuado, qué características debe poseer y cómo debe preservarse su mecanismo. Ver Anexos 44 y 56.

Leading case de la Corte Suprema

- Concebir al juicio por jurados como un modo institucional de administración de justicia que expresa la participación del pueblo en la administración de la justicia penal, lo cual no sólo el derecho de una persona a ser juzgada por sus pares sino, fundamentalmente, el derecho del pueblo a juzgar. *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado – impugnación extraordinaria*, Fallos: 342: 697, del 2/5/2019, brinda argumentos contundentes y definitivos para afianzar su consagración como modelo de enjuiciamiento penal y extender su aplicación en los ámbitos donde todavía no rige. Ver Anexos 44 y 56.

Adopción de decisiones

- Recomendar que las decisiones del jurado se adopten por unanimidad, conforme los postulados emanados de la rica experiencia recogida por la Suprema Corte estadounidense, cuyo sistema de enjuiciamiento fue tomado como modelo por nuestro Constituyente. Ver Anexos 45, 46, 47, 48 y 56.

- Puntualizar que varias provincias de la Argentina han adoptado el criterio de unanimidad, sea en forma plena o parcial, exigiéndose unanimidad sólo para penas perpetuas, o por determinado lapso temporal en la deliberación, pasado el cual se flexibiliza, permitiéndose alcanzar el veredicto por mayoría. Ver Anexos 47 y 56.

Veredicto y sentencia

- Recomendar que los jurados decidan su voto en función del sistema de la "íntima convicción", el cual no requiere expresión o explicación de los motivos que conducen al convencimiento de la resolución adoptada para el caso, con lo cual el veredicto debe ser inmotivado. Ver Anexos 49, 50, 51 y 56.

- Recordar que la sentencia debe ser motivada pues la verdadera fundamentación "*…no radica en la expresión escrita del razonamiento, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia*", conf. *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicio agravado – impugnación extraordinaria*, Fallos: 342: 697, del 2/5/2019, cons. 19. Ver Anexos 44 y 56.

III. Anexos

Anexo 01

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. PROBLEMAS E INTERROGANTES. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO

SUSANA GRACIELA CAYUSO

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN. II.- DISEÑO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA. III.- LA IGUALDAD Y SU PAUTA O ESTÁNDAR DE CONTROL. IV.- UN PROBLEMA A RESOLVER.

Fecha recepción: 2.02.2009
Fecha aceptación: 4.05.2009

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. PROBLEMAS E INTERROGANTES. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO[1]

POR

SUSANA GRACIELA CAYUSO[2]

Universidad de Buenos Aires

I.- INTRODUCCIÓN

Cuando Ronald Dworkin se interroga acerca de qué derechos tenemos en el sistema democrático retoma lo que tradicionalmente ha sido enunciado como la problemática tensión entre libertad e igualdad. Tensión que ha dado origen a una relación a tal punto estereotipada que al tiempo que se declama su necesaria y armónica convivencia en el estado de derecho, en la práctica se ha sacrificado la igualdad por un concepto de libertad sectorial y discriminatoria.

En tal sentido, el autor citado reformula aquella tensión, desplaza el concepto de libertad en abstracto por el de libertades, con el alcance de reconoci-

[1] Este trabajo integra el libro editado en homenaje al Dr. Germán Bidart Campos «*Defensa de la Constitución. Garantismos y controles*»-CapII *Garantismos*-Pto.3 *Protección y efectivización de los derechos y las garantías en el ámbito interno del estado*- Ed. Ediar- -julio 2003-Bs.As.Argentina.

[2] Profesora Titular de Derecho Constitucional, miembro del Instituto de Investigaciones «Ambrosio L. Gioja» y Directora del Departamento de Derecho Público l de la Facultad de Derecho de la U.B.A. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

miento y protección de derechos de diversa naturaleza, y centra el núcleo de su análisis en el concepto de igualdad. La igualdad se transforma así en el parámetro definitorio para evaluar el sentido de las restricciones a las libertades. Dice al respecto «*El concepto central de mi argumentación no será el de libertad sino el de igualdad... La cuestión soberana de la teoría política, dentro de un estado al que se supone gobernado por la concepción liberal de la igualdad, es la cuestión de cuáles son las desigualdades en bienes, oportunidades y libertades que se permiten en un estado tal, y por qué. El comienzo de una respuesta parte de la siguiente distinción. Cada uno de los ciudadanos gobernados por la concepción liberal de la igualdad tiene derecho a igual consideración y respeto.*

Pero hay dos derechos diferentes que podrían ser abarcados por ese derecho abstracto. El primero es el derecho a igual tratamiento, es decir, a la misma distribución de bienes y oportunidades que tenga cualquier otro o que le haya sido otorgada... El segundo es el derecho a ser tratado como igual. Es el derecho no a la igual distribución de algún bien u oportunidad, sino el derecho a igual consideración y respeto en las decisiones políticas referentes a la forma en que han de ser distribuidos tales bienes u oportunidades. Sugiero que el derecho a ser tratado como igual debe ser fundamental dentro de la concepción liberal de la igualdad, y que el derecho -más restrictivo- a igual tratamiento sólo es válido en aquellas circunstancias especiales en que, por alguna razón especial, se sigue del derecho más fundamental... Propongo también que los derechos individuales a diferentes libertades sólo deben ser reconocidos cuando se puede demostrar que el derecho fundamental a ser tratado como igual los exige. Si esto es correcto, entonces el derecho a diferentes libertades no entra en conflicto con ningún supuesto derecho concurrente a la igualdad, sino que, por el contrario, se sigue de una concepción de la igualdad reconocidamente más fundamental... Un gobierno que respete la concepción liberal de la igualdad sólo puede restringir la libertad cuando se lo permiten ciertos tipos de justificación muy limitados...».[3]

Me parece sugestivo comenzar con esta idea de Dworkin porque en ella vislumbro muchas de las cuestiones conflictivas, si no todas, que rodean la idea de igualdad y su relación con el efectivo ejercicio de libertades o derechos de diversa naturaleza.

Es una ficción, alimentada durante años por una cultura política interesada, pretender que la definición dogmática y abstracta de la libertad posibilite la efectiva vigencia de las libertades en el marco de lo básicamente viable desde lo jurídico y lo fáctico.

La vigencia de los derechos, entendidos como porciones de libertad, requiere de la posibilidad de optar, y optar supone elegir y elegir reconoce a la li-

[3] Dworkin Ronald , *Los derechos en serio,* Ed. Ariel , Barcelona,1999, págs. 380/395.

bertad como presupuesto ineludible. Presupuesto que en un sistema democrático constitucional conduce al principio de igualdad.

El reconocimiento de las libertades o derechos, y la medida de su ejercicio, reconoce una ligazón fuerte y determinante con el principio, el derecho y la garantía de la igualdad. Tres aspectos de una misma cuestión.

La igualdad se instala en el ordenamiento jurídico supremo como principio y regla y a partir de tal recepción configura un derecho y una garantía.

En su condición de principio irradia al resto del ordenamiento, constituye una guía de apreciación y, al mismo tiempo, se define como un mandato de optimización. Mandato que no es disponible para los poderes constituidos, más adelante intentaremos dar algunas pautas del alcance de está afirmación, y que debería conformar una directriz fuerte en la toma de decisión de políticas públicas y controles. El principio de igualdad constitucional se integra con el concepto de ser tratado como igual y con el de igual tratamiento.

En su condición de derecho habilita a los individuos dentro del sistema la facultad de formular oposición frente a normas o actos violatorios de aquel principio en términos generales o francamente discriminatorios desde lo específico, estatus negativo, o de exigir algún comportamiento determinado de los poderes públicos, estatus positivo.

Y, finalmente, en su condición de garantía, aunque sustantiva y no meramente procesal, en tanto constituye un presupuesto para la efectividad de las diversas libertades o derechos interesa determinar cuál es en el sistema jurídico constitucional el parámetro para maximizar su tutela.

La igualdad como principio y garantía tiende a condicionar a los poderes públicos en cuanto al grado de su consideración a la hora de reglar, omitir o actuar. La igualdad como derecho interrelaciona con el resto de los derechos fundamentales, es presupuesto de su ejercicio y está alcanzado por el principio constitucional que establece que no hay derechos en su ejercicio absoluto.[4]

La sistematización de los conflictos que rodean a la igualdad es una de las cuestiones de más compleja realización.

[4] El art.14 de la Constitución Argentina dispone que «*Todos los habitantes gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenta 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*». Está norma corresponde al texto de la Constitución histórica, consagra los denominados clásicamente derechos civiles, sin perjuicio de otras normas en materia de derechos ni de aquellos incorporados o reconocidos a partir de la reforma constitucional de 1994. El principio de ejercicio relativo de los derechos surge de la primera frase del artículo de referencia toda vez que el goce de aquellos será conforme las leyes que los reglamenten.

Por tal razón, en el presente trabajo persigo el propósito de efectuar una aproximación al tema desde el análisis del lenguaje utilizado en el articulado constitucional argentino y desde su interpretación en algunos precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello sin perjuicio de recurrir a la aplicación de algunas conceptualizaciones o líneas doctrinarias y jurisprudenciales extranjeras, en la búsqueda de problemas y respuestas comunes.

Son múltiples los ensayos destinados a explicar o clarificar la compleja trama que encierra el concepto de igualdad. En tales propuestas es posible descubrir denominadores similares.

Que la igualdad reviste el status de un ideal y que, por tal motivo, representa un valor en el ethos democrático nadie parece hoy dispuesto a discutirlo. Su permanencia en el espíritu del sistema provoca fuerte polémica en torno a la función del estado, al rol de los tribunales, al alcance mismo del concepto y a su vinculación con los principios de solidaridad y cooperación y, en los últimos tiempos, globalización con igualdad o sin igualdad. Igualdad de derechos y equidad en la distribución de recursos ponen en jaque al sistema democrático y lo muestran, en numerosos supuestos, débil e inerte para reaccionar aún a costa de su propia supervivencia. La democracia sin un mínimo de equidad no puede resistir.

Carlos Rosenkrantz, defendiendo la igualdad desde un punto de vista colectivo encuentra diversas situaciones que corroborarán que existen aspectos moralmente relevantes que permiten concluir que las sociedades o circunstancias son desiguales. Analiza la relación entre democracia e igual respeto por los otros y la búsqueda del concepto de igualdad más adecuado para fomentar aquella relación. Repasa así la igualdad de recursos, de capacidades, de bienestar, de libertad real, de responsabilidad, para terminar concluyendo que la igualdad económica resulta ser la más importante en cuanto los objetivos de la sociedad democrática, según el autor constituiría un ejemplo relevante acerca de que dar a todos lo mismo es muestra de respeto. El problema deriva en la relación entre justicia e igualdad económica. Sostiene que «*... si usted cree que el camino democrático es el mejor, debería ser más propenso a considerar a la igualdad normativamente más relevante. Ello es así, en razón de que la igualdad siempre contribuye a la democracia, contribuye a consolidar el respeto mutuo lo que no sucede necesariamente con la justicia... todo logro en términos de igualdad aún cuando sea subóptimo en términos de justicia, representará siempre un avance en términos de democracia mientras los logros en términos de justicia subóptimos en términos de igualdad no representan un avance de ningún otro valor...*»[5].

[5] Rosenkrantz ,Carlos, « En defensa de la Igualdad», Revista Jurídica de la Universidad de Palermo-Centro de Estudios de Posgrado en Derecho-Año 2000- pág. 77.

© UNED. *Revista de Derecho Político*
N.os 75-76, mayo-diciembre 2009, págs. 359-383

Para intentar sistematizar la estructura que otorga encarnadura al concepto constitucional de igualdad, compartido por los diversos sistemas jurídicos, se debe iniciar el recorrido por los dos derechos que dijimos la integran, el de ser tratado como igual y el derecho a igual tratamiento. Allí está el núcleo de la dificultad.[6]

La convivencia de los extremos deriva en los dos presupuestos del principio de igualdad. Igualdad de derecho e igualdad de hecho. Es posible desde el análisis jurídico transformar estas dos cuestiones en los conceptos generales de igualdad formal y material.

La igualdad de derecho, reconocida históricamente como igualdad jurídica o igualdad ante la ley, pretendió satisfacerse mediante la identificación con la definición de igualdad formal, reducida a la mera igualdad legal.

Principio básico y genérico. Formulación identificada con el liberalismo clásico. El resultado de tal alcance es que en tanto la ley o norma sea aplicada sin distinciones a aquellos a quienes está destinada o dirigida, el principio de igualdad del sistema democrático está cubierto. No importa el porqué ellos, ni los efectos empíricos en el caso concreto.

Es insuficiente para resolver el complejo problema de la igualdad y determinadas situaciones y no responde a los valores del sistema.

La igualdad material se refiere a la formulación del derecho en cuanto al contenido mismo y a las consecuencias. Apunta a la aproximación a las desigualdades reales, a las discriminaciones expresas o encubiertas. Importan los términos y resultados de las leyes, políticas, prácticas y programas. Tiende a la búsqueda de medidas. La igualdad de hecho o fáctica se complementa con al concepción de igualdad real de oportunidades como guía para la igualdad de derechos.

---

[6] Ronald Dworkin formula un ejemplo ilustrativo al respecto : « Supongamos que se plantea la cuestión de si una política económica que perjudica a los obligacionistas a largo plazo podría de hecho, favorecer el interés general. Los que resultaran perjudicados tienen derecho a que su pérdida prevista sea tenida en cuenta al decidir si la política en cuestión sirve al interés general, no es permisible que al hacer el cálculo se los ignore sin más ni más. Pero cuando se tiene en cuenta su interés puede resultar que tenga menos peso que los intereses de otros que se beneficiarán con esa política, y en ese caos su derecho a igual consideración y respeto, así definido, constituiría objeción. Por ende, en el caso de la política económica podríamos decir que los que se vean perjudicados si se permite la inflación tienen derecho a ser tratados como iguales al decidir si esa política sirve al interés general, pero no tienen un derecho a igual tratamiento que proscriba esa política aunque haya pasado esa prueba...» en ob.cit., pág.389/390. Es sencillo enunciarlo, el tema consiste en determinar bajo que parámetros deberá ser evaluado la decisión política para concluir que ambos aspectos del derecho a la igualdad reúnen las condiciones mínimas de satisfacción. Pues de lo contrario basta que el poder público enuncie un interés general en abstracto para habilitarle tratamientos desigualitarios.

Los medios para alcanzar o acercarse a la igualdad de hecho son múltiples y las acciones positivas son un ejemplo de tales prácticas.

Finalmente, la igualdad de derecho y de hecho con el alcance expuesto supone la difícil decisión de valorar las diferencias. Tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual para alcanzar la igualdad por aplicación del principio de equidad, hace necesario verificar empíricamente los fines y objetivos implementados para el propósito enunciado.

Toda norma, cualquiera sea su jerarquía y linaje, afecta de algún modo la igualdad. Es sencillo verificar que las decisiones políticas que hacen al contenido de lo jurídico crean grupos, categorías de cosas o personas, regímenes, situaciones que de un modo u otro producen limitaciones, restricciones o modificaciones en el modo de ejercicio de las libertades reconocidas. Por lo tanto impactan sobre el principio de igualdad.

Al mismo tiempo, creada la norma, general y abstracta, sus efectos hacen a la aplicación de la misma al caso concreto. Tal proceso pone en evidencia que aún cuando la textualización normativa superara el test de constitucionalidad en materia de igualdad, la misma se podría ver afectada por la interpretación que de la norma se hiciera en relación con los hechos, valores e intereses en juego en el caso a resolver y podría dar un resultado violatorio del principio de igualdad.

La igualdad genérica encuentra precisión en modos específicos de agredirla. Se concreta porque la afectación parte de considerar relevante para la limitación o restricción o condicionamiento que consagra la norma o acto una variable previamente individualizada y rechazada expresamente por el sistema. La restricción está ligada a características, diferencias, preferencias, pertenencias o posiciones naturales, o adquiridas. En estos casos la determinación de la categoría se realiza considerando una sola variable y con ánimo de exclusión, marginación, cuestionamiento, persecución (etnia, religión, edad, nacionalidad, preferencia sexual, genero etc.).

La preferencia política por la igualdad formal con menoscabo de la igualdad material ha dado por resultado una fuerte frustración y ha alimentado un sentimiento de insatisfacción generalizado. El principio de igualdad se ha convertido en la práctica jurisdiccional en su adecuación al principio de legalidad. Gentileza que ha contribuido a que el Poder Legislativo cultivara la tendencia a no extremar su análisis de selección y ponderación de variables y efectos relevantes al tiempo de reglamentar, profundizando una alarmante y sistemática violación, explícita o encubierta, al mandato constitucional de protección y defensa del principio de igualdad.

La relación sustantiva entre igualdad y efectividad de libertades y derechos de diversa naturaleza y la convicción acerca de la imposibilidad de ejercer estos últimos sin garantizar la igualdad real de oportunidades, ha puesto en cabeza de los

© UNED. *Revista de Derecho Político*
N.os 75-76, mayo-diciembre 2009, págs. 359-383

Estados la obligación básica e indelegable de crear las condiciones mínimas indispensables para habilitar el acceso. A tales fines la acción positiva se cataloga como un instrumento idóneo cuya nota diferenciadora está dada por la justificación de tratamiento legal no igualitario como camino para alcanzar presupuestos mínimos de igualdad.

II.- DISEÑO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

La conflictiva convivencia entre la igualdad formal y material se ha convertido en uno de los desafíos del estado constitucional de derecho. Y, si bien es cierto que tal conflicto puede ser examinado desde múltiples variables y aspectos, lo cierto es que el paso previo para avanzar en tales laberintos es enfocar el principio de igualdad general, toda vez que es el hilo conductor hacia lo específico o particular.

Es difícil avanzar en el tema sin precisar los parámetros jurídicos que sirven de punto de partida para asignar sentido al reconocimiento de la igualdad en su condición de principio y derecho fundamental.

En esta línea de razonamiento la vinculación entre las normas constitucionales en la materia, el alcance que les ha atribuido el legislador y las pautas o estándares utilizados por los tribunales judiciales para verificar la mayor o menor adecuación de la reglamentación infraconstitucional a los preceptos de jerarquía superior, constituye la clave de acceso a un análisis crítico de la mayor o menor efectividad del principio de igualdad.

Es desde esa perspectiva, y a partir del sistema argentino, que propongo la revisión de la cuestión. Revisión que tiende a probar que la debilidad del principio está en relación directa con los diversos grados de control aplicados en el sistema.

A poco de transitar el texto constitucional argentino se descubre la presencia implícita del principio de igualdad en numerosas normas. El mandato preambular[7], la forma republicana de gobierno[8], el reconocimiento de derechos de di-

[7] «*Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad,* ***para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino:*** *invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina*».

[8] Artículo 1.- «*La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución*». Por su parte el Artículo 33 dispone «*Las de-*

versa naturaleza[9], los principios de la libertad civil y de reserva de ley[10] representan mandatos constituyentes que sólo tienen sentido en una estructura democrática si se los entiende sustentados en el principio de igualdad. El valor justicia asegura su protección sin diferencia alguna entre los individuos.

La omnipresencia del principio de igualdad, en su carácter de uno de los pilares del sistema constitucional de derecho, adquiere forma expresa en el art.16 de la norma fundamental argentina que dispone:

> «La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.»

Del precepto citado rescato, en orden al objetivo propuesto, lo que ha dado en llamarse la regla genérica en materia de igualdad, común a todos los sistemas originados en el constitucionalismo clásico, y según la cual el principio rector es que «*todos los habitantes son iguales ante la ley*».

A partir de la reforma constitucional de 1994, el diseño de la igualdad se ha visto complementado con la incorporación de una serie de normas que apuntan a garantizar ya no el derecho general a la igualdad sino la igualdad fáctica me-

---

claraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».

[9] Pueden citarse como ejemplo el Artículo 14 consignado en la nota 2 y el Artículo 14 bis que dispone: «*El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagadas; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleo público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con la autonomía financiera y económica, administrada por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a la vivienda digna».*

[10] Artículo 19.- « *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohibe».*

diante las denominadas acciones positivas a cargo del estado. Se ha ampliado el alcance del derecho-garantía y la explicitación del mandato constituyente descalifica aquella pretensión de interpretación estrecha e insuficiente según la cual el art. 16 de la norma fundamental no era otra cosa que la mera protección de la igualdad formal. He manifestado mi oposición a tal criterio, aún antes de la reforma constitucional de 1994, argumentando que una interpretación integradora del texto constitucional, que considerara no sólo las normas sino los valores y principios en los que reposa el sistema, conducía, inexorablemente, a la respuesta contraria. El principio constitucional de la igualdad sólo puede ser satisfecho si lo entendemos necesariamente referido a la garantía de igualdad material.

La reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos. Sus disposiciones no derogan artículo alguno de la parte dogmática de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. La igualdad define su perfil en los términos en que ha sido incorporada a los tratados a los que refiere el art. 75, inc. 22[11]. En tal sentido, cabe afirmar que en el marco del principio de igualdad general se han consagrado supuestos especiales vedados por discriminatorios. Sin duda la especificación importa regla expresa condicionante y vinculante para contener los criterios reglamentaristas. El mandato expreso sin duda acota la discrecionalidad tanto en la toma de decisión como en el control posterior.

Aquella consideración realizada al comienzo respecto a la sustantiva relación entre goce efectivo de derechos fundamentales y posición de igualdad dentro del

[11] Artículo 75 «*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 y 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 Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguna 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*».

sistema de que se trate es recogida por la teoría de las acciones positivas, cuyo objetivo es, justamente, crear aquellas condiciones que permitan el acceso a necesidades básicas. La subsistencia del estado democrático constitucional parece directamente ligada a la capacidad para dar respuestas que aseguren posiciones mínimas de dignidad, no en términos absolutos pero sí razonablemente posibles. En línea con estos requerimientos las acciones positivas son los instrumentos de que debe valerse el Estado para implementar aquéllas obligaciones indelegables. El fin perseguido habilita a considerar en términos de desigualdad para lograr un tratamiento y acceso igualitario. Tienden a asegurar aspectos que hacen a la igualdad fáctica.

El art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional dispone que:

> «Corresponde al Congreso:...Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad».

Esta norma introduce el concepto jurídico indeterminado de igualdad real de oportunidades con el fin u objetivo de alcanzar la igualdad fáctica considerada, de tal modo, un fin constitucionalmente legítimo. Reconoce al estado como sujeto obligado a su implementación. La obligación impuesta abre numerosos interrogantes respecto a la naturaleza de tal mandato constitucional, al grado de imperatividad que debe reconocérsele y al grado de expectativa. El problema central se refiere a definir el grado de exigencia de que dispone el individuo para obtener su cumplimiento. Una renovada lectura del sistema constitucional muestra que de seguir considerando tales mandatos meras indicaciones programáticas, con el propósito de fortalecer el criterio discrecional de los poderes públicos para su consagración en orden a aspectos de mérito, oportunidad y conveniencia, aquellas quedan absolutamente neutralizadas toda vez que el sujeto llamado por el sistema a satisfacerlas es el mismo que decide el cómo y el cuándo.

Evidentemente la respuesta apunta a prioridades, optimización de recursos y búsqueda de medios alternativos.

Sin embargo el mandato en cuestión permite por lo menos sostener que le estaría vedado desconocer, restringir o disponer en sentido expresamente contrario. Resulta paradójico suponer que existiendo mandato en un sentido determinado se entendiera como constitucional una reglamentación regresiva. Tal accionar público debiera ser considerado como la creación de un obstáculo expreso y, en tales casos, el derecho a prestación se transforma en un claro derecho de defensa.

© UNED. *Revista de Derecho Político*
N.os 75-76, mayo-diciembre 2009, págs. 359-383

En este contexto, y analizando los problemas contemporáneos de la igualdad, la igualdad general parte de aquellos presupuestos indicados al comienzo: trato igual e igual tratamiento. Estaríamos en condiciones de afirmar que toda reglamentación de una u otra forma afecta aspectos del principio constitucional.

En la Constitución Argentina el Congreso Nacional tiene entre sus facultades una que tradicionalmente le ha sido reconocida bajo la denominación de «*ejercicio de poder de policía*» y en aplicación de la cual y desde una visión general del país puede legislar para todo el territorio en aspectos reservados por la norma base a las jurisdicciones locales en el marco del estado federal.

La intención no es avanzar en el estudio del ejercicio de dicha facultad, fuertemente cuestionada desde el principio de las autonomías locales y desde el avance sobre los derechos fundamentales, sino indicar que subyace en el mandato constituyente también el principio de igualdad regional, desarrollo equitativo de zonas y poblaciones. La igualdad una vez más ligada a condiciones básicas de oportunidades reales. En la práctica el ejercicio de dicha facultad ha significado el mayor avasallamiento al principio de igualdad y, por ende, al reconocimiento efectivo de los derechos.

La cláusula histórica corresponde al inc.18 del actual art. 75, conocida como «*cláusula del progreso*», que dispone:

> «Corresponde al Congreso: ... Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.»

La reforma constitucional de 1994 incluyó en el inc. 19 de la norma citada la siguiente disposición:

> «Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la

> educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales».

La garantía de igualdad material y fáctica es el principio rector y ha sido definitivamente incorporado como un fin constitucionalmente amparado.

Desde este panorama general de la igualdad es posible individualizar normas referidas a aspectos concretos, en los cuales el objetivo perseguido reposa sobre la protección y viabilidad de igualdad real de oportunidades.

En materia de derechos políticos[12], derechos del consumidor y del usuario[13], protección al medio ambiente se ha consagrado el trato equitativo e igualitario como requisito esencial de la protección y garantía para el goce así como la acción positiva como mecanismo idóneo para asegurar tales fines.

Ahora bien, el diseño constitucional del principio y derecho a la igualdad debe ser confrontado con el alcance a que ha quedado reducido por el accionar de los poderes públicos.

---

[12] Artículo 37 establece que «*Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral*». La disposición transitoria segunda establece que «*... Las acciones positivas a que alude el artículo 37 en su último párrafo no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine*», en clara referencia a la reglamentación infraconstitucional en el ámbito nacional: Ley 24.012 y su reglamentación- sobre el cupo femenino vigente al tiempo de la reforma.

[13] Artículo 42.-»*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control*».

III.- LA IGUALDAD Y SU PAUTA O ESTÁNDAR DE CONTROL.

El principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de la Constitución Argentina ha sido identificado tradicionalmente a un criterio formal de aplicación, lo que en la práctica ha demostrado que conspira contra su efectiva vigencia, ya que declamar que «*todos los hombres son iguales ante la ley*» o que «*la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas*» se convierten en fórmulas vacías en la medida que no se determine cuales son los criterios para evaluar la calificación de iguales o de desiguales.

La concepción implementada tiene su punto de partida en la no consideración de la norma constitucional como norma jurídica primera y vinculante. La no disponibilidad del mandato en materia de derechos fundamentales está desplazada hacia el convencimiento que el ordenamiento jurídico comienza con la ley como representativa de la voluntad del legislador infraconstitucional.

Sin embargo, se evidencia que la exigencia de igualdad formal es una respuesta insuficiente pues la axiología del sistema conlleva el concepto de igualdad material. Este aspecto esta dirigido ha establecer el criterio que se ha aplicado para la configuración de las categorías o circunstancias sometidas a un determinado trato. Soslayar la igualdad material produce necesariamente consecuencias no igualitarias en los efectos de la norma o alteración significativa de la igualdad fáctica.

Partiendo del presupuesto constitucional según el cual el derecho a la igualdad, en idéntico sentido que el resto de los derechos fundamentales consagrados en la norma suprema, está condicionado al principio de ejercicio relativo, su correcta aplicación exige advertir las distinciones que fueran procedentes para garantir su plena vigencia.

Por ello, aceptar que el principio de igualdad se satisface con la aplicación formal de una norma, de jerarquía inferior a la Constitución, por cumplir con el requisito de encuadrar a cierto grupo de personas o circunstancias a las que dispone dar un trato igualitario, excluye del análisis la constatación de si el criterio utilizado debió ser o no preferido a otro en concordancia con los datos relevantes para construir la diferenciación o establecer la igualdad de trato.

Enunciar que la ley no debe basarse en distinciones o características consideradas de manera injusta o arbitraria es una afirmación que no suministra datos que permitan calificar la injusticia o la arbitrariedad y, en su caso, concluir que un criterio debió ser preferido a otro. El sistema y el principio de igualdad van por más.

La primera conclusión es que se traiciona el principio de igualdad si sólo se lo considera desde lo formal.

La igualdad en estos términos implica una mera vinculación entre la ley infraconstitucional y su aplicación al caso concreto, dejando al margen del control el contenido de la norma respecto a la creación o determinación de categorías, grupos o circunstancias alcanzados por la disposición. El derecho a la igualdad queda así subsumido en el principio de legalidad en cuanto al criterio adoptado por el legislador.

Sin desconocer que el sistema constitucional se sustenta sobre la especial deferencia al órgano legislativo, por su función en la estructura democrática, y por tal razón reconoce un amplio margen para la toma de decisión, cabe señalar que la Constitución Argentina consagra en el artículo 28 el debido proceso sustantivo al prescribir que:

> «Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio».

Este mandato constituyente integra la garantía constitucional innominada del debido proceso legal y conforme se puede extraer de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación da cobijo al principio genérico de razonabilidad.

Sin pretender abordar la compleja temática que rodea el significado del término «razonabilidad» es posible sostener que es lo opuesto a la «arbitrariedad» y que, su última ratio es asegurar el mayor grado de justicia en la reglamentación de los derechos fundamentales. Responde a su vez a un principio básico según el cual si la actividad de los poderes constituidos quedara desvinculada de las reglas, principios y valores de la parte dogmática del texto constitucional, el reconocimiento de los derechos se transforma en una mera declamación de carácter programático.

El principio de razonabilidad impuesto en términos generales a toda norma reglamentaria de los derechos, sin distinción de jerarquía, nos lleva a preguntarnos ¿qué debe entenderse por razonable? ¿bajo qué presupuesto una norma debe descalificarse por arbitraria? ¿sobre qué aspectos de la reglamentación deberá ejercer el control el poder judicial para comprobar la adecuación al debido proceso sustantivo? ¿el cumplimiento del debido proceso sustantivo debe apreciarse con alcance diverso según la naturaleza de los derechos afectados? Teniendo en cuenta estos matices ¿cuáles son y cómo funcionan las pautas del debido proceso sustantivo cuando está en juego el principio de igualdad?

El análisis de razonabilidad pone en tela de juicio el criterio de selección y de ponderación del órgano emisor de la norma[14].

[14] Linares, Juan Francisco, «Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional», Astrea, segunda ed., 1970, págs. 114/118.

© UNED.

Traslademos esta afirmación al tema de igualdad.

Toda reglamentación afecta de algún modo el principio de igualdad. Sea desde los sujetos o grupos cuyos derechos serán considerados de modo diverso al de otros o desde las consecuencias, efectos o requisitos para acceder o gozar de determinada posición. La cuestión clave es, entonces, precisar cómo juega la razonabilidad de la selección y de la ponderación cuando se trata de someter al test de constitucionalidad las diversas facetas de la igualdad.

En todos los casos nos enfrentamos a la creación de categorías a las que se les enlaza una consecuencia y en todos los casos se tratará de comprobar si existen causas justificadas para la preferencia instrumentada.

La revisión del criterio de selección apunta a la creación misma de la categoría y siempre supone la comparación de las variables esenciales o relevantes consideradas para la diferenciación.

La revisión del criterio de ponderación se dirige a verificar el grado de relación que existe entre la categoría creada y los medios y fines que se pretenden satisfacer.

El test permite comprobar que aún superada la razonabilidad de la selección podría tacharse de irrazonable la ponderación.

En materia de igualdad soslayar el control sobre el criterio de selección da por resultado un control débil, y casi inexistente, para garantizar el cumplimiento material del principio de igualdad.

Y ello es así por cuanto el principio de igualdad genérico reconoce el derecho a ser tratado como igual en igualdad de condiciones, vedando discriminaciones arbitrarias. Pero a su vez el sistema reconoce la necesidad de establecer, bajo ciertas circunstancias, diferenciaciones, esto es a no ser tratado como igual, a los efectos, justamente, de lograr que mediante ese tratamiento se proteja el derecho a la igualdad. Por lo tanto, la cuestión relevante es cómo evaluar cuando estamos antes discriminaciones arbitrarias o justificadas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en cada ocasión en que ha debido precisar el alcance del principio general del art. 16 de la Constitución Nacional ha sostenido que:

> «... El principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquiera otra inteligencia o acepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social...»[15]

[15] C.S.J.N., fallo «Guillermo Olivar» 1875, F 16:118.

A partir de este concepto ha reiterado en épocas mas recientes que:

> «... La garantía de la igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase o de ilegítima persecución.»[16]
>
> «... Para que haya denegación de igualdad ante la ley no sólo ha de existir discriminación, sino que además ella deberá ser arbitraria. No sucede así cuando el «distingo» se basa en la consideración de una «diversidad de circunstancias» que fundan el distinto tratamiento legislativo. Todo depende de que concurran «objetivas razones» de diferenciación que no reciban o no merezcan tacha de irrazonabilidad».[17]
>
> «... La Corte tiene dicho que la igualdad no puede considerarse violada si la norma legal no fija distinciones irrazonables ni está inspirada en fines de ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas»[18].

A priori nada habría que objetar a las definiciones dogmáticas enunciadas. El problema es en cada caso concreto ¿cuándo debe interpretarse que se está en presencia de «arbitrariedad», «privilegio», «diversidad de circunstancias», «situaciones diferentes»? ¿cómo funciona la pauta según se trate del principio general de igualdad o de normas con supuestos especiales? ¿no se trata siempre del juego de selección y ponderación y la adecuación necesidad y proporción? ¿aplican los tribunales una diversa intensidad de control según se trate de ley en sentido estricto o de normas de jerarquía inferior a la ley?

En la práctica jurisprudencial se ha evidenciado la tendencia, al tiempo de aplicar la fórmula enunciada al caso concreto, a retraer del control el criterio de selección del legislador, so pretexto que tal revisión implicaría invadir la zona de reserva de otro poder. Y en tal sentido parece haber considerado que tal aspecto hace al ejercicio de la función en términos de mérito, oportunidad y conveniencia. Se pueden verificar avances jurisprudenciales cuando se tratan de normas o disposiciones de jerarquía inferior a la ley y cuando existe norma constitucional expresa con supuestos especiales de igualdad.

El problema es precisar e identificar qué propiedades, qué características, qué variables y qué situaciones deben ser consideradas para concluir que estamos tra-

---

[16] C.S.J.N., fallo «Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional – Ministerio de Economía – Banco Central», L:L: 1991-C-158.

[17] C.S.J.N., fallo «Videla Cuello, Marcelo c/ Provincia de La Rioja», L.L. –1991 – D, 518, citando en igual sentido fallos: 286:166 y 187; 298:286; 300:1049.

[18] C.S.J.N., fallo «Llebau, Gustavo L.» 1992, L.L., 1992 – C, 147.

tando igual a los iguales, desigual a los desiguales. Ello configura un mandato material que obliga a una ponderación que debe ligarse a fines constitucionalmente legítimos, a la intensidad de intereses gubernamentales involucrados, a la individualización de grupos o personas y variables consideradas, entre otros aspectos.

Una primera aproximación al tema indica que el principio de igualdad está violado cuando la diferencia legal o el tratamiento legal igual no encuentran justificación suficiente en relación con la naturaleza de personas, cosas o situaciones o cuando pueda ser tachada de arbitraria.

La justificación debe fundarse en una diferencia objetiva entre la situación examinada y aquella respecto de la que se invoca la existencia de la discriminación o, en su caso, en una razón de interés general suficientemente acreditada. La naturaleza de la diferenciación se aprecia a través de la correspondencia entre el grado de discriminación y su justificación. Tal decisión debe ser evaluada mediante la aplicación del principio de razonabilidad y por el grado de proporcionalidad.

Esta primera regla deja al legislador un amplio margen para implementar su criterio.

El núcleo de la cuestión a dirimir parece estar dado por los parámetros a tener en cuenta para verificar si se han excedido los límites. En tal sentido, los límites parecen estar dados por la razón o justificación de la diferenciación. En consecuencia, el principio de igualdad general establece «*la carga de la argumentación para los tratamientos desiguales....*».[19]

Sin embargo, sigue en pie el interrogante acerca de saber cuándo se está en presencia de una razón suficiente.

La verificación de la razón suficiente conduce a ingresar en el análisis del criterio de selección, en cuanto a la creación de categorías y a las razones que la justifican, y al criterio de ponderación respecto a las condiciones o variables a las que sujeta las consecuencias del régimen o tratamiento especial. Si bien ambos se encuentran integrados es posible efectuar una secuencia cronológica. El test de selección se dirige al presupuesto de hecho que la norma contempla a los efectos de comprobar si existe o no un criterio objetivo de diferenciación. El test de ponderación se sitúa en las consecuencias jurídicas a los efectos de verificar el grado de razonabilidad existente entre la diferenciación y los fines perseguidos por la misma. El primero apunta a la legitimación de la diferenciación, el segundo al cómo y para qué del trato diferenciado.

De acuerdo con esta pauta de control, integrada por los dos aspectos indicados, para sostener que la diferenciación es constitucionalmente legítima no

[19] ALEXY, Robert, ob. cit., Pág.: 396.

basta constatar que aquélla posee un fundamento objetivo y un fin amparado sino que, además, es necesario que las consecuencias jurídicas que resulten de la misma sean adecuadas —-idóneas— y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere el principio de razonabilidad.

El principio general de igualdad, representado por la máxima de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales sólo vincula al legislador en la medida que se lo interprete como una exigencia de contenido. Esto es, como mandato material. Siempre teniendo en cuenta determinadas propiedades y su correcta valoración y siempre frente a un par de comparación.

Un ejemplo elocuente de un análisis débil en materia de igualdad se puede verificar en el voto mayoritario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «D.P.V.A c/ O.C.H.», de fecha 01-11-99. Ante el planteo de inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil en cuanto excluye de la acción de impugnación de paternidad a la esposa respecto de un supuesto hijo matrimonial, el Tribunal reiteró, en primer término, que «*el principio de igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias...*» Agregando que «*... no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva a la dignidad humana... ciertas desigualdades de hecho pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma...*». Hasta aquí la formula tradicional de conceptualizar el derecho a la igualdad. Sin embargo tal definición se convierte en un enunciado vacío de contenido y en una mera descripción dogmática si al tiempo de aplicarla al caso concreto se la neutraliza al sostener que «*... el estado goza de un razonable margen de apreciación de las distinciones que, dentro de parámetros mencionados, puede legítimamente formular imperativos de bien común... En ese orden de ideas la paternidad y la maternidad no son absolutamente iguales y por ello el legislador puede contemplar razonables diferencias...*». Ahora bien, de lo que se trata en materia de igualdad es de revisar los parámetros elegidos para mantener o reprochar la distinción. Y ello requiere evaluar la relación existente entre la distinción y los fines perseguidos por la norma Respecto al art. 259 del Código Civil la cuestión a determinar es si, teniendo en cuenta que la acción de impunidad de paternidad está ligada al derecho a la identidad del menor, al derecho a gozar y ejercer la paternidad real y no aparente, y al derecho del padre y de la madre a que tales fines se concreten, intereses todos ellos prioritarios para el Estado, la distinción que efectúa la norma en cuanto a la legitimidad encuentra razón suficiente. En tal sentido, los efectos de la acción y los fines constitucional-

mente legítimos que persigue convierten a la distinción entre padre y madre en una discriminación arbitraria, violatoria de la igualdad y sin fundamento alguno en el sistema constitucional. El resultado obtenido de su aplicación literal deviene en un resultado disvalioso toda vez que hace prevalecer la presunción legal de paternidad sobre la paternidad real. La disidencia se enrola en una pauta adecuada de control en tanto y en cuanto, luego de realizar el cotejo de normas conforme el principio de supremacía constitucional, concluye sosteniendo que «*... resulta arbitrario, por carencia de fundamento válido, y por lo tanto discriminatorio el no reconocimiento de la acción de impugnación...*» y el parámetro aplicado surge de la ponderación del interés sustantivo del vínculo de la madre con el menor, y de este con el verdadero padre biológico, en aspectos trascendentes de la vida del hijo. Este interés es común tanto al hombre como a la mujer.

Sin embargo en 1988 en el caso «Repetto, María Inés», la Corte Suprema de Justicia de la Nación introdujo lo que, utilizando la terminología de la Corte de los Estados Unidos, podemos denominar un control más intenso en materia de igualdad. La cuestión en debate era una resolución de la Provincia de Buenos Aires que exigía el requisito de la nacionalidad argentina para ingresar como docente en el nivel primario de gestión pública. La Corte resuelve mayoritariamente por aplicación del art. 20 de la Constitución Nacional —que por un lado prescribe la igualdad de nacionales y extranjeros en el ejercicio de los derechos civiles y por el otro la no obligación de nacionalizarse—, dato este que hace suponer que interpretó que, al descalificar expresamente la norma constitucional diferencias de trato, a priori estaba prohibida toda reglamentación que limitara los derechos de los extranjeros. Sin embargo, la cuestión central parece haber sido si en el marco del principio general de igualdad la norma consignaba una discriminación arbitraria entre nacionales y extranjeros. Esto es si existía justificación objetiva y suficiente en relación con los fines e intereses en juego para tal imposición. Lo cierto es que podemos encontrar numerosas situaciones en las cuales por aplicación del análisis que propiciamos se verifique la constitucionalidad de establecer diferencias entre nacionales y extranjeros. Por otro lado, no es posible construir regla para el supuesto de no tener norma constitucional expresa. Más allá de lo dicho, algunos de los votos de los Ministros de la Corte hicieron expresa referencia ha algunos de los aspectos relacionados con lo que identificamos como la cuestión central en materia de igualdad. Sin embargo a la fecha podemos sostener que el más alto tribunal de la República no tiene una doctrina reiterada y precisa en la materia. No ha elaborado pautas claras, sigue mostrando reticencia cuando está ante ley en sentido estricto y parece avanzar cuando se enfrenta a norma de jerarquía inferior a la ley y norma constitucional con supuesto de igualdad especial.

El test indicado puede visualizarse de manera más especifica cuando nos desplazamos a reglas que consagran supuestos especiales de no discriminación.

En el caso argentino, la reforma constitucional de 1994 ha integrado al texto de la norma fundamental las disposiciones de tratados de derechos humanos reconocidos con jerarquía constitucional. El principio general de igualdad se ve así definido en disposiciones que califican de discriminatorias, y por tanto arbitrarias, actos o normas que establezcan diferencias por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o social, económica o de nacimiento.

El mandato es imperativo, acota la libertad del legislador y facilita el test de control. Se está descalificando determinados criterios de selección por atentar contra la igualdad de iure y de hecho.

Sin embargo un nuevo interrogante debe ser examinado ¿tal mandato significa que nunca y bajo ningún concepto el legislador tiene permitido reglamentar tomando en consideración los supuestos individualizados? ¿es posible interpretar que la prohibición tiende a garantir que no se utilice como único dato o variable relevante a los fines de la reglamentación las características o condiciones naturales, personales, sociales o culturales? ¿dichas variables ligadas a intereses generales o fines constitucionalmente legítimos podrían superar el test de selección y ponderación?.

Esta cuestión se liga fuertemente al problema de la igualdad fáctica y a las acciones positivas como medio idóneo para satisfacerla. En este último caso el análisis de constitucionalidad deberá estar guiado a compatibilizar el principio general de igualdad de derecho con el principio de igualdad de hecho. El alcance de este conflicto y el problema de valoración se suaviza o se agrava según se tenga que resolver sobre el principio de igualdad general o respecto de normas que consagran supuestos especiales en materia de igualdad.

La igualdad real de oportunidades, la igualdad de trato y la garantía de pleno goce de los derechos fundamentales integra el concepto de igualdad de hecho y crea la obligación estadual de legislar para posibilitar su concreción. Y en aras de tales fines deberá recurrir a reglamentación diferenciada a partir de la consideración de algunos de los presupuestos que a priori están vedados como única variable para establecer diferencias.

Un ejemplo ilustrativo es la diferencia de género. El sexo es una de las variables descalificadas como criterio de selección normativa. Sin embargo existen numerosas situaciones en las cuales el género se convierte en uno de los datos a tener en cuenta para el logro de una igualdad de derecho y de hecho. La legislación laboral combina el sexo y la maternidad como variables de preferencia legislativa para un régimen especial que le otorga protección. Prevalece el interés

© UNED. *Revista de Derecho Político*
N.os 75-76, mayo-diciembre 2009, págs. 359-383

protegido por sobre la prohibición de diferenciación. La protección de la maternidad es la razón suficiente para el tratamiento desigual respecto al género masculino. En igual sentido podríamos señalar otras tantas situaciones en las cuales la existencia de un interés general justifique establecer diferencias entre nacionales y extranjeros, o por condiciones económicas o sociales.

Por el contrario, la descalificación se impone cuando el sexo u otro de los supuestos excluidos son tomados por la reglamentación como un fin en si mismo dando origen a una categoría a la que sujeta a consecuencias desprendidas de los fines que persigue la supuesta reglamentación. En tal sentido la jurisprudencia en pronunciamientos recientes ha considerado violatorio de la igualdad reglamentaciones infralegales que establecían cupo para el género femenino, o prohibición de ingreso de mujeres a un colegio universitario tradicionalmente masculino o el requisito de una edad máxima para presentarse a concurso docente para la enseñanza media. Es interesante revisar alguna de las reglas sobre las que construyen la violación al principio de igualdad y la premisa de la cual parten —Constitución Nacional, Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Constitución local o provincial— y en consecuencia han concluido:

> « ...ninguno de los argumentos para justifcar el tratamiento diferencial entre hombres y mujeres resulta atendible, frente a la contundencia de la normativa reseñada que prohíbe la discriminación en razón de género y que sólo admitiría excepciones en supuestos donde existieran probadas y objetivas razones que justificaran un diferente tratamiento... La discriminación deriva, en el caso, de la fijación de cupos fijos por sexo y se evita mediante la simple supresión de ese «numerus clausus», permitiendo el ingreso de personas de ambos sexos sin distinciones hasta cubrir el número de vacantes disponibles»[20]

En igual sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que:

> «... El impedimento para que las mujeres accedan al Colegio Nacional Monserrat de la Ciudad de Córdoba —Ordenanza 2/97 de la Universidad Nacional de Córdoba— lesiona los principios constitucionales de igualdad y no discriminación así como el texto de la Convención Sobre la eliminación de todas las formas de Discrimnación contra la Mujer, incorporada a la Constitución Nacional en su artículo 75, inciso 22 por la Reforma de 1994»[21]

---

[20] C. Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala l, 12/12/200 «Fundación Mujeres en Igualdad c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires», L.L., Suplemento de Derecho Constitucional, 15/06/2001. Acción de Amparo interpuesta a fin de que se ordene el cese de la práctica discriminatoria contra las mujeres en un Instituto de Educación Física que asignaba una cantidad de vacantes para las mujeres que para los hombres.

[21] C.S.J.N., «González Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba», 19/09/2000, L.L. 2000-F, 128.

El Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, invocando el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad[22] que establece el principio de igualdad jurídica ha dicho que:

> «... A la edad, en cuanto cualidad de las personas físicas, el orden jurídico le atribuye diversos efectos cuya validez constitucional depende en cada caso de su razonabilidad... Se encuentra prohibido, en cambio, efectuar distinciones irrazonables, es decir aquellas que importen una discriminación o una disgregación. Lo dicho significa que debe evaluarse, en cada caso concreto, cuáles son las razones que justifican la distinción, las que deben necesariamente ser aportadas por el órganos estatal que crea la regla que la incluye. En el caso no se ha aportado ninguna razón que justifique la razonabilidad del recaudo de edad como rasgo relevante para acreditar la idoneidad para acceder a la carrera docente...».[23]

La diferencia de género y el acceso a los cargos públicos electivos o colegiados es otro ejemplo polémico en término de igualdad de derecho, igualdad real de oportunidades o de hecho y acciones positivas. Hay prohibición de categorizar con base en el sexo, pero al mismo tiempo se consagra la obligación de acción estadual en esta materia, como en otras, para revertir tradicionales patrones de conducta que impiden un acceso equitativo[24]. En el caso del sistema argentino a las mujeres en su condición de grupo históricamente relegado. La acción positiva se instrumenta mediante la denominada ley de cupo femenino según la cual los partidos políticos o cuerpos colegiados públicos tienen la obligación de llevar en sus listas de candidatos un mínimo femenino. ¿Cuándo es posible tachar de discriminatoria esta normativa? ¿la obligación de acción positiva es causa suficiente para sostener que cualquier tipo de norma que manifiesta satisfacer este objetivo no viola el principio general de igualdad o, en su caso, no es discriminatoria a pesar de consagrar una diferenciación expresamente prohi-

[22] «Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad».

[23] T. S. de la Ciudad de Buenos Aires, 29/11/2000, «Sandez, Carlos A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires», L.L., 05/04/2001. Acción de Amparo para que se declare inconstitucional el artículo 14, inciso d del Estatuto del Docente Municipal que dispone que no debe poseerse más de 40 años para el ingreso a la docencia.

[24] Ver artículo 37 de la Constitución Nacional citado en nota 8.

bida? ¿siempre deben ser consideradas categorías benignas aquellas que se imputan a las acciones positivas?

En el caso del cupo femenino debemos preguntarnos si la opción numérica automática es una respuesta adecuada en orden a mantener la relación constitucional entre el principio de igualdad de derecho y de hecho. Tal relación indica que la causa justificada debe mantenerse siempre que esté en juego la igualdad y como requisito básico para sortear la tacha de desigualdad o discriminación en el tratamiento. Volviendo al tema del cupo la cuestión apunta a determinar si la opción automática puede ser preferida, como criterio de selección, sin combinación alguna con la idoneidad y capacidades requeridas para la posición que se pretende garantizar. ¿Es lo mismo a los fines del principio de igualdad establecer que por lo menos debe haber en las listas un 30% de mujeres que decir que entre hombres y mujeres en iguales condiciones de capacidad e idoneidad para la posición o cargo de que se trate deberá ser preferida una mujer siempre que no existan razones que justifiquen el acceso de un hombre a la misma posición? Esta última regla es un buen ejemplo del juego del criterio de selección y ponderación y doble parámetro de comparación,

La diferencia sustantiva está en que en la segunda opción la preferencia por sexo no actúa como única variable de selección, elección a priori prohibida, sino que aparece ligado a idoneidad y fines e intereses constitucionalmente legítimos garantizando el derecho a la igualdad para competir al otro par de la comparación.

El criterio de selección y ponderación son los extremos que permiten comprobar la razonabilidad entendida como causa suficiente para el tratado igualitario o desigual. Sin embargo es necesario precisar que tal estándar de control deberá variar de intensidad de acuerdo a las variables elegidas para la formulación de la norma y las medidas y fines que se persigan. La utilización de variables expresamente prohibidas sin justificación parecen inconstitucionales a priori.

El sistema constitucional no habilita el desplazamiento absoluto de uno en favor del otro y tal compatibilización lleva implícita la tensión existente entre la decisión del legislador, y sus consecuencias concretas, y el ámbito del accionar de los tribunales de justicia.

Se deriva entonces que el principio general de igualdad esta fuertemente ligado no sólo al derecho a resistir perturbaciones arbitrarias sino que se encuentra adscripto a la naturaleza de un derecho de status positivo. Por tal razón, la igualdad jurídica y fáctica debe entenderse como derecho a la omisión de tratamiento desigual y en determinadas situaciones, y bajo ciertas variables, para reclamar acciones positivas del Estado que garanticen la igualdad de posibilidades.

IV.- UN PROBLEMA A RESOLVER

La igualdad material como valor del sistema constitucional impone revisar la lectura jurídica del principio genérico para desde allí trabajar los casos especiales.

Una regla básica dirigida a tal propósito es reconocer que el principio de razonabilidad es el núcleo mismo de la doctrina sobre la igualdad. Justificación objetiva y razonable, y finalidad y efectos de la medida considerada no contradictoria con la Constitución, y que muestre una estructura coherente en términos de proporcionalidad con el propósito perseguido. Si la norma es discriminatorio carece de sentido el juicio de proporcionalidad puesto que ahí termina el examen pero el trato desigual puede no ser discriminatorio y, sin embargo ser desproporcionado.

La igualdad y la efectividad de los derechos fundamentales es un problema a resolver y en este sentido es oportuno recordar la síntesis que de la cuestión ha hecho Luigi Ferrajoli al decir que «*... decir que un determinado derecho es fundamental quiere decir que todos son igualmente titulares del mismo. De donde se derivan dos consecuencias: una relativa a las dimensiones de la igualdad jurídica, la otra a la distinción entre diferencias, desigualdades y discriminaciones.*»[25]

Title

THE EQUALITY AND THE ARGENTINE CONSTITUTIONAL SYSTEM

Summary

I. INTRODUCTION. II. DESIGN OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN TE ARGENTINE CONSTITUTION. III. EQUALITY AND TIS PATTERN OR STANDARD CONTROL. IV. A PROBLEM TO SOLVE.

Resumen

Una de las cuestiones centrales en la vigencia del estado constitucional de derecho es la reformulación del análisis del concepto de igualdad. En tal sentido, la igualdad en términos constitucionales constituye una regla y un principio que se traduce en un derecho y en una garantía.

[25] FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil.* Editorial Trotta. Madrid, 1999, pág. 81.

Por ello, los derechos fundamentales en general están íntimamente ligados ya no a la igualdad formal sino a la optimización del alcance de la igualdad sustantiva y fáctica. La igualdad en la ley y ante la ley. En el sistema constitucional argentino, a partir de la reforma de 1994, la igualdad sustantiva tiene reconocimiento expreso y se encuentra directamente enlazada con la noción de acciones positivas en su condición de carga estadual. A partir de tal concreción adquieren relevancia en la materia los estándares o pautas de control construidas para hacerla efectiva en los aspectos indicados; la revisión de los criterios de selección y ponderación en la creación de categorías y la aplicación del principio de razonabilidad para determinar el alcance de la igualdad jurídica y fáctica en el contexto del caso concreto.

Abstract

One of the main questions concerning the enforcement of the constitutional system is the review of the concept of equality. In this sense, equality in constitutional terms means a rule and a principle which becomes a right and guarantee. Owing to this, the fundamental rights in general are closely related not to a formal equality but to its broadest meaning in its essence and its factuality. Equality within the law and before the law. In the Argentine Constitutional System since the 1994 reform, the essence of equality es expressly acknowledged and is directly connected with the notion of positive actions on the part of the state. Following this, the control standards or guidelines; the review of de selection and pondering criteria in the creation of categories and the application of the principle of reasonableness, acquire relevance in this topic.

Palabras clave

Igualdad, Derechos fundamentales, Garantías constitucionales, Principio de razonabilidad, Pautas de control

Key words

Equality, Fundamental Rigths, Constitutional Guarantees, Principle of reasonableness, Control Standards

Anexo 02

COMPETENCIA POR APELACIÓN ORDINARIA CUANDO ES PARTE EL ESTADO NACIONAL

(Art. 24, inc. 6º, ap. a), del Decreto Ley 1285/1958)

En el artículo 116 de la Constitución Nacional se establecen las materias sujetas a la competencia judicial federal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores de la Nación.

El artículo 117 de la norma fundamental dispone, en relación con el artículo 116, "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.*"

De conformidad con tal disposición la competencia por apelación de la Corte Suprema se divide en competencia por apelación ordinaria y extraordinaria.

En la competencia recursiva ordinaria, el Máximo Tribunal de la República actúa como una tercera instancia, es decir, ejerce la revisión plena, hechos y derecho.

En este supuesto, la Constitución delega expresamente al Congreso para que establezca su alcance y sus límites "según las reglas y excepciones" que disponga.

En ese marco constitucional, fue reglado en la ley 4055 y a la fecha rige según lo dispuesto por el Decreto Ley 1285/1958, art. 24, inc. 6º, apart. a), que establece que la Corte Suprema de Justicia de la Nación conocerá por apelación ordinaria en causas en que la Nación, directa o indirectamente, sea parte, cuando el valor disputado en último término, sin sus accesorios sea superior a un determinado monto (según acordada nro. 28/2014)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del recurso ordinario de apelación previsto en el art. 24, inc. 6º, apart. a,) del Decreto Ley 1285/58 en la causa **"Anadón Tomás" (CSJN, Fallos: 338:724, "Anadón Tomás Salvador c. Comisión Nacional de Comunicaciones s/despido"-20/08/2015).**

Algunos de sus fundamentos fueron:

-Que, según el principio de división de poderes, el rol esencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es preservar tanto la vigencia de los derechos y garantías constitucionales como verificar que los poderes del Estado se ejerciten y desenvuelvan dentro del marco constitucional, lo que se hace mediante el recurso extraordinario y en su competencia originaria.

-Que los recursos ordinarios obligan a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a constituirse en un tribunal ordinario de revisión por lo que se violaría el principio de igualdad, creando un privilegio a favor del Estado Nacional.

-Que la distinción que el art. 24, inc. 6°, ap. a), del Decreto-Ley 1285/58 establece para el acceso a la revisión ordinaria de los procesos patrimoniales de cierto monto en los que una de las partes es la Nación y aquellos litigios en los que no se dan esos extremos ha devenido irrazonable, en tanto se trata de un privilegio para unos casos y restricción total para otros respecto de posibilidades concretas de actuación en una tercera instancia ordinaria.

-Que ello la desviaría de su misión fundamental de fortalecer el control constitucional para asegurar la supremacía de la Constitución Nacional de acuerdo con el principio del Preámbulo de "afianzar la justicia".

-Que es insostenible la distinción efectuada por la norma ya que la competencia de la Corte debe regirse por criterios que hagan a la salvaguarda de principios constitucionales y que 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 la Constitución Nacional.

-Que la discriminación entre los procesos judiciales según que la Nación sea o no parte no se adecúa al rol constitucional que guía la competencia de la Corte ya que si bien la apelación del art. 24, inc. 6°, ap. a) del decreto-ley 1285/58, comprende la potestad recursiva de ambas partes, únicamente tiende a proteger los intereses del Estado y esta relevante finalidad tuitiva tiene adecuada protección ante otras instancias y mediante el recurso extraordinario federal.

-Que es necesario ponderar la incidencia que la habilitación amplia de la jurisdicción del Tribunal, que oportunamente hiciera el Congreso, tiene con las demás atribuciones y competencias para evaluar la eventual afectación con el fin de la norma.

-Que un análisis de proporcionalidad debe considerar si la tercera instancia ordinaria puedo haber devenido contraria a las funciones que la Constitución encomienda a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

-Que las leyes deben interpretarse de acuerdo a las nuevas necesidades de la sociedad.

-Que tal criterio interpretativo fue aplicado en el precedente "Itzcovich" (Fallos: 328:566-declaración de inconstitucionalidad del artículo 19 de la ley 24463, derogado por la ley 26025-abril 2005 en cumplimiento con el precedente)

-Que debe aplicarse un riguroso criterio hermenéutico para los supuestos que dan lugar a su competencia apelada.

-Que la complejidad de las causas en las que debe intervenir la Corte Suprema determinan su rol institucional en el marco de la Constitución Nacional.

Finalmente, puede concluirse en que conforme el precedente del Tribunal el recurso ordinario constituye un ámbito de expansión de la competencia que prescinde del requisito de trascendencia, y la única variable considerada en la norma infra constitucional es la entidad económica del conflicto.

Los intereses del Estado Nacional se protegen adecuadamente con la posibilidad de habilitar la instancia extraordinaria de apelación por la vía del Recurso Extraordinario Federal

Recomendación:

Derogar el inc. 6°, ap. a), Decreto Ley 1285/1958 que regula el recurso de apelación ordinaria ante la Corte Suprema cuando el demandado sea el Estado Nacional. Ponderar, a tal fin, el grado de razonabilidad de la apertura de la tercera instancia ordinaria; nuevas condiciones y necesidades de la comunidad; principio de igualdad de las partes en el proceso; rol institucional de la Corte Suprema; criterio estricto de interpretación de la competencia apelada; adecuada protección de los intereses del Estado Nacional mediante el recurso extraordinario federal (conf. *Anadon, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido*, Fallos: 338: 724, del 20/8/2015).

Anexo 03

TRASPASO JUSTICIA NACIONAL CABA

1.- Ley Declarativa de la Necesidad de la Reforma de 1994.- Objetivos propuestos en referencia con la Ciudad de Buenos Aires. Convención Constituyente reformadora

1.1.- Ley 24309

La ley 24309 (29/12/93), declarativa de la necesidad de la reforma constitucional, enunció en su texto una serie de objetivos institucionales que, en el tema de referencia, se reflejan en el art.2°, Núcleo de Coincidencias Básicas, con disposiciones precisas dirigidas a la Convención Constituyente.

Entre ellas cabe señalar lo dispuesto en el punto F del artículo mencionado:

"F.-LA ELECCION DIRECTA DEL INTENDENTE Y LA REFORMA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.

> *a) El pueblo de la ciudad de Buenos Aires elegirá directamente su jefe de gobierno.*
>
> *b) La ciudad de Buenos Aires será dotada de un status constitucional especial, que le reconozca autonomía y facultades propias de legislación y jurisdicción.*
>
> *c) Una regla especial garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.*
>
> ** Para llevar a cabo estas modificaciones se aconseja la reforma al artículo 67, inciso 27, y al artículo 86, inciso 3 de la Constitución Nacional.*
>
> *d) Disposición transitoria. Hasta tanto se constituyan los poderes que surjan del nuevo régimen de autonomía de la ciudad de Buenos Aires, el Congreso ejercerá sobre la capital de la República las facultades establecidas en el inciso 27, del artículo 67."*

Asimismo, y en relación con el estatus constitucional especial de la Ciudad de Buenos Aires y el alcance que corresponde asignarle en los términos de la norma de base, los puntos I y J

del artículo 2° de la ley declarativa parecen relevantes a tales efectos.

Se refieren a la designación y remoción de magistrados federales. Se distinguen tales procedimientos según se trate de los miembros de la Corte Suprema o de los tribunales federales de grado y al mismo tiempo se dispone un criterio temporario en la materia cuando se trata de los magistrados de la Ciudad de Buenos Aires.

Tales magistrados estarán sometidos a idénticas reglas de designación y remoción hasta tanto las normas organizativas pertinentes establezcan el sistema aplicable. Se trata de un régimen transitorio. Ello permite concluir que el sistema constitucional argentino a partir de la reforma de 1994 hace referencia sólo a dos categorías de magistrados, los federales y los locales de acuerdo a las diversas jurisdicciones.

La categoría de jueces nacionales no tiene sustento constitucional alguno. Y ello es consecuencia del nuevo estatus asignado a la Ciudad de Buenos Aires.

1.2.- Convención Constituyente

Del debate producido en la Convención, respecto a la sustancial reforma propuesta para la Ciudad de Buenos Aires, cabe destacar algunas consideraciones que son determinantes al momento de interpretar el artículo constitucional que finalmente se incorporó.

1.- Coincidencia en la insuficiencia del modelo jurídico institucional que regía en la Ciudad de Buenos Aires.

2.- Necesidad de reformas desde una visión federal

3.- Crecimiento institucionalmente relevante de la Ciudad de Buenos Aires

4.- Estatus especial, pero con los atributos de las provincias

5.- Concepto de autonomía plena- Legislación y Jurisdicción- Se corresponde con el objetivo de fortalecer el federalismo.

6.- Las facultades jurisdiccionales no son otra cosa que la atribución de contar con un Poder Judicial propio.

7.- Los jueces que hoy pertenecen a la Justicia Nacional de Buenos Aires dependientes del Estado Nacional, pasan a ser jueces de la Ciudad de Buenos Aires.

8.- En cuanto a su estatus, aspecto que sin duda dio origen a intercambio de opiniones centrales en el debate, la conclusión que se puede extraer es que ni provincia en sentido estricto ni municipio.

9.- Propuesta de interpretación: La interpretación del constituyente, en los términos de la redacción final de la norma, es la más amplia autonomía.

10.- La reforma equipara a la Ciudad de Buenos Aires con los restantes estados que integran la federación. En tal sentido se menciona el régimen de designación y remoción de magistrados que ejerzan la jurisdicción ordinaria de la Ciudad; la integración de las cámaras de Senadores y Diputados en iguales condiciones que las provincias; la intervención federal; distribución de competencias; coparticipación federal; aplicación del artículo 5° de la Constitución Nacional; asegurar la administración de justicia ejerciendo las facultades jurisdiccionales no atribuidas al Gobierno Federal.

11.- Las facultades jurisdiccionales son el correlato del régimen legislativo que se aplica.

12.- La interpretación de la reforma dispuesta para la Ciudad de Buenos Aires debe integrarse con el resto de normas constitucionales que regulan diversos aspectos que hacen referencia a la ciudad en forma concordante.

Conclusión:

La norma constitucional producto de la reforma debe ser entenderse en el sentido más amplio del concepto de autonomía.

Las facultades de legislación se deben entender en los términos de sus facultades de poder de policía y con los límites del artículo 75 inc. 12

Las facultades jurisdiccionales no pueden ser interpretadas sino en el sentido que no hay norma constitucional que avale la coexistencia de un régimen de permanencia de los jueces nacionales bajo la dependencia del Gobierno Federal.

2.- Normas constitucionales

(CIUDAD DE BUENOS AIRES. ESTATUTO. AUTONOMÍA. LEY DE GARANTÍA DE LOS INTERESES FEDERALES) *ART. 129. — 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.*

Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea Capital de la Nación.

En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones.

CLAUSULA TRANSITORIA.

Decimoquinta: Hasta tanto se constituyan los poderes que surjan del nuevo régimen de autonomía de la ciudad de Buenos Aires, el Congreso ejercerá una legislación exclusiva sobre su territorio, en los mismos términos que hasta la sanción de la presente. El jefe de Gobierno será elegido durante el año 1995. La ley prevista en los párrafos segundo y tercero del art. 129 deberá ser sancionada dentro del plazo de 270 días a partir de la vigencia de esta Constitución. Hasta tanto se haya dictado el estatuto organizativo, la designación y remoción de los jueces de la ciudad de Buenos Aires se regirá por las disposiciones de los arts. 114 y 115 de esta Constitución.

3.- Normas infraconstitucionales

Con anterioridad a la promulgación del Estatuto Organizativo de la Ciudad Autónoma se dictó la Ley 24588 (denominada Ley Cafiero), norma que mereció duras críticas por alterar la voluntad del constituyente reformador y lo dispuesto por la Constitución Nacional en el artículo 129.- En el artículo 8° retuvo para la Nación la administración de la justicia nacional ordinaria con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, manteniéndola bajo su jurisdicción y competencia, reconociendo para la ciudad sólo las facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaría locales.

Luego de esa ley, y con el transcurso de los años, se promulgaron las leyes 25752 –aprobación del convenio del 7/12/02 de

transferencias progresivas de competencias penales; la ley 26357- aprobación del convenio del 1/06/04 de transferencias progresivas de competencias penales y la Ley 26702 de transferencia de la competencia para investigar y juzgar los delitos y contravenciones cometidos en el territorio de la CABA.

Numerosos proyectos se han presentado en el Congreso Nacional para hacer efectivo el mandato constitucional del artículo 129.

-Proyecto S-3816/15- Para modificar los arts. 8 y 15 de la ley 24588 y efectivizar la transferencia de la Justicia Nacional Ordinaria a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en un plazo no mayor de 2 años

-Proyecto 6810-D-2018- Transferencia de la Justicia Nacional en Civil y de los Ministerios Público Fiscal y de la Defensa de la Nación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

-Proyecto 5017-D-2018- Transferencia de competencias. Modificación art.8° de la ley 25588 y derogación de la ley 26.764 ((depósitos judiciales)

-Proyecto 0559-D-2020- Transferencia al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la competencia penal no federal para investigar y juzgar los delitos cometidos en el territorio de la Ciudad Autónoma,

entre otros.

Con independencia de la eventual derogación del artículo 8° de la ley 24588, tal norma debe ser interpretada como una disposición que, en concordancia con lo expresamente dispuesto en la ley declarativa de la reforma y en la cláusula transitoria decimoquinta, se refiere a un régimen transitorio aplicable hasta tanto la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictara su Estatuto Organizativo y se pusiera en marcha el procedimiento de transferencia que se acordara.

Referencias normativas:

Ley Nacional Nº 25.752/03 Aprueba el Primer Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales

Ley Nº 597/01 CABA Aprueba el Primer Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales

Ley Nacional Nº 26.357/08 Aprueba el 2° Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales

Ley Nº 2257/06 CABA Aprueba el 2° Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales

Ley Nacional Nº 26.702/11 Tercera Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional a CABA

Ley Nº 5935/17 CABA Tercera Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional a CABA

Resolución Conjunta FG Nº8/18, DG Nº5/18 y AGT Nº 4/18 (Establece criterio de actuación)

Resolución Conjunta DG Nº 26/18, AGT Nº 17/18 y FG Nº 32/18 (Fija la entrada en vigencia)

Resolución Conjunta DG Nº 29/18, AGT Nº 19/18 y FG Nº 46/18 (Rectifica fecha de entrada en vigencia)

Resolución CM Nº 2/2018 (Presta conformidad con la Res. Conjunta del M.P.)

4.- Estatus CABA - Jurisprudencia de la Corte Suprema

Aspectos del alcance de esta norma constitucional han quedado manifestados en un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso en el que resolvió que le corresponde a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el derecho de litigar ante su competencia originaria (CSJN, Fallos: 342:533, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Córdoba, provincia de s/ejecución fiscal”).

En dicho pronunciamiento destacaron que, a partir de la reforma del año 1994, la ciudad de Buenos Aires adquirió un nuevo estatus constitucional que se expresó en el art. 129 de la Constitución reformada en cuanto establece que “la Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción”. Recordó que, en 2016, al dictar su precedente “Nisman” (Fallos: 339:1342), el tribunal sostuvo que las limitaciones a la autonomía plena de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires eran producto de una situación de hecho transitoria basada en la inexistencia de un Poder Judicial local completo. Entendió por ello que, para realizar el mandato de autonomía plena que reconocía el

art. 129 citado, esa situación “no debía perdurar en el tiempo”. Destacó que la reforma constitucional de 1994 transformó la naturaleza política y jurídica de la Ciudad, y la reconoció como integrante del diálogo federal conjuntamente con las provincias, los municipios y el Estado nacional. Así, en este nuevo marco y en virtud de lo resuelto en el precedente “Nisman” (CSJN, Fallos: 339:1342, “N.N. y otros s/averiguación de delito - Damnificado: Nisman, Alberto y otros”, sent. 20/09/2016.), se imponía que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se desligara de 25 años de instituciones porteñas inconclusas y le reconociese el derecho a la Ciudad de poder litigar en la instancia originaria de este Tribunal.

Al reconocer este privilegio fortaleció la continuidad del proceso de la autonomía porteña, como vía para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional que ordena integrar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como sujeto pleno del federalismo argentino. Parece evidente que el único camino para preservar la autonomía constitucional reconocida en el texto de la norma es asimilarla a una provincia en los términos del 116 de la Norma Fundamental.

En línea con tal doctrina ha reiterado que, tras cuatro años de la exhortación realizada en el precedente “Corrales” (CSJN, Fallos: 338:1517, “Corrales Guillermo Gustavo s/hábeas corpus”, sent. 09/12/2015), tras veintitrés años de la sanción de la constitución porteña y tras veinticinco de la reforma de la Constitución Nacional, el panorama actual muestra que el Gobierno nacional y el Gobierno de la Ciudad han avanzado mínimamente en las gestiones tendientes a concretar de manera íntegra y definitiva la transferencia de la justicia nacional ordinaria al ámbito que constitucionalmente le corresponde y la Ciudad permanece por esa razón con sus instituciones inconclusas, tiene un Poder Ejecutivo y una legislatura propios en pleno funcionamiento, pero no tiene aún en marcha un Poder Judicial completo (CSJN, Fallos: 342:509, “Bazán, Fernando s/amenazas”, sent. 04/04/2019).

La Corte Suprema recalcó que esa omisión tenía concretas consecuencias en el funcionamiento del federalismo en la Argentina porque impactaba en la distribución de los recursos públicos. En virtud del incumplimiento del mandato que ordena la autonomía plena porteña, explicó que las veintitrés provincias argentinas financian los gastos que demanda el servicio de administración de justicia del restante distrito.

Esta situación -remarcó- no resulta compatible con los principios de equidad, solidaridad e igualdad de oportunidades que requiere un proceso de desarrollo de escala federal para "equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias y regiones" (art. 75, inc. 2 y 19, de la Constitución Nacional).

Observación:

La página web del Tribunal permite constatar que aproximadamente durante el año 2019 la Corte debió pronunciarse en 2100 casos procedentes de la justicia nacional.

5.- Transferencia paulatina y simultánea de estructuras jurisdiccionales

El proyecto de ley 6810-D-2018 preveía algunos aspectos sustantivos ligados a la situación de jueces, magistrados, funcionarios y empleados de la justicia nacional, destinados a acordar y efectivizar la transferencia.

Se transcriben algunas de las normas pertinentes:

"…TITULO II. RECURSOS HUMANOS. GARANTÍAS. REGÍMENES ESPECIALES DE RETIRO Y JUBILACION ANTICIPADA

CAPÍTULO 1. GARANTÍAS.

Artículo 7º - Quedan garantizados a los jueces, magistrados, funcionarios y empleados de los tribunales, fiscalías y defensorías transferidas, sus derechos constitucionales adquiridos de inamovilidad de grado y de intangibilidad de sus remuneraciones, así como el régimen previsional aplicable, la obra social o cobertura de salud de la que resulten beneficiarios, el reconocimiento y cómputo de antigüedad, el régimen de licencias, justificaciones y franquicias, la observancia de idéntico trato y protocolo y todo otro beneficio de que gocen al momento del traspaso.

Será de aplicación a los jueces, magistrados y funcionarios traspasados que se encuentren comprendidos en el Anexo I de la Ley 24.018 el régimen previsional allí establecido, en los términos vigentes a la fecha de sanción de la presente ley.

Concluido el proceso de transferencia, los jueces, magistrados y funcionarios traspasados quedarán sujetos al régimen sancionatorio

o disciplinario y al procedimiento de remoción establecido en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las leyes que la reglamentan, siempre que sus disposiciones no impliquen un menoscabo a los derechos de que gozaban conforme a las normas sobre la materia aplicables al momento de la transferencia.

Artículo 8º - Aceptada esta transferencia por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el marco de la Ley Orgánica del Poder Judicial de dicha jurisdicción, su Legislatura podrá reorganizar los tribunales, fiscalías y defensorías transferidas y su competencia, asegurando que la jerarquía, funciones y especialización de los jueces y magistrados resulten compatibles con las funciones asignadas.

Artículo 9º - El personal traspasado, que goce de estabilidad, quedará incorporado a la planta permanente del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el organismo que corresponda, y gozará de estabilidad mientras dure su buena conducta y hasta haber alcanzado los requisitos legales para obtener los porcentajes máximos de los respectivos regímenes jubilatorios, con idéntica situación de revista, jerarquía, cargo, retribución y antigüedad, conservando además sus derechos relativos al régimen laboral, previsional, servicios sociales, de salud y demás beneficios derivados de la permanencia en el cargo o categoría y otros análogos de que gocen al momento de la transferencia.

Sólo podrán ser removidos por causa de ineptitud o mala conducta, previo sumario administrativo con audiencia del interesado, conforme lo establezca el régimen disciplinario vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre que sus disposiciones no impliquen un menoscabo a los derechos de que gozaban conforme a las normas sobre la materia aplicables al momento de la transferencia.

Artículo 10º - La situación de revista y los derechos y beneficios garantizados precedentemente deberán equipararse a los percibidos por los jueces, magistrados, funcionarios, empleados o auxiliares del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires según corresponda, siempre que no impliquen una disminución o menoscabo en los mismos.

Artículo 11º - Los empleados o auxiliares que presten servicios en los tribunales, fiscalías y defensorías transferidas, bajo la modalidad de contratos de locación, mediante el régimen de pasantías, interinamente o subrogando funciones, serán traspasados con idéntica modalidad contractual o calidad en la que cumplían

funciones, conservando los mismos derechos y obligaciones y su ámbito de desempeño.

Su eventual incorporación a la planta permanente del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el organismo que corresponda, quedará sujeta a las disposiciones y procedimientos establecidos en la normativa local.

CAPÍTULO 2. RÉGIMEN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA.

Artículo 12º - PERSONAS COMPRENDIDAS. Institúyase el régimen excepcional de jubilación anticipada voluntaria, para los jueces, magistrados y funcionarios traspasados que se encuentren comprendidos en el Anexo I de la Ley 24.018, en actividad en los juzgados, fiscalías y defensorías objeto de transferencia por la presente ley.

Artículo 13º - REQUISITOS. Para tener acceso a este beneficio se deberán reunir los siguientes requisitos:

a) Estar en actividad a la fecha de sanción de la presente ley, con prestación efectiva de servicios y percepción de remuneraciones en el Poder Judicial de la Nación, en el Ministerio Público Fiscal de la Nación, o en el Ministerio Público de la Defensa de la Nación.

b) Acreditar por lo menos veinticinco (25) años de servicios y veinte (20) años de aportes efectivos y cumplidos, además de los requisitos previstos en el artículo 9º de la Ley 24.018.

Artículo 14º - EXCLUSIONES. Quedan excluidos de los alcances del régimen especial establecido en la presente ley, los jueces, magistrados o funcionarios que se encuentren en uso de licencia sin goce de haberes, salvo que al inicio de la misma ya hubiesen reunido los requisitos previstos en el artículo 13º de la presente.

Artículo 15º - HABERES PREVISIONALES. El haber previsional de los jueces, magistrados y funcionarios comprendidos en el presente régimen será del setenta y dos por ciento (72%) calculado sobre la remuneración total sujeta al pago de aportes correspondiente al interesado por el desempeño del cargo que ocupaba al momento de la cesación definitiva en el servicio.

Esta remuneración continuará sujeta al pago de aportes y contribuciones de los haberes en actividad, hasta tanto el beneficiario

complete los treinta (30) años de servicios que exige el artículo 9 de la ley 24.018.

El juez, magistrado o funcionario jubilado continuará realizando los aportes jubilatorios personales a la ANSeS y a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, hasta el momento de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 9 de la ley 24.018, y de alcanzar el derecho a percibir el ochenta y dos por ciento (82%) previsto en el artículo 10 de la ley 24.018. Estos aportes los realizará a través del Poder Judicial de la Nación, del Ministerio Público Fiscal de la Nación o del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, según sea el empleador que deberá actuar como agente de retención, en cada caso.

Una vez que el beneficiario reúna los requisitos previstos en el artículo 13°, cesará la obligación del pago de aportes y contribuciones y le corresponderá el haber previsional del ochenta y dos por ciento (82%), de igual forma a la prevista en el artículo 10 de la ley 24.018.

En todos los casos el acogimiento al beneficio contenido en la presente ley implicará la aceptación, por parte del beneficiario, de las condiciones establecidas en los artículos anteriores.

Artículo 16º - CADUCIDAD DEL DERECHO. Los jueces o funcionarios que cumplieren con los requisitos previstos en este Capítulo, podrán solicitar el beneficio de jubilación anticipada voluntaria hasta un plazo de sesenta (60) días corridos a partir de la vigencia de la presente ley, vencido el cual se considerará caduco este derecho si no ha presentado la solicitud correspondiente.

Artículo 17º - La solicitud de acogimiento al beneficio dispuesto por este Capítulo deberá ser presentada en la forma prevista para los trámites jubilatorios ordinarios establecida en la ley 24.018.

CAPÍTULO 3. RETIRO VOLUNTARIO.

Artículo 18º- Apruébense el régimen de retiro voluntario para el personal que presta servicios en los juzgados, fiscalías y defensorías transferidas, revistando en la planta permanente del Poder Judicial de la Nación, del Ministerio Público Fiscal de la Nación o del Ministerio Público de la Defensa, en su caso.

Artículo 19º - REQUISITOS. Son requisitos para acceder al régimen de retiro voluntario, además de las condiciones señaladas en el artículo anterior, tener cincuenta y cinco (55) o más años de edad y no contar con los años de servicio necesarios para obtener la jubilación ordinaria en los términos de la Ley N° 24.241 y sus modificatorias.

Artículo 20°- EXCLUSIONES. Quedan expresamente excluidos del régimen de retiro voluntario:

a) Quienes se encuentren procesados por delito en perjuicio de la Administración Pública Nacional, excepto que en dicho proceso recaiga pronunciamiento judicial absolutorio firme y definitivo antes de la fecha de finalización de adhesión al presente régimen;

b) Quienes estén sometidos a sumario administrativo del que pudieran surgir las sanciones de cesantía o exoneración o si existiere perjuicio fiscal, de conformidad con lo dictaminado por el organismo en que tramite el correspondiente sumario;

c) Quienes estén sometidos a la ejecución de alguna medida disciplinaria que pueda constituir una causal de cesantía o exoneración;

d) Quienes hubieran iniciado cualquier tipo de reclamo o acciones judiciales contra el Poder Judicial de la Nación, el Ministerio Público Fiscal de la Nación o el Ministerio Público de la Defensa de la Nación, con motivo de su relación laboral;

e) Quienes hubieran solicitado un beneficio previsional o iniciado el trámite con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley;

f) Quienes hubieran presentado su renuncia y estuviera pendiente de aceptación;

Artículo 21°- BENEFICIOS. El personal que acceda al régimen de retiro voluntario, en los términos del presente Capítulo, tendrá derecho a la percepción de doce (12) cuotas no remunerativas mensuales, cada cuota será equivalente al monto de una (1) remuneración neta mensual, normal, habitual y permanente conforme la percibida por el empleado a la fecha de su baja, incluidos los adicionales que le correspondan. El valor de la cuota se actualizará en igual forma a la remuneración correspondiente a los

empleados que revisten en igual categoría y cargo que el que tenía el beneficiario al momento de producirse su cese. Esta remuneración se integrará con los adicionales a que el empleado tenía derecho al momento de su desvinculación.

Artículo 22°- BENEFICIO ADICIONAL. El personal que acceda al régimen de retiro voluntario al finalizar el período de doce meses establecido en el artículo anterior, tendrá derecho a la percepción de una suma no remunerativa equivalente al valor de la última cuota percibida multiplicada por seis (6).

Artículo 23°- COBERTURA MÉDICA ASISTENCIAL. Los empleados que adhieran al régimen de retiro voluntario previsto en este Capítulo, continuarán gozando de la cobertura médica asistencial de la Obra Social del Poder Judicial, durante el plazo de percepción de las cuotas.

Artículo 24º - INHABILITACION. Los empleados que accedan al régimen de retiro voluntario previsto en este Capítulo no podrán volver a ser incorporados bajo ninguna modalidad de empleo o contratación de servicios u obra en el Poder Judicial de la Nación por el término de DIEZ (10) años contados a partir de su baja.

Artículo 25º - SOLICITUD. La solicitud de acogimiento al régimen de retiro voluntario deberá presentarse ante la Dirección General de Recursos Humanos, o su equivalente, del Consejo de la Magistratura de la Nación, del Ministerio Público Fiscal de la Nación o del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, según sea cada caso…”

Anexo 04

Título: Comentario sobre las reformas al recurso extraordinario
Autor: Garay, Alberto F.
Publicado en: LA LEY1990-E, 984
Cita Online: AR/DOC/17523/2001

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. -- II. El nuevo artículo 280 del Código Procesal. -- III. Características aún vigentes del anterior ordenamiento. -- IV. Hipótesis ante las cuales procederá el nuevo recurso extraordinario. -- V. El nuevo artículo 285 del Código Procesal. -- VI. Algunas sugerencias prácticas.

I. Introducción

La reciente ley 23.774 (Adla, L-B, 1256) produjo tres reformas dentro del esquema judicial federal que bien pueden ser consideradas como una de las modificaciones más trascendentes de este siglo. Esta calificación, que a primera vista podría ser juzgada exagerada, no lo es tal según me parece, si se tiene en cuenta la magnitud de las reformas y la institución que afecta.

Por primera vez en 27 años y de una sola estocada, lo que consistía en jurisdicción obligatoria y reglada de la Corte Suprema a través del recurso extraordinario, se transforma en jurisdicción no obligatoria.

Por primera vez desde 1863, se aumenta el número de Jueces de la Corte de cinco a nueve.

El Procurador General, que según las leyes 27 (1862), y el decreto-ley 1285 (conf. ley 16.895) integraba la Corte Suprema de Justicia, es apartado de la integración del Tribunal.

En atención a la magnitud de la reforma, uno hubiera esperado encontrar un Mensaje del Ejecutivo y un debate extenso, informado, libre de sospechas. En definitiva, como dijo el miembro informante, Senador Juarez, el Senado de la Nación, el cuerpo que alberga a los representantes de todas las provincias argentinas, acometía, ni más ni menos que "la enjundiosa tarea de dar un nuevo perfil al más alto tribunal de justicia de la República (1). En otras palabras, la legislatura acometía una tarea fundacional. Sin embargo la realidad fue otra.

El Mensaje 771 por el cual el Poder Ejecutivo elevó el proyecto de ley (2) es escueto y técnicamente modesto. Su simpleza argumental es notable. O, más bien, alarmantemente notable. Lo que hace al meollo de la modificación del añoso recurso federal fue tratado en dos breves párrafos los que, fuera de recitar las causales que autorizarán a la Corte Suprema al rechazo de los recursos extraordinarios sin expresar fundamentos, no explícita nada más. El Mensaje dice "apoyarse" en un proyecto de reformas anterior. Pero, como el lector ya habrá inferido, no es claro el sentido atribuible al término "apoyarse". Mucho menos lo es si tal proyecto no es incorporado al Mensaje, como no lo fue. Y mucho menos lo es si tal proyecto no es transcripto, como tampoco lo fue.

El debate del proyecto en la Cámara de Senadores tampoco fue capaz de suplir tales ausencias y deficiencias. Las alocuciones, a excepción de algunas pocas, son pobres y contienen imprecisiones jurídicas notables, errores de interpretación (3) y citas equivocadas del derecho comparado, en particular, del derecho norteamericano (4). También pueden leerse solitarias e infundadas opiniones sobre interpretación constitucional, donde de la Constitución casi ni se habla, o novedosas expresiones como una que dice que la Corte Suprema "es el más alto bastión de las instituciones de la democracia"(5). En síntesis, el debate de la Cámara de Senadores, repito, salvo algunas parciales excepciones, representa una discusión superficial y mediocre de un tema altamente trascendente.

En lo que sigue intentaré un breve análisis crítico de las modificaciones introducidas al recurso extraordinario federal por la ley 23.774 y, sobre el final, propondré algunas ideas que creo pueden ser útiles. Intencionalmente dejaré de lado un pormenorizado análisis referido a la exclusión del Procurador General como integrante de la Corte Suprema y al aumento del número de jueces de la Corte y las motivaciones espurias o no que pudieron haberlo inspirado. Coincido con los senadores Eduardo Menem y Edgardo Grosso(6), en que el número de jueces de la Corte es un tema de política judicial. Si el Gobierno pretendía formar una Corte adicta y si lo logra, sólo podrá verificarse con el transcurso del tiempo y con el estudio de los fallos que el alto tribunal emita. Uno de los propósitos expresados por el Poder Ejecutivo a fin de aumentar el número de ministros de la Corte ha sido el de "contribuir... a la mayor autoridad académica de sus fallos"(7). Sin embargo, la primera consecuencia de esta reforma ha sido perder a uno de los ministros que con su conocimiento, contribuía a dotar a los fallos del alto tribunal de autoridad académica. Me refiero, como es obvio, al doctor Jorge A. Bacqué.

No ha llegado a mi conocimiento si las organizaciones profesionales relacionadas con el ejercicio de la abogacía y con la judicatura han expresado su juicio sobre la autoridad académica de los flamantes ministros. Sería beneficioso que lo hiciera. Esta debería ser una de las misiones primeras de esas entidades. Lo cierto y seguro es que la tarea que les espera a estos nuevos jueces es ímproba y extremadamente difícil. En palabras del juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, William J. Brennan Jr. (8):

Cuando uno pasa a integrar la Corte Suprema de los Estados Unidos, uno entra a un mundo completamente nuevo y poco familiar, y esto es tan cierto respecto de un juez que proviene de una Cámara Federal de Apelaciones como de un juez que, como yo, proviene de un tribunal superior estadual. Categóricamente afirmo que ninguna experiencia pasada, incluyendo una experiencia judicial anterior, prepara a uno para el trabajo de la Corte Suprema ... Una vez en la Corte Suprema, la confrontación inicial con las notables diferencias de función, el carácter de su rol y la necesidad de aprender criterios de decisión completamente nuevos, puede ser una experiencia traumática para el neófito.

El precedente pasaje es expresado por un juez que no sólo provenía de otro tribunal inferior sino que fue educado bajo el case method. Imagine el lector cuánto más complicada será la tarea de los nuevos jueces argentinos, educados en universidades cuyos libros de texto en materia constitucional prácticamente han ignorado el análisis crítico y sistemático de los Fallos de la Corte Suprema Nacional. A ello debe agregarse que deberán interpretar una norma nueva sobre jurisdicción y competencia de la Corte Suprema (si bien esta dificultad la compartirán con los jueces preexistentes) que, como se verá, no es todo lo clara que podría haberse deseado.

II. El nuevo artículo 280 del Código Procesal

1. Texto de la norma y de sus antecedentes

El art. 280 del Cód. Procesal nacional ha sido sustituido en lo tocante al recurso extraordinario, conforme el siguiente texto:

Art. 280. Llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario... Cuando la Corte Suprema conociera 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.

El anterior art. 280 del Cód. Procesal decía en su parte pertinente:

Art. 280. Llamamiento de autos ... Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos.

III. Características aún vigentes del anterior ordenamiento

1. Introducción

En el debate producido en la Cámara de Senadores se dijo que no "se ha innovado en este tema, ya que el certiorari fue introducido en la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1925 ... Y esto es lo que se ha recogido aquí en la Argentina"(9). Si lo que el miembro informante quiso decir es que el nuevo art. 280 del Cód. Procesal es análogo al writ of certiorari norteamericano, es evidente que el senador incurrió en un tremendo error. La reciente normativa, o, más precisamente, su texto, tiene cierto parentesco, cierto "aire de familia" con la institución norteamericana, pero posee diferencias notables. Algunas de ellas son las siguientes:

i) Actualmente, el certiorari norteamericano se interpone ante la propia Corte Suprema y ante ella se sustancia. El argentino, se deduce ante el tribunal apelado, ante él se sustancia y él lo concede o deniega (quedando abierta la vía del recurso de queja, para el caso que se lo declare improcedente) (arts. 257 y 285, Cód. Procesal).

ii) En Estados Unidos, el plazo para deducirlo oscila entre treinta, sesenta o noventa días (era de 5 años en la Judiciary Act de 1789). En Argentina, el plazo es de diez días para el extraordinario y cinco para la queja.

iii) El writ of certiorari, a diferencia del argentino, carece de referencia legal en cuanto a la sustancialidad, trascendencia o suficiencia del agravio federal planteado (arts. 257 y 282, Cód. Procesal).

iv) Un juez de la Corte norteamericana tiene autoridad suficiente como para disponer el efecto suspensivo del writ of certiorari. En argentina, "mientras la Corte no haga lugar a la queja" no se suspende el curso del proceso (art. 285, Cód. Procesal). Si se tratare de un recurso extraordinario concedido y la sentencia apelada fuere confirmatoria de la anterior, el apelado puede ofrecer fianza y ejecutar el decisorio recurrido (art. 7°. ley 4055 --Adla, 1889-1919, 533--).

v) La simple denegatoria del writ of certiorari, que se traduce en un lacónico certiorari denied no presupone ni implica un juicio de mérito sobre la cuestión sometida a la Corte. En nuestro medio la misma cuestión, como intentaré analizar más abajo, es de difícil interpretación.

La única similitud seria que puede observarse entre el certiorari norteamericano y el argentino es que en ambos casos, la Corte no necesita fundamentar la decisión por la cual resuelve no hacer lugar al recurso.

2. Interposición del recurso extraordinario

En oportunidad de comentar las reformas introducidas a la competencia de la Corte norteamericana por la ley del año 1925, Frankfurter y Landis fueron poderosamente críticos. No sólo censuraron la reforma por ser parcial (como, por otra parte, se escuchó también en el recinto de la Cámara Alta respecto de la nueva ley argentina) (10) sino que destacaron enfáticamente el carácter eminentemente empírico de las leyes que se ocupan del sistema judicial (11). Recogiendo tal característica, una de las primeras observaciones que se pueden formular al nuevo ordenamiento parte de la práctica o de la mecánica del recurso extraordinario.

En el esquema anterior, el recurso extraordinario regulado por los arts. 14, 15 y 16 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364) debía ser presentado, sustanciado y declarado procedente o improcedente por el tribunal a quo. Quizás en este esquema, plasmado en el art. 257 (12) del Cód. Procesal, y conforme las razones históricas procesales y jurisprudenciales que lo motivaron, podría haber tenido cierto sentido tal proceder. En definitiva, se trataba de un recurso reglado, conforme el cual, en principio, la sola circunstancia de tratarse de alguno de los supuestos mencionados en los tres incisos del art. 14 de la ley 48 obligaba a su concesión por el tribunal a quo y a su consideración por la Corte Suprema. Si el tribunal apelado denegaba el recurso, la parte interesada podía acudir a la Corte Suprema en queja y si el alto tribunal consideraba que el remedio había sido mal denegado por tratarse de alguno de los supuestos del art. 14 de la ley 48, debía declararlo procedente y resolver el asunto dentro de las posibilidades ofrecidas por el art. 16 de esa ley. Luego de esta rápida descripción salta a la vista que había dos claras etapas dentro de la mecánica del remedio federal bajo análisis. Una era la relativa a la concesión o denegatoria formal del recurso. Si éste versaba, grosso modo, sobre alguno de los supuestos del art. 14 de la ley de setiembre de 1863 y si se hallaban satisfechos los recaudos formales (plazo de interposición, tribunal superior de la causa, fundamentación suficiente, planteo oportuno de la cuestión federal, sentencia definitiva, etc.), la apelación debía ser concedida, ya por el tribunal a quo ya por la Corte Suprema (en caso de denegatoria errónea). La otra etapa, una vez en la Corte Suprema y previo re-examen de la procedencia formal, consistía en el análisis y decisión de la cuestión federal contenida en el artículo intentado y, por lo tanto, en la confirmación o revocación de la sentencia recurrida.

Conforme la estructura actual, como la ley 23.774 dejó vigente el art. 257 del Cód. Procesal, la primera etapa relativa a la interposición, sustanciación y concesión o no del recurso extraordinario por parte del tribunal a quo ha permanecido invariable. Ni el texto de la ley 23.774, ni el Mensaje del Poder Ejecutivo ni el debate en la Cámara de Senadores permiten inferir que haya sido intención del legislador suprimir o derogar el art. 257 del Cód. Procesal. Ergo, el recurso se sigue interponiendo ante el tribunal apelado, ante él se sustancia y él debe decidir sobre su procedencia formal, debiendo declararlo procedente o improcedente.

3. Sobre la procedencia formal del recurso extraordinario

A pesar de que todo parecería indicar que ya podemos penetrar los laberintos del cuarto piso del Palacio de los Tribunales, previo a ello, debemos resolver un nuevo interrogante. ¿A la luz de qué normas el tribunal a quo deberá decidir sobre la procedencia formal del remedio federal?

La primer respuesta surge casi automáticamente. Parece no caber dudas de que los arts. 14 (13) y 15 (14) de la ley 48 seguirán determinando la procedencia formal del recurso extraordinario federal, al menos para los tribunales superiores de la causa. Esos artículos no sólo no fueron derogados sino que tampoco surge explícita o tácitamente la intención del legislador en tal dirección. Igual consideración merecen los arts. 256 (15) y 257 del Cód. Procesal.

Ahora bien, ¿corresponderá seguir el mismo criterio en cuanto al recurso extraordinario por arbitrariedad? Los tribunales de la Capital Federal, casi sistemáticamente declaraban y declaran la improcedencia formal de los recursos por arbitrariedad, por no versar sobre ninguno de los supuestos del art. 14 de la ley 48. Como no ha habido signos significativos de que esos tribunales vayan a cambiar de criterio (a pesar de innumerables advertencias formuladas por la propia Corte Suprema al declarar la nulidad de autos denegatorios infundados), todo parece indicar que el recurso de hecho seguirá siendo la vía corriente de acceso a la Corte ante estos supuestos. Es evidente que el legislador perdió aquí una nueva oportunidad para esclarecer el punto. Bien podría haber suprimido la interposición de los recursos con este fundamento ante la Cámara o superior tribunal respectivo y reemplazarlo por una presentación directa ante la Corte Suprema. Hubiera logrado evitar un estéril dispendio jurisdiccional. Sea como fuere, lo cierto es que la ley 23.774 no modificó el ordenamiento vigente en cuanto al extraordinario por arbitrariedad. Consecuentemente, éste deberá seguir siendo interpuesto, sustanciado y resuelto ante los superiores tribunales de la causa y, declarada su improcedencia por aquéllos, quedará abierta la vía del recurso de hecho.

4. Trámite ante la Corte

El caso puede llegar a la Corte Suprema de dos modos, a saber, por vía de un recurso extraordinario federal declarado procedente o, alternativamente, por recurso de hecho por denegación del extraordinario (sea uno

federal puro sea por arbitrariedad).

En el primer caso, ante un recurso extraordinario federal declarado procedente por el tribunal a quo por tratarse de alguno de los casos previstos en el art. 14 de la ley 48, una interpretación gramatical del lenguaje empleado en el art. 280 nuevo conduciría a que la Corte Suprema puede actuar como actuaba hasta antes de la reforma, re-examinar la procedencia formal del remedio federal y, en caso de convalidarla, confirmar la sentencia apelada. (La característica más sobresaliente de este caso--confirmación--, es que la Corte resolvía la cuestión federal contenida en el recurso, a través de una sentencia fundada y razonada).

También, siguiendo igual línea interpretativa gramatical, puede proceder del mismo modo como venía haciéndolo hasta ahora ante los recursos de hecho, fueran por arbitrariedad (y, en este caso, considerando sólo aquellos supuestos en que no se utilizaba una fórmula abreviada) o por error en la declaración de improcedencia del recurso, por tratarse de alguno de los casos del art. 14, ley 48. En los casos de arbitrariedad, la Corte, ya fuera a través del recitado de ciertas fórmulas acuñadas jurisprudencialmente, ya a través de decisiones menos esquemáticas, expresaba las razones por las cuales desestimaba esas presentaciones directas. Igual proceder empleada cuando declaraba improcedente o no hacía lugar a un recurso de hecho, cuya primera queja consistía en que había sido mal denegado por tratarse, a juicio del recurrente, de alguno de los asuntos mencionados en el art. 14 de la ley 48.

Estas posibilidades --admisibles desde el punto de vista lógico-gramatical a la luz del lenguaje empleado en el nuevo texto ("podrá rechazar")-- parecen, sin embargo, poco probables e inclusive, en principio, contrarias a la intención del legislador. El propósito perseguido por el legislador al sancionar la nueva disposición legal, autorizando a la Corte Suprema a rechazar recursos extraordinarios sin expresión de fundamentos, fue, precisamente, aliviar al alto tribunal de la pesada carga de tener que redactar sentencias con las características que tenían hasta ahora (a excepción de la fórmula brevísima que solía utilizarse y que fue destacada en el Senado), es decir, elaborar una decisión pormenorizada de cada uno de los recursos que debe resolver los que, como es sabido, se cuentan anualmente por miles. Al mismo tiempo, y según repetidas expresiones vertidas en la Cámara Alta, la obra legislativa persiguió "legitimar", "darle estado institucional" --como se dijo (16)-- a algo que la Corte, parcialmente, venía haciendo de hecho. Consecuentemente, me parece muy poco probable que el alto tribunal no vaya a emplear una herramienta tan útil y necesaria.

Por otra parte y aun cuando la letra de la ley admita las posibilidades descriptas precedentemente al emplear la expresión "podrá rechazar", parece demasiado exagerado evaluar la posible vulnerabilidad del nuevo régimen legal ante el supuesto que "los casos (sean) escogidos no por razones de auténtica gravedad institucional sino por preferencias partidarias, de amistad, presión de algún otro poder y demás motivos non sanctos (17), o, en otros términos, que la norma deja espacio para llevar a cabo una selección "a gusto y paladar"(18) de la Corte.

En primer lugar, para que el dicho supuesto pudiera ser considerado al menos implícito dentro del nuevo esquema, estas "nuevas causales", al ser tan poco comunes, deberían haber sido expresadas o insinuadas ora en el debate parlamentario ora en el Mensaje del Poder Ejecutivo, cuestión que, huelga decirlo, no sucedió. En segundo lugar, ninguna de esas causales tiene cabida seria dentro de cualquiera de las tres mentadas por el art. 280 nuevo. En último término, ellas son tan repugnantes a elementales principios constitucionales y procesales que --aun cuando se las tuviera en cuenta solamente para el proceso de selección de las causas en las que la Corte Suprema dictará sentencias fundadas y razonadas-- resultan impensables en una democracia constitucional.

Un sano principio hermenéutico acuñado por la Corte Suprema establece que "la interpretación de las leyes debe practicarse de manera que preserve los derechos, principios y garantías de la Constitución Nacional. Lo que, en la medida que el texto y el espíritu de la ley lo admita, se cumple con la solución que mejor concuerde con los preceptos constitucionales preeminentes"(19). En el análisis legal que sigue, me guiaré por esta prudente doctrina.

Para finalizar, se puede argumentar que el precedente análisis peca de ingenuidad; que las posibilidades barajadas por el constitucionalista y flamante académico pueden hipotéticamente producirse al depositarse tanta discrecionalidad en la Corte como institución. Ello, me apresuro a responder, es cierto. Pueden presentarse si los integrantes de la Corte corrompen la interpretación del reciente instituto y actúan de tal manera. Sin embargo, ante tal hipótesis, la responsabilidad no le puede ser atribuida a la ley en sí misma ni al legislador. Un sistema análogamente discrecional funciona en los Estados Unidos y opera de manera tolerablemente decorosa. En tal hipótesis, los responsables serán aquéllos que así actúen los que, obviamente, se harán merecedores del juicio político. En definitiva, como dijera John M. Simpson (20) sobre el mismo tema, acudiendo a un fallo de la Corte Suprema norteamericana:

"Si esta desconfianza proviene de una profunda preocupación acerca de las fragilidades de las instituciones

humanas, es una objeción que no es fácil de responder. En este nivel del análisis la seguridad última debe ser depositada "sobre un poder judicial de alta competencia y carácter y sobre la participación constante de la crítica profesional informada de su trabajo (21).

Es decir que a aquéllos que nos preocupa esta apasionante disciplina nos queda mucho por hacer. No sólo deberemos aprender las distintas variantes que se vayan presentando en la práctica del nuevo recurso extraordinario. También nos queda por delante seguir en la tarea del análisis crítico, serio y valiente de los fallos de la Corte y contribuir así, en la medida de nuestras grandes limitaciones, a la formación de opiniones críticas, imprescindibles en la vida de todo pueblo que se precie de su Constitución, sus instituciones y su libertad.

También, conforme el art. 280 del Cód. Procesal (ley 23.774) y como anticipara más arriba, la Corte, según su sana discreción, puede "rechazar" el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente, o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

Este nuevo artículo, por la circunstancia que condiciona su operación ("Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario"), por el encabezado que lo precede ("Llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario"), por su ubicación en el Código Procesal ("cap. IV, sec. 6 --Procedimiento ante la Corte Suprema--") y por el juego armónico que le corresponde desempeñar con los aún vigentes arts. 256 y 257 del Código de rito (ambos dentro de igual capítulo, sec. 4 --Apelación extraordinaria ante la Corte Suprema), presupone un recurso extraordinario concedido por el tribunal a quo, es decir que presupone un recurso extraordinario que, de acuerdo a lo dicho más arriba, versa sobre alguna de las cuestiones federales previstas en el art. 14 de la ley 48. A poco que uno se detiene en esa presuposición advierte la tremenda trascendencia del nuevo ordenamiento. A partir de ahora, si la Corte, según su sana discreción, juzga que el agravio federal que el recurso contiene es insuficiente o que las cuestiones planteadas resultan insustanciales o carentes de transcendencia, no estará obligada a dictar una sentencia motivada al desestimar el remedio federal. Simplemente podrá expresar que el recurso se desestima con fundamento en el art. 280 del Cód. Procesal. Consecuentemente, toda resolución de la Corte que desestime un recurso con la mera invocación del art. 280 implicará la ausencia de agravio federal suficiente, o la insustancialidad o intrascendencia de la cuestión planteada.

Sin embargo, creo que es indiscutible que esta facultad no importa no analizar el recurso. Correctamente entendida, ella apunta a un aspecto instrumental. Se estudia el caso y si se concluye que cae dentro de alguna de aquellas hipótesis, se lo desestima, para decirlo vulgarmente, en dos renglones. Tampoco debe confundirse el estudio del recurso con el de toda la causa (22). El recurso, conforme el art. 15 de la ley 48 y su jurisprudencia, debe ser auto-suficiente. En principio, si el recurso es confuso y exige leer el expediente (defecto muy frecuente de los recursos extraordinarios), no se debe leer el expediente sino que se debe desestimar el recurso. Al expediente recién se suele acceder una vez que se ha decidido que la cuestión federal planteada tiene "color". Demás está decir que esta última alternativa se produce en la minoría de los casos que llegan a la Corte.

En otro orden de ideas, si la Corte opta por aferrarse estrictamente a la facultad que le confiere el nuevo precepto y rechaza recursos con la sola invocación del art. 280, en principio, no existirá forma de saber qué tema es intrascendente o insustancial o qué agravio federal es insuficiente a juicio de la Corte. Una excepción a esta hipótesis estará configurada por aquellos casos en que la decisión no sea unánime, esto es, cuando existan disidencias y en tanto éstas contengan las menciones ausentes en la decisión de la mayoría (23). La nueva posibilidad es sin duda trascendente, pero tampoco se debe exagerar sobre su novedad.

En primer lugar, y como se tuvo presente en el Senado (24) la Corte Suprema, de hecho, venía procediendo de tal modo en un sinnúmero de causas --generalmente, recursos por arbitrariedad--, lo cual no dejaba de ser irregular. En segundo término, según atestigua una investigación reciente, el Alto Tribunal no publicaba el texto de todas las sentencias que dictaba (25) (una costumbre que arranca desde antiguo). Por último, en muchos casos se publicaba un sumario del fallo pero no su contenido íntegro y, honestamente, dicha pieza era a veces incomprensible, pues se solía referenciar la doctrina legal pero no los hechos del caso (26). En consecuencia, si bien la posibilidad legal de desestimar recursos sin fundamento es trascendente y, si teorizamos en base a supuestos patológicos (corruptelas varias mediante), puede llegar a ser constitucionalmente intolerable, en principio, no se ha hecho sino legalizar una práctica que se venía ejecutando de hecho (preferentemente, como sostuve, en los extraordinarios por arbitrariedad) y que era irregular, extendiéndola para los casos de recursos extraordinarios basados stricto sensu en alguno de los tres incisos del art. 14 de la ley 48.

Sin embargo, la preocupación legítima y republicana por conocer el contenido de los actos de gobierno, puede encontrar solución, al menos parcial, siguiendo el ejemplo de la experiencia extranjera. Cuando las editoriales jurídicas norteamericanas publican las sentencias de los tribunales superiores de la causa, sean estaduales o Cámaras federales, suelen incluir, como mera referencia, que la Corte Suprema denegó el certiorari,

remitiendo al tomo y folio respectivo de la colección de fallos de este alto tribunal. Muchas veces, si el asunto fue apelado pero la Corte no lo resolvió al momento de la publicación, advierten sobre esa circunstancia. Creo que esto no es muy complejo para nuestras editoriales. Sólo se trata de una compulsa ritual.

IV. Hipótesis ante las cuales procederá el nuevo recurso extraordinario

1. Introducción

La técnica empleada en la redacción del art. 280 nuevo no está exenta de reproches. En realidad, cuando uno lee artículos como el referido y su debate parlamentario no puede dejar de preguntarse para qué existen tantos asesores técnicos en el Senado. Creo no exagerar si afirmo que una gran parte de los problemas jurídicos más importantes que el nuevo instituto plantea fueron completamente ignorados en la Cámara Alta.

En primer lugar, la norma innova si se la compara con la redacción del art. 14 de la ley 48. Este último confiere a la Corte el ejercicio de una jurisdicción que podríamos denominar afirmativa. En caso de verificarse alguna de las causales previstas en sus tres incisos, la Corte debía ejercer su jurisdicción de forma plena. Inversamente, el nuevo art. 280 confiere al alto tribunal una jurisdicción negativa, en el sentido que si concurre alguna de las causales en él mencionadas y a pesar de tratarse de alguno de los supuestos del art. 14 (ley 48), la Corte puede no ejercer su jurisdicción revisora, según su "sana discreción".

También innova en punto al lenguaje empleado, cuando se refiere al "rechazo" del recurso extraordinario. Generalmente, en el caso de recursos extraordinarios concedidos por el tribunal a quo, que es el supuesto que el art. 280 prevé, la parte dispositiva de las sentencias denegatorias del Alto Tribunal no ha solido aludir al "rechazo" del recurso extraordinario, sino a su "declaración de improcedencia".

Al margen de estas cuestiones, la nueva jurisdicción ofrece ciertas complicaciones, alguna de las cuales esbozaré seguidamente.

2. La Corte, el conocimiento selectivo de causas y su sana discreción

Dijo el senador Aguirre Lanari:

"No participamos del criterio según el cual corresponde reducir el número de cuestiones sometidas a la consideración de la Corte, que es lo que se persigue en este proyecto, mediante a la posibilidad de negarse a administrar justicia en las cuestiones de escasa gravitación y trascendencia y aunque ello importe resignar el control de constitucionalidad y el principio de supremacía de la Constitución(27).

La cuestión no es tener a la Constitución en salvaguarda de los derechos cuando éstos tienen gran trascendencia o relevancia dentro del concepto subjetivo de la Corte: la Constitución vale para el más pequeño de los casos y para todos, cualquiera sea la trascendencia institucional que se le asigne (28).

Esta discrecionalidad establecida por la ley autorizará al tribunal para negarse a administrar justicia en aquellos casos en que considere que el agravio federal no es suficiente o que las cuestiones planteadas carecen de trascendencia. Todo ello a pesar de que en el caso concreto pueda existir una real lesión a los preceptos constitucionales. En síntesis, cuando la Corte estime que un caso es importante, sobre la base de un juicio de valor que ella haga, podrá dar cabida al recurso extraordinario. Si, por el contrario, estima que el caso no reúne esa cualidad, a pesar de que se vulneren las garantías constitucionales podrá negarse a administrar justicia (29).

El legislador dirigió su embate, que nadie cuestionó a pesar de tratarse de un "debate" parlamentario, a dos de los obstáculos más serios que se le pueden formular a la nueva institución legal. Es evidente que el senador tuvo en mente no sólo el art. 31 de la Constitución Nacional sino también, si bien no lo expreso textualmente, la parte del art. 100 que encomienda a la Corte Suprema (y a los tribunales federales) el "conocimiento y decisión de todas las causas que venzen sobre puntos regidos por la Constitución" (entre otras).

Sin embargo, la tesis defendida por el legislador, que parecería ser idealmente la más deseable, no surge imperativamente del texto fundacional.

Como es sabido, el art. 101 faculta al Congreso a establecer las "reglas y excepciones" conforme las cuales la Corte debe ejercer su competencia apelada y, a mi modo de ver, el nuevo art. 280 del Cód. Procesal bien puede ser considerado un ejercicio válido de parte del Congreso de aquella atribución constitucional (el Mensaje 771 expresamente menciona el art. 101, Constitución Nacional).

A mayor abundamiento puede añadirse que el propio Congreso de 1863 no confirió a la Corte Suprema toda la competencia apelada que a tenor del texto constitucional podría haberle reconocido. Una rápida lectura, a contrario sensu, de los art. 14 y 15 de la ley 48 (30) arroja como resultado que numerosas cuestiones federales notablemente trascendentes quedaron fuera de la órbita del alto tribunal, v. gr., cuando no existía resolución contraria a una autoridad ejercida en nombre de la Nación, o cuando no existía resolución contraria a la validez de un tratado o ley del Congreso; cuando una ley u otros actos provinciales hubieran sido declarado

inconstitucionales; cuando un título, derecho, privilegio o exención fundados en una cláusula de la Constitución hubiera sido convalidados constitucionalmente; cuando el fundamento del recurso extaordinario no exterioriza que la cuestión en él contenida poseía relación directa e inmediata con los conflictos federales enunciados en alguno de los incisos del art. 14. En todas esta situaciones, la sentencia definitiva e inapelable era la del superior tribunal de la causa, fuera provincial, federal o nacional (art. 6°, ley 4055).

En síntesis, la Constitución no establece imperativamente que todas las causas constitucionales y federales serán resueltas por la Corte Suprema por vía de su competencia apelada. Es el Congreso Nacional el que, dentro de amplios límites constitucionales, regla la jurisdicción apelada de la Corte Suprema.

Por otro lado, la posición asumida por el senador Aguirre Lanari que, como destaqué precedentemente, podría ser calificada como la más deseable idealmente, es hoy día, a mi modo de ver, impracticable. Y sobre esta imposibilidad nada dijo el legislador (31). Ni cinco ni nueve Ministros pueden analizar y estudiar, proyectar y concordar o disentir seria y acabadamente en más de cuatro mil causas por año, como se venía haciendo hasta hoy. Igual problema ha enfrentado Estados Unidos, en donde el punto ha sido abordado no hace demasiado por la Corte Suprema en la causa "Singleton v. Commissioner"(32). Allí se dijo, adhiriendo a expresiones de Frankfurter hace más de cuarenta años (33), lo siguiente:

"Esta Corte declina rever la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Maryland. El significado único de tal denegatoria no necesita ser aclarado para aquellos familiarizados con el procedimiento ante esta Corte. Simplemente significa que, como cuestión sometida a la sana discreción de la Corte Suprema, menos de cuatro de sus integrantes consideraron deseable rever una decisión de un tribunal inferior (34) ... Consideraciones de lo más variadas subyacen a la denegatoria de estas peticiones y, respecto del mismo recurso, diferentes razones pueden conducir a diferentes ministros a igual resultado ... Razones técnicas pueden determinar la denegatoria. La revisión puede haber sido intentada demasiado tarde; la sentencia apelada puede no ser una definitiva; puede no tratarse de la decisión del tribunal superior de la causa; la decisión puede estar basada en cuestiones de derecho común no revisables por esta Corte aun cuando el tribunal apelado haya resuelto cuestiones de derecho federal. Una decisión puede satisfacer todos estos recaudos técnicos y pese a ello menos de cuatro ministros coincidir en que el recurso debería ser concedido. Aquí entran en juego cuestiones relativas a la política que vayamos a adoptar en punto al certiorari. Un caso puede presentar una cuestión importante pero sin embargo el expediente puede ser confuso. Puede ser deseable aguardar a que los tribunales inferiores decidan en otros casos diferentes aspectos de la misma cuestión. Una decisión prudente tiene su propio tiempo de maduración.

Desde que todas estas razones conflictivas y, para el desinformado, aun confusas, están presentes en la denegatoria del certiorari, de tanto en tanto se ha sugerido que la Corte indique las razones por las cuales procede de tal modo. Consideraciones prácticas lo impiden. El Congreso ha depositado en la discreción de la Corte el control de su tarea en orden a que el Alto Tribunal pueda desempeñar sus indispensables obligaciones. Durante los últimos tres años, la Corte denegó, respectivamente, 1260, 1105 y 1189 peticiones de revisión discrecional. Si se espera que la Corte cumpla con su labor, no sería factible proporcionar, ni aun brevemente, las razones por las cuales se rehusa a conceder el certiorari en esos casos. El tiempo que ello requeriría sería prohibitivo, aparte del hecho que, como ya se dijo, diferentes razones conducen frecuentemente a diferentes miembros del tribunal a concluir que la revisión de un caso particular, en un momento particular, es indeseable....

Por ello, en vista de que todo lo que una denegatoria de una petición de certiorari significa es que menos de cuatro miembros de la Corte consideraron que debería habérsela concedido, esta Corte ha insistido rigurosamente en que tal denegatoria no implica ningún tipo de opinión de la Corte en cuanto al fondo del asunto".

Como surge de la precedente transcripción (y traducción), uno de los temas claves del exceso de trabajo de ambas Cortes consiste en tener que redactar y llegar a un acuerdo, dentro de un plazo razonable --determinado, fundamentalmente, por el volumen de causas que ingresan por semana, mes y año-- sobre una sentencia formal, con todo lo que ello implica. La reforma viene así a otorgar una herramienta que aspira a aliviar a la Corte de esa carga. (Sin embargo, según me parece, ello no podrá lograrse en Argentina, a menos que el nuevo ordenamiento sea reforzado con reglas adicionales, alguna de las cuales sugeriré más adelante).

El otro tema que abordó el senador Aguirre Lanari fue el espinoso asunto de la discrecionalidad. En su opinión, que la Corte pueda distinguir entre cuestiones trascendentes e intrascendentes violaría el principio constitucional de la igualdad ante la ley ya que:

Habrá litigantes con cuestiones carentes de trascendencia, según el criterio subjetivo del tribunal, y otros con asuntos relevantes. En ambos casos habrá cuestión federal ... Pero, mientras en los casos mencionados en

segundo término, o sea en aquellos que aducen o tienen causas relevantes según el criterio subjetivo del tribunal, recibirán la garantía de la administración de justicia al más alto nivel, los mencionados en primer término, o sea aquellos que según el criterio subjetivo de la Corte invocan cuestiones carentes de trascendencia, estarán desamparados en esta instancia judicial (35).

El planteo desigualitario no es claro. Es más, como fue expresado, no parece un planteo basado en el art. 16 de la Constitución Nacional. El legislador circunscribió su crítica a uno de los tres supuestos ante cuya presencia la Corte puede rechazar el recurso, a saber, la mayor o menor trascendencia del asunto. Dice, con razón, que la norma autoriza a la Corte a rechazar a su juicio un recurso que contiene una cuestión federal intrascendente y a admitir otro, donde la cuestión federal sea trascendente. Si éste es el meollo desigualitario que él critica, para que tenga consistencia ambas cuestiones federales deberían haber sido las mismas o asimilables, al menos en sus aspectos relevantes. Sin embargo, a poco que uno se detiene en los "criterios de relevancia", inexorablemente debe admitir que la trascendencia o intrascendencia de la cuestión federal contenida en el recurso puede ser, objetivamente y a la luz de los motivos que condujeron al dictado de la norma, uno de ellos. El único obstáculo que el razonamiento precedente puede encontrar, si bien aquí ya no correspondería hablar del criterio de igualdad del artículo 16, es que la Constitución, como expresé más arriba, habla de "todas las causas" (artículo 100), pero, como también sostuve anteriormente, de todas las causas el Congreso puede seleccionar (art. 101, Constitución Nacional) prudentemente algunas, v. gr., las intrascendentes, y excluirlas de la jurisdicción apelada de la Corte.

A esto se le puede achacar, como hace el senador, que la determinación de la trascendencia de un asunto depende del juicio subjetivo del tribunal. Sin embargo y aun cuando no es muy claro el sentido en que se usa el vocablo "subjetivo", ello también es objetable en tanto consiste en una generalización excesiva.

El juicio subjetivo siempre está presente, en mayor o menor medida, en toda sentencia judicial. Pero subjetividad no implica necesariamente arbitrariedad, expresión ésta en varios sentidos subjetiva. Por otra parte, la ley no habla de juicio subjetivo sino de "sana discreción". Y el ejercicio de una sana discreción deberá conducir al alto tribunal a ejercer todas aquellas técnicas y virtudes acumuladas a lo largo de más de cien años de experiencia judicial en más de trescientos volúmenes de fallos. En un primer caso la Corte puede decidir rever una sentencia de un tribunal inferior, pero creo que es indiscutible que esos fallos pasados también la obligan a expresar cuáles son las razones que transforman a ese caso en trascendente, del mismo modo que está obligada a decir porqué una sentencia es arbitraria o porqué una ley es inconstitucional. De aquí en más, e independientemente de cierta subjetividad que pueda haber dirigido el razonamiento del alto tribunal en la determinación de la trascendencia del caso, se contará con un criterio objetivo para casos subsiguientes.

En síntesis, el Congreso nacional, en vez de excluir lisa y llanamente determinados casos de la jurisdicción apelada del alto tribunal, --cosa que podría haber hecho y que alguna vez realizó (36) --ha preferido otorgarle un amplio margen de discrecionalidad respecto de los asuntos en los que dictará sentencias de mérito. Esta discrecionalidad se traduce, fundamentalmente, en dos aspectos, a saber: a) Es la Corte quien al conceder los recursos que juzgue procedentes, le dará significado preciso a los vocablos trascendente, sustancial y suficiente, mentados por el art. 280 del Cód. Procesal; b) la Corte ha sido facultada para no expresar las razones por las cuales considerará que un agravio federal o una cuestión no reúne alguna de esas características.

Sin embargo, la crítica del legislador, más allá de su porción excesiva, deberá merecer un cuidadoso examen de parte de la Corte Suprema. Los abogados seguimos creyendo y confiando en el gobierno de leyes y no de hombres. La previsibilidad e imparcialidad(37) de la conducta de los órganos de gobierno hace a la esencia del plan constitucional y del estado de derecho o rule of law (ambos términos usados aquí de modo equivalente). Presumo que al alto tribunal le preocupa, como al senador nombrado y como a parte de la doctrina que ya ha comenzado a exteriorizarse, la gran vaguedad con que el Congreso ha definido su jurisdicción y competencia. Los supuestos ante los cuales la Corte puede rechazar el recurso extraordinario, a no dudarlo, son muy vagos y ambiguos y si no se manejan con pautas jurídicas claras, la avalancha de casos que puede llegar a recibir no sólo puede frustrar toda la utilidad que el nuevo instrumento podría tener sino también, y más grave, puede transformarlo en uno ingobernable, entregado al capricho y a la ignorancia.

En vista de ello se hará imprescindible, a mi modo de ver, que la Corte Suprema haga uso de la facultad reglamentaria que le otorga el art. 18 de la ley 48, y complemente las disposiciones procesales vigentes. A tal fin podrá proceder como viene haciéndolo su par norteamericano desde antaño, y sancionar por vía de acordada normas o reglas que --al menos tentativamente-- delineen anticipadamente el alcance de los arts. 280 y 285 del Cód. Procesal.

A título meramente ilustrativo, a continuación transcribiré la regla 10 de las Reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos (38), vigentes desde el 1 de enero de 1990, donde se alude a la precedente cuestión.

Regla 10. Consideraciones que gobiernan la revisión mediante el writ of certiorari.

1. La revisión por medio del writ of certiorari no es obligatoria sino que depende de la discreción judicial. El writ of certiorari sólo será concedido cuando concurran razones especiales e importantes para ello. Las siguientes, si bien no son determinantes ni delimitan la discreción de la Corte, indican el tipo de razones que serán consideradas:

a) Cuando una corte de apelaciones de los Estados Unidos haya pronunciado una decisión en conflicto con otra de otra corte de apelaciones de los Estados Unidos sobre la misma cuestión; o haya decidido una cuestión federal en conflicto con una decisión de un tribunal superior estadual; o se haya apartado excesivamente del procedimiento usualmente aplicable; o haya confirmado tal apartamiento por parte de un tribunal inferior, de modo que provoquen el ejercicio del poder de supervisión de esta Corte.

b) Cuando un superior tribunal estadual haya decidido una cuestión federal en conflicto con una decisión de otro superior tribunal estadual o de una corte de apelaciones de los Estados Unidos.

c) Cuando un tribunal estadual o una cámara de apelaciones de los Estados Unidos haya decidido una cuestión importante de derecho federal que no haya sido, pero que debería ser resuelta por esta Corte, o que haya decidido una cuestión federal de un modo que entre en conflicto con decisiones aplicables de esta Corte.

2. Las mismas consideraciones generales delineadas más arriba gobernarán los writs of certiorari que persigan la revisión de una sentencia de la Corte Militar de Apelaciones de los Estados Unidos.

Es evidente que esta regla 10 está diseñada para los Estados Unidos, a la luz de su historia judicial y sus problemas. Sin embargo su conocimiento es útil en tanto sirve al propósito de saber qué causas son importantes para la Corte Suprema norteamericana y qué procedimiento ha utilizado para anticipar hipótesis de tanta trascendencia.

Si la Corte argentina procediera del mismo modo, adecuando la reglamentación a nuestros propios problemas, allanaría muchas dificultades inherentes a la ambigüedad y vaguedad de los nuevos arts. 280 y 285 del Cód. Procesal. Con ello contribuiría a la labor de persuadirnos a los abogados sobre eventuales presentaciones intrascendentes, insustanciales o insuficientes, con lo cual podría producirse una reducción en el caudal de remedios federales presentados anualmente. Con ello contribuiría también a proporcionar pautas objetivas y previsible, en base a las cuales manejará su "sana discreción", allanando de ese modo la preocupación legítima del senador Aguirre Lanari, la de algunos autores (entre ellos, quien esto escribe) y las severas sospechas levantadas en el seno de la Cámara de Senadores por casi todos los oradores de la oposición, al igual que por las organizaciones profesionales de abogados. El problema de la "Corte adicta" al que se aludió en el recinto (39) y cuya sola mención produce escándalo íntimo y público, no es nuevo ni tiene que basarse necesariamente en prejuicio respecto del partido actualmente gobernante. En 1931, ya advertía Alsina:

La reforma del 60, al suprimir la cláusula que fijaba el número de miembros de la Suprema Corte, se acercaba al modelo norteamericano ¿pero esta identidad constituía un progreso? Con el número indeterminado de jueces con la facultad de parte del Congreso para aumentarlo, puede darse el caso que nos refieren Bryce y Wilson, de la modificación de una mayoría del tribunal para evitar declaraciones de inconstitucionalidad de una ley que al Ejecutivo y al Congreso conviene mantener. Güiraldes, op. cit., p. 200 (40).

3. Relaciones entre el art. 280 nuevo y los artículos 14 y 15 de la ley 48

Como expresé más arriba, el art. 280 nuevo presupone la vigencia del recurso extraordinario regulado por los arts. 14 a 16 de la ley 48. Sin embargo, esta presuposición es el punto de partida de la interpretación. A partir de aquí se abren nuevos interrogantes.

Es evidente que si se acepta la validez de tal premisa, de ella se sigue que todo recurso extraordinario deberá versar sobre alguna de las cuestiones federales mencionadas en el art. 14 de la ley 1863. Sin embargo el nuevo art. 280 no habla de cuestiones federales. En un supuesto alude a agravio federal suficiente, caso en el cual parecería caprichoso distinguirlo de las cuestiones federales, dado el uso indistinto que le ha dado la Corte Suprema a ambos vocablos. Pero, si se interpretan los otros dos supuestos a contrario sensu, la Corte está facultada a admitir cuestiones sustanciales o trascendentes y en este caso no se alude expresamente a que esas cuestiones sean federales.

El debate legislativo no contiene un análisis pormenorizado acerca de la extensión que corresponde atribuirle a esas expresiones. Sin embargo, algunas alocuciones como las de los senadores Juárez y de la Rúa parecen indicar que el significado de esos standards jurídicos es el que venía dándole la Corte Suprema hasta hoy. Por lo tanto, la sustancialidad, trascendencia o suficiencia estará referida a cuestiones o agravios federales.

Por otra parte, y como expresé anteriormente, la nueva disposición modifica el esquema recursivo anterior

en tanto autoriza a la Corte a ejercer una jurisdicción negativa, esto es, a rechazar recursos, ante la concurrencia de determinados supuestos, sin expresar los fundamentos por los cuales los desestima. Pero no se ha modificado su competencia positiva, es decir, la determinada en la ley 48. Si se interpretara lo contrario, si se sostuviera que las cuestiones contenidas en el recurso no tienen que ser exclusivamente las previstas en el art. 14 de la ley 1863, la reforma habría sido tan revolucionaria que habría institucionalizado una suerte de casación discrecional en materias de derecho común, algo negado desde antiguo por la Corte como propio de su esfera, conforme la ley 48 (41). Creo que para sostener la instauración de tal competencia debería contarse con algo más que una redacción descuidada.

Es de esperar que ahora que la Corte Suprema tendrá más tiempo para dedicar al estudio y redacción de sus sentencias, éstas superarán en calidad técnica y metodológica a las anteriores y, además, serán más claras. Y es de esperar también que empleen dichos standards con criterios más inteligibles y coherentes los que, dicho sea de paso, a excepción de aquéllos casos en que el alto tribunal sostenía la insustancialidad de una cuestión federal por existir precedentes sobre el punto (42), no han merecido una exposición articulada.

Un último supuesto al que me referiré puede ser formulado como sigue: ¿Interpuesto un recurso extraordinario ante el superior tribunal de la causa, puede éste declararlo improcedente por juzgar que el agravio federal es insuficiente, o las cuestiones planteadas son insustanciales o intrascendentes, a pesar de tratarse de alguno de los conflictos del art. 14 de la ley 48?

El interrogante, a mi modo de ver, exige despejar ciertas incógnitas.

El art. 280 nuevo no autoriza al tribunal superior de la causa a ejercer su sana discreción. El está referido sin ambages a la Corte Suprema de Justicia y es ésta la que puede rechazar un recurso que no reúna aquellas características, con la sola invocación de aquella norma. Sin embargo creo que se coincidirá en que, desde un punto de vista teórico, una cosa es desestimar el recurso con la sola invocación del art. 280 y otra desestimarlo, fundadamente, por concurrir alguna de las causales que ese precepto refiere. Veamos esta distinción un poco más de cerca.

Conforme al art. 257 del Cód. Procesal, no derogado, el tribunal superior de la causa debe decidir sobre la admisibilidad del recurso. Este examen lo llevará a cabo a la luz de los arts. 14 y 15 de la ley 48 y de su jurisprudencia. Es decir que si verifica que las condiciones que ellos imponen se hallan satisfechas deberá, en principio, conceder el recurso interpuesto. Esa labor, como el lector ya habrá advertido, no es simple.

Por ejemplo, si el recurso versa sobre una clara cuestión federal pero ésta ha sido resuelta con anterioridad por la Corte en el mismo sentido que la sentencia bajo reproche, el caso, a la luz de la jurisprudencia del alto tribunal, consistiría en una cuestión federal insustancial (43). Para poder establecer si el tribunal superior puede evaluar este hecho, previamente debemos precisar si la calificación de una cuestión como insustancial apunta a la admisibilidad formal (o satisfacción de los recaudos de forma) o sustancial del recurso (o acogimiento de la queja en él contenida), pues la función del tribunal superior, conforme el art. 257 del Cód. Procesal, es decidir sobre la admisibilidad del remedio federal.

Parece no caber dudas que el tipo de admisibilidad que el tribunal apelado está llamado a verificar es formal. Y una decisión que desestima un recurso federal, con el fundamento que la sentencia apelada estaría basada en decisiones de la Corte Suprema (de allí la insustancialidad de la cuestión federal), inexorablemente está decidiendo el fondo del asunto y no verificando la ausencia de los requisitos de admisibilidad del recurso. En suma, sería como si el tribunal apelado estuviera confirmando su propia sentencia.

Se podría refutar con verdad que siempre queda abierta la vía del recurso de queja. Pero también es cierto que el proceder del tribunal superior sería contrario al que determina la ley vigente. El recurso de hecho se ha establecido para corregir eventuales errores que puedan haber cometido los tribunales apelados en la denegación de un recurso, no para fomentarlos. Para acudir a un ejemplo un poco fuerte, robar es un delito, aun cuando se pudiera aprehender al culpable y recuperar la bolsa.

El tema de las cuestiones trascendentes parece no ofrecer mayores complicaciones para el tribunal superior. A mi modo de ver, es la Corte --y sólo ella-- quien está habilitada para juzgar que una cuestión federal es intrascendente (o trascendente) y rechazar (o declarar procedente) por ello el recurso extraordinario. Conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, el artículo 280 establece cómo y bajo qué circunstancias la Corte puede rechazar un recurso extraordinario concedido. El no atribuye nuevas competencias a los tribunales superiores.

V. El nuevo artículo 285 del Código Procesal

El art. 285 del Cód. Procesal conforme su nueva redacción, establece:

Art. 285. Queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema. Cuando se dedujere queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema, la presentación, debidamente fundada, deberá efectuarse en el

plazo que establece el segundo párrafo del art. 282.

La Corte podrá desestimar la queja sin más trámite, exigir la presentación de copias o, si fuere necesaria, la remisión del expediente.

Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recurso en los supuestos y forma previstos en el art. 280, párr. 2°. Si la queja fuere declarada procedente y se revocare la sentencia, será de aplicación el art. 16 de la ley 48.

Mientras la Corte no haga lugar a la queja no se suspenderá el curso del proceso.

La innovación introducida a este artículo consiste en la remisión al art. 280 y, consecuentemente, en la facultad de la Corte Suprema de rechazar el recurso de hecho por denegación del extraordinario, sin expresión de fundamentos, en las cuestiones intrascendentes, insustanciales o insuficientes.

Como quedó dicho en el capítulo anterior, en esta área la Corte, de hecho, ya venía ejerciendo tal facultad, en materia de recursos de hecho, deducidos por denegación del extraordinario por sentencia arbitraria. Por lo tanto, el art. 285 vino a regularizar una cuestionable práctica. Por lo demás, todo lo que se ha dicho en cuanto al recurso extraordinario es enteramente aplicable al presente recurso, razón por lo cual evitaré repeticiones innecesarias.

Sólo me resta destacar lo siguiente. El recurso de hecho es la vía por la cual ingresan a la Corte la amplia mayoría de las quejas contra sentencias reputadas arbitrarias. Más del cincuenta por ciento de las causas que debe resolver el tribunal son de este tipo, pero aproximadamente el diez por ciento de las que ingresan prosperan (44). Del debate de la ley 23.774 no se puede colegir que haya sido intención del Congreso suprimir este tipo de causas de la competencia apelada de la Corte Suprema. Consecuentemente, es de suponer que ella seguirá dejando sin efecto sentencias arbitrarias. Y es de esperar que lo siga haciendo, en tanto se den los supuestos excepcionales que presuponen la aplicación de tal doctrina. A poco que uno se detiene en el tipo de fallas que estas decisiones contienen advierte que se trata de actos insostenibles. Por último, creo que en los casos de sentencias indiscutiblemente arbitrarias (y no de las opinables) los recursos pueden ser considerados como conteniendo un suficiente agravio federal (violación del derecho de defensa en juicio, art. 18, Constitución Nacional).

VI. Algunas sugerencias prácticas

1. Sobre el escrito de interposición del recurso

Cualquiera que haya tenido la oportunidad de conversar con un juez de la Corte o con alguno de sus asistentes (secretarios, secretarios letrados, prosecretarios letrados y otros colaboradores que muchas veces, pese a no ser profesionales, cumplen una importante y eficiente labor) rápidamente tomará conciencia de la frivolidad y debilidad de muchos recursos que cotidianamente pasan por sus despachos. Esto, es cierto, no es exclusivo de nuestro medio. En Estados Unidos, pese a la rigurosa especialización que el sistema impone, iguales reproches le caben a innumerables peticiones de certiorari. El actual juez de la Corte William J. Brennan Jr. comenta, entre otros casos, uno en el que la cuestión federal propuesta consistía en la siguiente: "¿Constituye una carga irrazonable sobre el comercio interestadual la prohibición de girar a la derecha cuando el semáforo está en rojo? O la siguiente: "¿Son los negros de hecho indios y por ello están legitimados para reclamar las exenciones a los impuestos federales que gozan los segundos?(45).

Este tipo de dislates, por lo visto, no se pueden evitar en ninguna parte. Sin embargo, la Corte norteamericana puede advertirlos rápidamente, sin necesidad de leer todo el recurso, puesto que su regla 14 regula el contenido y la forma del escrito de interposición del writ of certiorart. Algunas de sus disposiciones son las siguientes:

1. La petición del writ of certiorari debe contener en el orden indicado:

a) Las cuestiones presentadas para revisión, expresadas conforme los términos y circunstancias del caso, pero sin detalles innecesarios. Las cuestiones deberán ser cortas y concisas y no deben ser repetitivas ni abundar en argumentos. Ellas deben ser planteadas en la primera hoja siguiente a la correspondiente a la carátula y no debe contener ninguna otra información. La relación de cualquier cuestión presentada será considerada como que comprende toda cuestión subsidiaria que pueda ser incluida en ella de modo razonable. La Corte sólo considerará las cuestiones propuestas en la petición o las que se puedan considerar razonablemente incluidas.

c) Si la petición excede de cinco páginas, un índice sobre el contenido y otro sobre los precedentes y autores citados.

e) Una relación concisa sobre el fundamento invocado a los efectos de la determinación de la jurisdicción de esta Corte, que demuestre:

i) La fecha de la sentencia o auto interlocutorio apelado.

iv) Las normas legales consideradas como confiriendo jurisdicción a esta Corte para rever por certiorari la sentencia o auto interlocutorio en cuestión.

f) Las cláusulas constitucionales, tratados, leyes, ordenanzas y regulaciones administrativas involucradas en el caso...

g) Una relación concisa de la causa, que contenga los hechos relevantes para la consideración de las cuestiones presentadas.

h) Si lo que se persigue es la revisión de una sentencia de un tribunal estadual, la relación de la causa también deberá especificar el estadio procesal --tanto en primera cuanto en segunda instancia-- en que se introdujo la cuestión federal cuya revisión se intenta; el método o manera en que se introdujo y el modo en que ellas fueron resueltas por esos tribunales; y las citas pertinentes del expediente con específica referencia a los lugares en que constan esas cuestiones ... de modo que demuestren que la cuestión federal fue planteada oportuna y apropiadamente y que esta Corte posee jurisdicción para rever la sentencia por medio del writ of certiorari.

i) Si lo que se intenta es la revisión de una sentencia de una corte de apelaciones de los Estados Unidos, la relación de la causa también deberá demostrar las bases sobre las que se predicó la jurisdicción federal en primera instancia.

j) Un argumento conciso y directo que amplíe las razones tenidas en cuenta para que el writ sea concedido.

La regla 15, referida al escrito de contestación de traslado de la petición de certiorari, encomienda a su presentante resaltar todos aquellos errores de hecho o de derecho en que haya incurrido el apelante y que tengan relación con la cuestión presentada en el writ. De lo contrario, todo defecto que no haya sido advertido oportunamente, será considerado renunciado.

2. Sobre el trámite interno

El trámite interno, a la luz de la síntesis efectuada recientemente por el ex-presidente de la Corte Suprema, Genaro R. Carrió, es notoriamente lento y muchas veces engorroso. Una de sus características más perjudiciales en cuanto a la celeridad del trámite de los recursos, consiste en que, como dice Carrió, "el cuerpo se (mueve) a la velocidad del más lento de sus miembros"(46). El trámite interno de la Corte Suprema norteamericana parece ser más expeditivo. En lo que sigue me guiaré por la descripción que de él hacen Stern, Gressman y Shapiro (47) y Alsup (48).

Una vez que se contestó el traslado de la petición del writ, copia de ambas presentaciones, junto con las de la sentencia apelada, son circuladas al despacho de cada ministro (aquí debo resaltar que, según las reglas 12.1 y 15.2, el certiorari y la contestación de su traslado, deben ser presentados con cuarenta copias). Cada semana se distribuyen, aproximadamente, setenta juegos de copias de los writs entre todos los ministros. La Corte se reúne en pleno generalmente todos los viernes. El presidente prepara una lista que circula entre los demás ministros con antelación al día de acuerdo, y que incluye aquellos casos que, a juicio del presidente, merecen ser discutidos. Si algún ministro desea incluir en la lista algún otro caso, simplemente le informa al presidente y éste lo incorpora, elaborando una lista de discusión definitiva que distribuye el día anterior al acuerdo. Todo caso distribuido entre los ministros y que no fue incorporado en la mencionada lista (que generalmente oscilan en el setenta por ciento de los recursos), automáticamente es rechazado. El tiempo que transcurre entre la circulación inicial de todas las presentaciones semanales y la decisión sobre su procedencia formal, suele ser de dos semanas. La lista de casos sometidos a discusión nunca es pública, pero el lunes siguiente al acuerdo se da a conocer una nómina de recursos rechazados y concedidos.

En la conferencia de los viernes, el presidente expone sucintamente el contenido de cada caso y expresa su disposición a favor o en contra de la concesión de los recursos (la cantidad de casos discutidos en cada acuerdo suele oscilar entre 10 y 40 (49). Seguidamente se discute y se vota.

En la votación se aplica la conocida como la "regla de los cuatro". Ella consiste en que si un mínimo de cuatro ministros coinciden en que un certiorari debe ser concedido, se procede en consecuencia. De lo contrario, si aquellos que favorecen la concesión del writ son menos de cuatro, él es automáticamente rechazado, lo que no impide los votos en disidencia (50).

Sucintamente expuesto, este es el procedimiento interno de la Corte norteamericana y, según me parece, es bastante más expeditivo que el empleado por su par argentino. En ese procedimiento, los colaboradores de los ministros, llamados law clerks, desempeñan un rol muy activo. Según Stern, Gressman y Shapiro, "(y) a no es más cierto, como sin embargo fue cuando la Judiciary Act de 1925 se sancionó, que cada ministro examina

personalmente el writ of certiorari y personalmente prepara un memorándum o nota en cuanto a la denegación o concesión del recurso... la mayoría de los ministros se han visto en la necesidad de delegar en sus law clerks la extensa rutina de leer toda la documentación de los certiorari y de las demás apelaciones circuladas semanalmente, que pueden ser cientos de ellas. Cuando los law clerks llevan a cabo esa tarea, preparan un memorándum de no más de una o dos páginas, destacando si el caso está presentado de modo apropiado, qué cuestiones federales trae, cómo fueron ellas decididas por el tribunal inferior, y haciendo un resumen de la posición de las partes en cuanto a la concesión o denegación del recurso (51). Este memorándum es leído por el ministro y si es convincente, será suficiente para determinar la posición del juez de la Corte de que se trate, sin que éste se introduzca en toda la documentación(52).

Este breve relato lo he hecho en la convicción de que el aumento de jueces de la Corte no evitará la delegación que tanto preocupó a algunos legisladores, pues lo que abruma a las dos Cortes es la cantidad de expedientes que entran. Cosa que no se ha tendido a modificar con la nueva ley.

3. Sobre las sentencias de la Corte

Sobre las sentencias de la Corte diré sólo dos cosas.

La primera es que otra de las razones que contribuyen a perder tiempo es, sea en las disidencias o en las concurrencias, repetir innecesariamente considerandos idénticos del voto de la mayoría. Una simple remisión a aquellos considerandos que no se cuestionan allanaría el camino a la mejor comprensión del voto y evitaría perder tiempo.

La segunda es que la Corte podría volver a una vieja práctica. Un rápido vistazo por las sentencias del siglo pasado y por muchas del primer tercio de éste ofrecen como particularidad que la Corte repetidamente de baja constancia del nombre de los letrados que intervenían por cada parte. A los abogados litigantes y lectores de las sentencias del alto tribunal nos interesa enterarnos quiénes llegan a la Corte y qué suerte corren sus recursos. Este interés, por otra parte, no es muy original. En la Corte, los proyectos de sentencia con los que circulan los expedientes generalmente están encabezados por una leyenda donde se inscribe la carátula del juicio (además de su letra y su número y algún otro dato) y los letrados que intervienen por cada parte. Sólo se trataría de volcar esos nombre en el texto de la sentencia, es decir, trasladarlos unos renglones más abajo. Si es de utilidad la mención, la Corte norteamericana incluye en sus sentencias esa referencia.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1)Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación (en adelante, D. de S.) del 28/29 de setiembre de 1989, p. 2606.

(2)Idem, ps. 2605/2606.

(3)El senador Juárez sostuvo (D. de S., ps. 2606/2607) que cuando Hamilton expresó que la "Corte Suprema" (léase el Poder Judicial) carecía de la "riqueza del Legislativo" (sic) se refería a las facultades del Parlamento "para incursionar en la evolución económico-financiera de las sociedades". Esta interpretación, creo, dejaría perplejo al propio Hamilton. Este, como es sabido, hacía alusión al poder del Congreso para establecer impuestos y regular los derechos y obligaciones de los ciudadanos (El Federalista N. 78), noción esta bastante más restringida por ese entonces que la adjudicable hoy día a la expresión empleada por el miembro informante.

(4)Según el senador Juárez, "el certiorari" fue introducido en la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1925" (D. de S., p. 2612) Es evidente que el miembro informante no tuvo a su disposición la completa y actualizada investigación llevada a cabo por Guido Santiago Tawil y publicada casi tres meses antes. El certiorari, como ilustra esa obra, fue implantado en 1891 y posteriormente extendido, fundamentalmente en 1914, 1925 y 1988. Ver Tawil, Guido Santiago, "La Corte Suprema de los Estados Unidos y su competencia en grado de apelación", Rev. LA LEY, t. 1989-C, ps. 1208, 1220-1224).

(5)La expresión pertenece al señor Juárez (D. de S., p. 2606).

(6)D. de S., ps. 2669 y 2637, respectivamente.

(7)Idem, p. 2605.

(8)BRENNAN Jr., William J., "The National Court of Appeals: another dissent", 40 The University of Chicago Law Review, p. 473, 484 (1973).

(9)Ver supra nota 4.

(10)D. de S., p. 2639 (Senador Aguirre Lanari) y p. 2617 (senador de la Rúa).

(11)FRANKFURTER, Félix y LANDIS, James M., "The business of the Supreme Court. A study in the federal judicial system", p. 281 (1928).

(12)El art. 257 dispone: El recurso extraordinario deberá ser interpuesto por escrito, fundado con arreglo a lo establecido por el art. 15 de la ley 48, ante el juez, tribunal u organismo administrativo que dictó la resolución que lo motiva, dentro del plazo de diez días contados a partir de la notificación. De la presentación en que se deduzca el recurso se dará traslado por diez días a las partes interesadas, notificándolas personalmente o por cédula. Contestado el traslado, o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal de la causa decidirá sobre la admisibilidad del recurso...

(13)El art. 14 establece: 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 co??ra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.

(14)El art. 15 provee: 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 relación 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 aplicación 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 inc. 11, art. 67 de la Constitución.

(15)El art. 256 dice lo siguiente: El recurso extraordinario de apelación ante la Corte Suprema procederá en los supuestos previstos en el art. 14 de la ley 48.

(16)D. de S., p. 2613 (senador Juárez). En contra de tal práctica, ver PALACIO, Lino Enrique, "Algunas reflexiones sobre la sustanciación y la resolución admisoria o denegatoria del recurso extraordinario federal", Rev. LA LEY, t. 1989-D, p. 1152, 1155, nota 10.

(17)La expresión es de SAGÜÉS, Néstor Pedro, "El writ of certiorari argentino (Las reformas de la ley 23.774 respecto al recurso extraordinario)", Rev. LA LEY, t. 1990-C, p. 720 cap. V.

(18)Idem, p. 719, cap. IV.

(19)Fallos: t. 258, ps. 171, 174 (1964), "Corral c. Empresa del Estado Transportes de Buenos Aires" (Rev. LA LEY, t. 114, p. 307). Ver también "Ashwander v. TVA, 297 U. S. 288, 346 (opinión concurrente del Juez Brandeis) ("Cuando es cuestionada la validez de una ley del Congreso y aun cuando el planteo ofrezca una seria objeción constitucional, es un principio cardinal el que esta Corte primero establecerá si es razonablemente posible una interpretación de la ley conforme la cual la cuestión constitucional pueda ser evitada").

(20)SIMPSON, John M., "Turning over the reins: the abolition of the mandatory appellate jurisdiction of the Supreme Court", 6 Hastings Constitutional Law Quarterly, ps. 297, 335 (1978).

(21)"Universal Camera Corp. v. NLRB", 340 U. S. 474, 489 (1951).

(22)Esta confusión parece haber estado presente en la mente del senador Menem (D. de S., p. 2667) ("Yo presumo que antes de dictar sentencia hay que leer el expediente").

(23)El tema relacionado con las disidencias en este tipo de situaciones ha motivado serias controversias en Estados Unidos. En contra de ellas se suele argumentar que como el rechazo del recurso carece de expresión de motivos o razones, una disidencia puede ser engañosa y, por cierto, mucho más persuasiva. Sin embargo, como expresan Hart y Wechsler, "la amenaza latente de una disidencia puede servir para que la Corte no rechace causas que debería admitir conforme los standards establecidos por ella en sus propias reglas" (BATOR, MISHKIN, MELTZER y SHAPIRO, "Hart and Wechler's the Federal Courts and the federal system", p. 1861 (1988).

(24)D. de S., p. 2613. (senador Juárez).

(25)LYNCH, Horacio y STANGA, Silvana M. (con la colaboración de Eugenio Maurette), "Reformas en la Corte Suprema (Investigación sobre las condiciones de trabajo, cumplimiento de su labor y propuestas para su organización") (abril, 1987), p. 66 ("se publica solamente alrededor del 30 % de las resoluciones de la Corte Suprema").

(26)Ver, entre otros: Fallos: t. 261, p. 434 (1965), "Ranucci c. Andaluz"; t. 274, p. 450 (1969), "Mortalle de

Roselli c. Gascón"; t. 300, p. 309 (1978), "Speck c. Provincia de Santiago del Estero", y muchos otros.

(27)D. de S., p. 2643 (col. 1).

(28)Idem, p. 2643 (col. 2).

(29)Idem, p. 2642 (col. 2).

(30)Ver supra notas 13 y 14.

(31)El trabajo de la Corte Suprema es tan abrumador y su misión tan trascendente, que ha llevado a su ex-presidente, CARRIO, Genaro R., a titular un reciente artículo: "Don Quijote en el Palacio de Justicia (La Corte Suprema y sus Problemas)", Rev. LA LEY, t. 1989-E, p. 1131.

(32)439 U. S. 940, 942 (1978).

(33)"Maryland v. Baltimore Radio Show", 338 U. S. 912, 917-918 (1950).

(34)Ver infra, cap. VI.2.

(35)D. de S., p. 2643, (col. 1).

(36)La misma ley 48 excluía de la competencia apelada de la Corte Suprema todas las causas civiles donde el valor disputado no excediera de doscientos pesos fuertes (art. 4).

(37)La imparcialidad de los jueces ha sido considerada por la Corte Suprema, en un caso de recusación, como un elemento de la garantía constitucional de la defensa en juicio. Ver Fallos: t. 257, ps. 132, 134 (1963), PENJEREK, Norma M.".

(38)Estas reglas pueden consultarse en Suprema Court Reporter (publicación dirigida por la editorial West Publishing Co.), vol. 110, núm. 4.

(39)D. de S., p. 2614 (senador de la Rúa), p. 2625 (senador Romero Feris), p. 2627 (senador Solari Yrigoyen), p. 2637 (senador Grosso), p. 2652 (senador Gass), p. 2662 (senador Berhongaray), p. 2793 (Declaración de la Asociación de Abogados de Buenos Aires; otras declaraciones de organismos profesionales fueron leídas por los senadores nombrados precedentemente).

(40)ALSINA, Hugo, "La justicia federal", p. 50 nota 2 (1931).

(41)Ver Fallos: t. 189, p. 234 (1941) (Rev. LA LEY, t. 22, p. 613), "Dordal c. Calderón y Ropero".

(42)Ver, entre muchos otros, Fallos: t. 256, ps. 512, 513 (1963), "Carder S. A. c. Municipalidad de Santiago del Estero"; t. 263, p. 377 (1965), "Beltrán Laguyas c. Pegra S. R. L." (se publica sólo el sumario). La doctrina de las cuestiones federales insustanciales fue tomada de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, donde se la consideraba una decisión sobre el fondo del asunto (ver Fallos: t. 194, ps. 220, 229 --1942--, "Corporación de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires c. Compañía de Omnibus de la Ciudad de Buenos Aires" (Rev. LA LEY, t. 28, p. 605); ver también TAWIL, op. cit. supra nota 4, ps. 1217-1218, notas 73 a 79).

(43)Ver supra, nota 42.

(44)Ver LYNCH y STANGA, op. cit. supra nota 25, ps. 21 y 23.

(45)BRENNAN, op. cit. supra nota 8, p. 478.

(46)CARRIO, op. cit. supra nota 31, p. 1134.

(47)STERN, Robert L., GRESSMAN, Eugene y SHAPIRO, Stephen, M., "Supreme Court practice", ps. 255-260 (1986).

(48)ALSUP, William H., "A policy assessment of the National Court of Appeals", 25 The Hastings Law Journal, 131, 1315-1319.

(49)BRENNAN, op. cit. supra nota 8, p. 479.

(50)Ver supra nota 23 y STEVENS, John Paul, "The life Span of a judge-made rule (en este artículo, el juez de la Corte Suprema norteamericana investiga la relación entre la "rule of four", su futuro y su relación con el principio de stare decisis).

(51)STERN, GRESSMAN y SHAPIRO, op. cit. supra nota 47, ps. 257-2258.

(52)Idem., p. 258.

Anexo 05

Citar ABELEDO PERROT Nº: 0003/015517
Citar ABELEDO PERROT Nº: 0003/015526

COMPETENCIA (En general) ~ Federal ~ Generalidades ~ Poder Judicial ~ Corte Suprema de Justicia ~ Sentencias y resoluciones

Autor: Garay, Alberto F.
Título: Los precedentes de la Corte y la importancia de los hechos de cada caso
Fecha: 3/8/2011
Publicado: SJA 3/8/2011

SUMARIO:

I. Introducción.- II. No hay dos casos exactamente iguales.- III.- La ineludible caracterización de los hechos.- IV. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

En lo que sigue y previo a aclarar el significado de algunos términos clave, intentaré demostrar la importancia capital que tienen los hechos dentro de lo que un poco vagamente solemos mencionar como "el caso". Luego, a través del estudio de un grupo de sentencias paradigmáticas, mostraré la relevancia que la Corte Suprema les ha adjudicado. Este trabajo es parte de un estudio mayor, en preparación, que versa sobre la posibilidad de construir las bases de una doctrina del precedente con soporte en viejas y modernas prácticas de la Corte Suprema y con la asistencia crítica de autores argentinos y otros pertenecientes a la órbita del common law (1). Alejandro M. Garro y Jonathan Miller, a quienes les estoy enormemente agradecido, me hicieron generosas y muy atinadas observaciones que incorporé al texto y mejoraron sensiblemente la versión anterior.

II. NO HAY DOS CASOS EXACTAMENTE IGUALES

Parece obvio, es casi una verdad de Perogrullo, el afirmar que no hay dos casos iguales (2). Como decía Cueto Rúa, el hecho que haya otro caso nos muestra que es ya un caso distinto (3). Pero, claro, la afirmación de Schauer o la de Cueto Rúa nos llevan inevitablemente a interrogarnos en qué sentido de "iguales" o de "distinto" ellos emplean esos términos. El problema inicial recién presentado es que el vocablo "igualdad" es una palabra multívoca, cuyo uso se entrega frecuentemente a la ambigüedad y a la vaguedad. Comencemos entonces por despejar un primer sentido de igualdad.

La Corte Suprema, desde sus inicios, consideró que los casos iguales debían ser tratados del mismo modo (4). Es decir que privilegió uno de los sentidos que se le ha atribuido a la palabra justicia (5). En ese precedente el Alto Tribunal comparó dos casos, el que tenía que resolver y otro decidido con anterioridad. Tal procedimiento parece inevitable pues cuando lo que se reclama es igualdad, por ejemplo, cuando se exige el derecho a ser tratado del mismo modo que se trató a otro o cuando alguien se obliga a tratar del mismo modo los casos iguales, es necesario comparar la situación de, al menos, dos sujetos que se encuentran en determinadas circunstancias (6).

Pues bien, cuando se realiza este tipo de comparación entre casos, hay algunos que nos parecen iguales porque persiguen el mismo objeto (p. ej., repetición de una suma de dinero) y la solución a la que se llega en la sentencia es la misma (p. ej., manda devolver lo abonado). En supuestos así, en realidad, ambos casos nos parecen iguales porque hemos efectuado la comparación a un nivel de generalización determinado, hemos aislado dos propiedades comunes y, consecuentemente, los agrupamos en la misma clase, en función de esos dos rasgos que definen a la clase.

Ese nivel, a su vez, puede ser aun más general y abarcará más supuestos (juicios que condenan al demandado al pago de una suma de dinero, juicios en los que se reclama el pago de una suma de dinero, juicios que condenan al demandado; juicios de contenido patrimonial, etc.). Y, a su vez, cada una de esas propiedades que recién he descripto podrían dar lugar a diferentes generalizaciones o individualizaciones.

Si ahora, en vez de ampliar la generalidad con que hemos agrupado los casos, observamos en mayor detalle otras propiedades particulares de ambos, advertiremos que entre los dos puede haber diferencias a veces muy notables (p. ej., repetición de lo pagado dos veces, por error, en función de las obligaciones emergentes de un contrato, en un caso, y repetición de lo pagado en cumplimiento de una ley de impuestos que se juzga inconstitucional, en el otro; o un monto exorbitante en uno y en el otro, uno mucho menor, etc.).

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Otras veces, esas diferencias pueden ser más sutiles (p. ej., el mismo impuesto en ambos casos, pero montos escasamente diferentes; abonado recientemente en un caso y hace más de once años en el otro; correspondientes a distintos ejercicios; antes de que ese mismo impuesto fuera declarado inconstitucional, en un caso, y después de ello, en el otro; pagado en distintas ciudades con despareja densidad de población; pagado en diferentes días de la semana, a otra hora, de otro año, vía internet en un caso y personalmente en el Banco mediante un cheque en el otro, etc.).

Es decir que al comparar casos en mayor detalle, encontraremos muchas diferencias que pueden referirse a sus protagonistas, a los hechos, al tiempo, al modo o a las circunstancias en que ellos ocurrieron. Inclusive puede suceder que la diferencia estribe en las teorías o argumentos expuestos por las partes como fundamento de su posición. Puede ocurrir también que todas las circunstancias que rodearon al o a los eventos relatados en la sentencia precedente no se hayan reiterado de modo idéntico en el presente (7).

En suma, nos podemos encontrar con dos casos que, vistos al bulto, a cierto nivel de generalidad, parecen ser iguales, pero que cuando los analizamos con mayor detenimiento, aparecen rasgos distintivos entre uno y otro que, como mínimo, nos hacen dudar acerca de cuál será la referencia común sobre la base de la cual predicaremos su igualdad.

Esas diferencias -y podríamos seguir trazando muchísimas más- son las que caracterizan la unicidad de cada caso. Como expresa Schauer, "siempre en teoría (al menos en tanto incluyamos la ubicación en el espacio y en el tiempo) y usualmente en la práctica es posible referirse a algo en particular con suficiente riqueza de detalles que haga de ese algo particular algo único" (8). Siempre, por muy semejantes que parezcan, existirá algún distingo a formular entre un caso resuelto con anterioridad y el presente. Cada caso es único y en esta comprensión es que muchas veces se pretende refutar la idea de igualdad porque quien así se conduce la emplea en el sentido de identidad (9).

Igualdad de casos, cosa juzgada y litispendencia

Ya hemos visto que dos casos idénticos o exactamente iguales no vamos a encontrar. En función de lo expuesto deberíamos concluir, entonces, que no pueden existir dos casos judiciales exactamente iguales.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico (v.gr., leyes, códigos, sentencias judiciales, etc.) alude a igualdades entre casos, si bien no a exactas igualdades, y les atribuye determinadas consecuencias. Es obvio entonces que en muchos de estos supuestos, el vocablo "igualdad" se usa en un sentido diverso del de "identidad". Veamos entonces cómo se lo emplea en dos supuestos que podemos anticipar por medio de las siguientes preguntas: ¿podría iniciar hoy el mismo caso que perdí ayer en los tribunales y obtener una nueva sentencia de mérito a su respecto? O ¿puedo presentar ante un tribunal un caso igual al que ya estoy litigando ante otro y éste resolverlo?

Seguramente, muchos de nosotros nos sentiríamos tentados a responder rápidamente estas preguntas. Sin embargo, esa velocidad de respuesta ocultaría una serie de pasos mentales que hemos realizado (o que deberíamos haber realizado) antes de contestar y que es útil exteriorizar.

Para dar respuesta a esas preguntas con precisión -lo cual, seguramente, nos evitará algunos malos entendidos- se hace imprescindible hacer algo que hasta ahora no hemos hecho: primero debemos despejar de ambigüedad al vocablo "caso" para precisar en qué sentido lo venimos utilizando. Luego deberíamos hacer lo propio, si no lo hicimos ya, con la igualdad que a los casos se les asignó. También puede ser factor de equívocos la expresión "pueden existir", que emplearé, adelanto, en tanto pregunta que remite a una verificación empírica (10).

En el mundo del derecho, cotidianamente usamos la palabra "caso" pero rara vez definimos el sentido en que lo estamos haciendo. Veamos. Cuando nos referimos a un caso podemos estar aludiendo a la consulta que nos ha formulado un cliente, quien nos pide asesoramiento respecto de la circunstancia en que se encuentra. Concretamente, nos interroga acerca de qué curso o cursos de acción le conviene o debe seguir para obtener un resultado determinado (11). Así, el caso que nos consulta nuestro cliente estará caracterizado por un puñado más o menos colmado de circunstancias que ocurrieron en un tiempo determinado o que ocurrirán en el futuro.

Otras veces, al aludir a un caso o asunto, se puede estar haciendo referencia a una contienda judicial, en la que una parte, la actora, demandó a otra la satisfacción de cierta pretensión, a raíz de un conjunto de hechos ocurridos en el pasado y donde ya se ha pronunciado sentencia. También puede tratarse de un tema penal, donde un individuo fue condenado o absuelto. En la jerga cotidiana, frecuentemente empleamos la palabra caso en el sentido recién indicado y así aludimos, por ejemplo, al caso "Siri" Ver Texto o al caso "Bazterrica" Ver Texto , entre tantísimos otros.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

En supuestos como éstos, también estamos en presencia de un caso o asunto, pero llegamos a conocerlo, accedemos a los hechos del caso, a través de las menciones que de ellos se hace en la sentencia. Por tanto, en este supuesto, las circunstancias que caracterizan al caso cubrirán una superficie diferente. Por un lado, estaremos ante la versión de los hechos del caso que hace el juez, la que puede omitir circunstancias relatadas por alguna de las partes. Por el otro, se añadirá la prueba de los hechos, las negaciones y las defensas de la contraparte o del imputado y lo dicho y resuelto por el juez en la sentencia (12).

Este último significado es el que voy a reservar para lo que sigue, sin perjuicio de tener presente el anterior cuando sea pertinente. Consecuentemente, a los hechos del caso accederemos vía la sentencia judicial.

Supongamos una contienda judicial en que una parte, la actora, demandó a otra la satisfacción de cierta pretensión, a raíz de un conjunto de hechos ocurridos en el pasado y donde ya se ha pronunciado sentencia. Imaginemos ahora que la sentencia dictada en ese caso o asunto judicial no fue apelada oportunamente o que, habiéndolo sido, la alzada confirmó la anterior. Asumamos ahora que con posterioridad al dictado de esta última sentencia, la misma persona que había iniciado ese pleito decide ahora iniciar nuevamente la misma demanda o contienda contra la misma demandada, ejerciendo la misma pretensión (13). Es decir que, según como quedó planteado y más allá de algunas diferencias que podrían existir entre ambos casos, podemos afirmar que hay identidad de partes, de causa y de objeto.

En esta comprensión, el segundo juicio sería igual, sería el mismo que el que se resolvió con anterioridad, tanto en lo que hace a la pretensión allí deducida, cuanto en lo referido a los antecedentes y a las partes. Ese individuo estaría sometiendo nuevamente a decisión el mismo caso que fue fallado antes. Ya estamos en condiciones, entonces, de responder la pregunta formulada al comienzo de este parágrafo.

Para evitar que sea litigado nuevamente un mismo caso o asunto que ya mereció sentencia firme, según como lo acabamos de caracterizar, los ordenamientos jurídicos han recibido desde tiempos muy remotos la institución de la cosa juzgada o res iudicata. Si, en el sentido indicado, se considera que el caso es el mismo que ya se ha sentenciado y esa decisión ha adquirido firmeza, no existe posibilidad de que ese caso sea juzgado de nuevo. El ordenamiento jurídico vigente no lo permite. La sentencia del primer caso es inmodificable.

En efecto, el art. 347 Ver Texto , inc. 6, CPCCN, declara -con un gran nivel de generalidad- bajo qué circunstancia puede hablarse de la existencia de cosa juzgada y cómo puede hacérsela valer en un juicio. Una de las posibilidades que contempla esa norma dice que para "que sea procedente esta excepción, el examen integral de las dos contiendas debe demostrar que se trata del mismo asunto sometido a decisión judicial..." (14); es decir que sea cual fuere el alcance que se le atribuya a la expresión "el mismo asunto" en cada caso concreto, lo cierto es que si se determina que tal es el supuesto, procederá la excepción y se impedirá que el mismo caso sea litigado dos veces.

A estos fines, jurisprudencia y doctrina consideran que dos casos son iguales o, dicho de otro modo, que estamos ante el mismo caso cuando existe identidad de partes, de objeto y de causa (entendiéndose por causa los hechos y circunstancias que derivaron en el conflicto). Las demás características que podrían distinguir asunto no podrá volver a litigarse (15). La sentencia firme dictada en el primero será inmodificable y, como consecuencia de ello, habrá pasado, como dice una conocida expresión, en autoridad de cosa juzgada.

A efectos de comprender la cosa juzgada, es importante resaltar este sentido de igualdad entre dos casos, porque a veces se suele confundir el efecto o impacto que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada produce sobre un segundo caso con la predicada obligatoriedad de un precedente en otro caso igual, análogo o similar subsiguiente.

La cosa juzgada es una herramienta que el ordenamiento procesal ha diseñado para hacer valer la obligatoriedad y la inmutabilidad o estabilidad que posee una sentencia firme (16). Una sentencia, una vez dictada y firme, es inmodificable. Como consecuencia de ello, si con posterioridad se inicia un nuevo litigio que es juzgado igual al anterior porque las partes, la causa y la pretensión son las mismas, se hará valer el principio de la cosa juzgada y se impedirá su prosecución.

La doctrina del precedente, en cambio, no pretende modificar en un caso judicial actual lo resuelto en una sentencia anterior respecto del mismo asunto. Si se tratara del mismo caso, obviamente, regiría la cosa juzgada. La doctrina del precedente se maneja en un grado de generalidad superior. Según ella, la regla general que se explicita de un caso particular anterior (el precedente) es considerada obligatoria (stare decisis) en un caso subsiguiente que es igual, similar o análogo a aquél (17). Los hechos únicos del precedente serán generalizados un nivel más arriba (o quizás, más), a fin de evitar su unicidad y, en ese grado, ellos y los del caso a resolver podrán ser agrupados en una misma clase o categoría y, por ello, estar sometidos a la misma regla general (18).

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Aparte de los casos en los que está en juego la cosa juzgada comentada precedentemente, hay otro supuesto que también se vincula con la imposibilidad de litigar el mismo caso en dos juicios diferentes.

Imaginemos que un asunto tramita ante un juez determinado y el demandado en ese juicio inicia ante un magistrado diferente una demanda en la que aspira a ventilar el mismo tipo de cuestiones (y pretensiones) contra la misma contraparte. Una situación semejante, como sabemos, tampoco podría prosperar a la luz del derecho vigente. Nuestro ordenamiento jurídico lo impide a través de la denominada excepción de litispendencia, cuyo objeto es, precisamente, evitar que haya dos litigios en trámite al mismo tiempo que se refieran a la misma contienda o caso (19). El porqué de la prohibición radica en que se busca evitar que puedan dictarse dos sentencias (eventualmente contradictorias) sobre un mismo asunto o conflicto (20).

En síntesis, el ordenamiento jurídico impide que el mismo caso o asunto sea litigado más de una vez, sucesivamente, o ante jueces diferentes de manera coetánea. Indaguemos ahora si pueden existir otro tipo de igualdades.

III. LA INELUDIBLE CARACTERIZACIÓN DE LOS HECHOS

El apartado anterior estuvo destinado, por un lado, a aclarar a qué nos referimos cuando en el discurso jurídico relacionado con el quehacer de los tribunales, aludimos a un "caso" o al "mismo caso". Vimos, por otra parte que, ontológicamente, no se puede predicar la identidad de un caso con otro. Un caso sólo es idéntico a sí mismo.

Por otro lado, analicé dos supuestos en los cuales el mismo caso, o asunto, según cómo lo caracterice la ley procesal, la jurisprudencia y la doctrina, no puede ser litigado: i) sucesivamente, porque lo veda la noción de cosa juzgada; ii) coetánea o simultáneamente, pues la excepción de litispendencia fue diseñada para impedirlo. Es decir, se consideró bajo qué circunstancias, a los ojos del derecho vigente, dos casos individuales son juzgados como si se tratara del mismo caso.

Ahora, debemos comenzar a desentrañar -al margen de los supuestos de cosa juzgada y litispendencia- cuál es el procedimiento por medio del cual dos casos son considerados como si se tratara del mismo caso, como si fueran iguales. Algo de esto ya lo expresé en el apartado anterior pero conviene hacer una brevísima recapitulación.

En sus decisiones, la Corte Suprema cita repetidamente sus precedentes. No siempre lo hace igual ni parece perseguir el mismo propósito en todos los casos. No obstante, desde el caso "Tomkinson y Cía." hasta el presente, las sentencias en las que se insiste en que los casos iguales merecen la misma solución son multitud.

De la lectura de esas decisiones surge que cuando se citan precedentes, no se busca que sus hechos sean exacta o absolutamente iguales al caso que se tiene que resolver. Como se reiteró en "Magín Suárez" Ver Texto , "la aplicación al caso del citado precedente no depende de que las circunstancias fácticas en uno u otro sean idénticas, pues la relevancia del precedente aparece precisamente cuando, aunque los hechos de aquél difieran de alguna forma de los hechos que están en estudio, tal diferencia no demuestra que quepa apartarse del principio general sentado" (21).

Si se observa atentamente la jurisprudencia, se advierte que la Corte cita casos que designa como semejantes, similares, substancialmente semejantes o similares, análogos o substancialmente análogos o relativamente iguales.

El procedimiento a través del cual se concluye en semejanzas y diferencias puede ser simple o complejo, según las características y el número de los casos bajo comparación y la mayor o menor sofisticación del tribunal o del intérprete. Es una tarea en la que se comparan casos, se buscan similitudes y diferencias, se resalta la relevancia de ciertos hechos que, previamente generalizados, son presentados como comunes a ambos casos y se descartan otras características porque se las estima insubstanciales o irrelevantes. También se valora si a la luz de aquéllas y de éstas, según el marco que traza el ordenamiento jurídico vigente, los supuestos de hecho analizados deben ser juzgados por la misma regla o por otra. El tiempo en que esos acontecimientos ocurrieron o en el que los analiza y valora el tribunal también puede jugar un rol de importancia; a veces es decisivo. Finalmente, se los agrupa en una misma clase o categoría.

Este modo de razonar un problema práctico es lo que Edward Levi caracterizaba, siguiendo a Aristóteles, como razonamiento mediante ejemplos (22). Esto es, se razona de caso a caso. Y si el lector está acostumbrado a leer jurisprudencia de la Corte Suprema, habrá podido constatar que en muchísimas ocasiones esto es así.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Es decir que la relevancia de un precedente, la razón por la cual se va a establecer la similitud (o la diferencia) entre el caso anterior y el presente, va a depender de cómo se caractericen los hechos del caso anterior (23).

Esta caracterización de los hechos la desarrollan, con mayor o menor sutileza, tanto los abogados en sus escritos cuanto los jueces en sus sentencias. Sea que la situación venga a estar regulada por una ley, por alguna disposición del Código, por la Constitución, sea que no haya norma general previamente sancionada que se refiera expresamente a esa situación, siempre habrá que establecer cuáles son los hechos del caso actual y cuáles los del precedente, cuando éste existe. Y si éste no existiera, tanto más importante será la tarea.

a) Desdén por los hechos y generalización excesiva

No obstante la enorme trascendencia que tienen los hechos de cada caso y su empleo de modo inteligente, en nuestro medio, en términos generales, no sólo no solemos advertirlo sino que tampoco la valoramos en toda su magnitud. Sea en escritos, sea en sentencias, los hechos, muchas veces, son mencionados al pasar y descuidadamente, como si lo único importante fuera la construcción jurídica que resuelve el caso (24).

Hace cincuenta años, Cueto Rúa describía estas conductas del siguiente modo: "Existe una tendencia a comparar los fallos de una manera superficial, mediante la técnica verbal de analizar las frases empleadas por los jueces al razonar sus decisiones. Ese lenguaje suele ser muy general y, por lo mismo, adecuado para chocar con el lenguaje no menos general que puede haber utilizado otro juez en la decisión de casos aparentemente similares" (25).

Unos renglones más adelante añadía: "Cuando se vincula el razonamiento del tribunal a los hechos del caso, pierde el alto grado de abstracción que emerge de sus términos si hubiéramos de interpretarlo conforme a la extensión lógica de sus diversos conceptos" (26).

A pesar del tiempo transcurrido, las observaciones de Cueto Rúa no han perdido vigencia, lamentablemente. Muchos operadores jurídicos nos obstinamos en ese desinterés por los hechos y, a menudo, desvinculamos la decisión judicial de ellos. En oportunidades, la desconexión de la sentencia con los antecedentes fácticos es tan pronunciada que ha llegado a ser la causa determinante de la revocación de aquélla por la Corte (27).

Esta actitud de menosprecio de los hechos del caso no es casual. Fruto de nuestra educación universitaria -la que, en muchos aspectos, no es diferente de la de otros países pertenecientes a la órbita del derecho romano justinianeo- tenemos una fuerte inclinación, consciente o inconsciente, a la generalidad y a la abstracción. Piénsese que materias centrales de la carrera, v.gr., todas las concernientes al derecho civil y al comercial, al administrativo y las procesales, son asignaturas que están codificadas o legisladas en todo o en parte. La Constitución también responde a un texto canónico. Durante el transcurso de su enseñanza, algunos profesores de la carrera quizás organicen algunas clases prácticas, pero el corazón de la materia será fuertemente teórico (28). Es más, es probable que la parte teórica -generalmente considerada como la importante- esté a cargo del titular del curso y la práctica, relegada por muchos a un plano menor, sea encargada a un docente sin mayor experiencia.

Además, los cursos -y los manuales o tratados de cabecera- no suelen estar estructurados de manera central sobre los conflictos que la interpretación de los textos generan, la esgrima argumentativa que ello suscita y sobre cómo los tribunales han lidiado con ellos. En porción considerable se trata de aprender qué dicen esos códigos o leyes y de incorporar conocimientos dogmáticos relacionados con ellos.

Obviamente, con semejante bagaje intelectual absorbido en nuestra etapa formativa, nuestra visión del derecho va a tender a la generalidad y a la abstracción, a las teorías y a los contenidos dogmáticos, pues en esas características nos han educado.

Así, cuando luego nos toca redactar o interpretar el texto de una sentencia, muchas veces lo hacemos, consciente o inconscientemente, con las herramientas técnicas que nos enseñaron y que son las que mejor manejamos; es decir, con aquellas que sirven al propósito de comprender las normas generales contenidas en códigos y leyes.

Como consecuencia, esas técnicas nos conducirán a comprender una sentencia de un modo demasiado general y demasiado abstracto, desvinculando las particulares circunstancias del caso de las disquisiciones dogmáticas que luego sirven de fundamento de la decisión o considerándolas a un nivel de generalización demasiado amplio. Las palabras o frases de las sentencias consideradas "importantes" serán reproducidas literalmente, como si se tratara de las palabras o los textos pertenecientes a una ley.

Parejamente, no contaremos con herramientas específicas para analizar los hechos del caso, su importancia, la

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

relevancia de algunos de ellos respecto de otros y su conexión, cercana o lejana, o su desvinculación con los hechos de otro caso (o casos) que se cita(n) como precedente(s); sea que esta labor la realice un abogado en defensa de su caso, sea un juez, en tren de construir la justificación de una sentencia.

Salvo casos excepcionales -que siempre los hay-, tampoco seremos muy imaginativos a la hora de ir combinando precedentes para, de todos ellos, extraer una regla que se adapte a nuestro caso. Difícilmente podamos mostrar a un tribunal cómo lo que parece ser la regla que gobierna un grupo de situaciones ha sido horadada o menoscabada por otros precedentes relacionados con la misma cuestión o con una análoga, poniendo así en crisis la consistencia de lo que se considere la regla general y su propia jurisprudencia.

Es decir que toda la tarea relacionada con el análisis del caso particular (y sus hechos y circunstancias propias), su vínculo con otros precedentes y con la norma general -surja esta última de la legislación o de un Código- la enfrentamos con herramientas inadecuadas total o parcialmente para ese propósito. Y esta orfandad técnica específica será aun mayor, si se tratara de un caso que no viene regido expresamente por la ley o el Código. En tal supuesto, la situación es peor aun, porque aquellas actividades deberemos desarrollarlas sin el marco o la contención que proporciona el texto de un artículo más o menos específico de la ley o del Código.

Piénsese, por ejemplo, un caso donde se alega la violación de la propiedad privada y se comprenderá a qué me estoy refiriendo. Es evidente que no nos es de mucha ayuda un artículo que todo lo que nos dice es que la "propiedad privada es inviolable", tal como lo expresa el art. 17 Ver Texto , CN.

En supuestos como éste, si se busca proponer una solución eficaz a un conflicto concreto, el recurso a los fallos de la Corte es ineludible. En su colección encontraremos centenas, miles de casos ocurridos a lo largo de casi ciento cincuenta años, en los que desfilarán otros tantos hechos, doctrinas y soluciones. Pero aquí volvemos a enfrentarnos con el mismo problema de la falta de herramientas adecuadas para comprenderlos, relacionarlos inteligentemente, establecer distintos niveles de importancia y poder emplearlos como punto de partida de la construcción jurídica sobre la que asentar un nuevo caso. Y éste no es un tema menor si de la Corte Suprema se trata, pues ella suele acudir y valorar, fundamentalmente, su propia jurisprudencia.

Esto fue advertido hace tiempo por Genaro R. Carrió, quien, refiriéndose a cómo se interpretan los fallos de la Corte Suprema por los tribunales inferiores, dijo:

"En lugar de analizar los hechos de casos anteriores para verificar con la mayor precisión posible qué fue lo que realmente se decidió, preferimos deducir de párrafos sueltos, muchas veces tomados fuera de contexto, la solución del problema o del caso que tenemos a examen... Hay una especie de atracción hacia lo abstracto, un deseo de superar el marco de los hechos del caso, utilizándolos como trampolín para saltar a construcciones de vasto alcance... Otro modo de razonamiento, más apegado a las modalidades propias del complejo fáctico que se tiene a la vista se nos antoja cosa un tanto pedestre, tarea casuista, empresa de poco vuelo... De allí también que cuando nos toca trabajar con normas que han nacido del contacto con los hechos, nos apresuramos a cortar el cordón umbilical que las liga con éstos, para quedarnos con la norma como sustrato de sentido independiente y autónomo... Este desdén por los hechos entraña serios riesgos. Existe el peligro de que si se elimina de las normas creadas en la experiencia judicial las indispensables referencias a los hechos que condicionaron su nacimiento y, con ello, su sentido, el producto de esa eliminación -la norma en estado de pureza- sea luego utilizada como punto de arranque de nuevas series de deducciones que, despojadas de todo contralor fáctico, pueden llevar a cualquier parte..." (29).

Creo que las reflexiones de Cueto Rúa y de Carrió, a pesar del tiempo que ha transcurrido desde que las formularon, son un fiel reflejo del modo en que operaron y operan actualmente muchos y muchas profesionales de nuestro foro. Es fácil comprobar cierta impaciencia por obtener esa "norma en estado de pureza". Y, del mismo modo, obtenida esa norma en estado de pureza, se le otorga un nivel de generalidad tal que su alcance -es decir, las situaciones de hecho que quedarán cubiertas por la norma- excede con creces el marco que le proporcionan los hechos del caso del cual se la extrajo.

Como consecuencia de ello, quienes razonan del modo bajo crítica, consciente o inconscientemente, le atribuyen al fallo una extensión o alcance que el precedente no tiene ni puede tener.

Dos órdenes de razones resisten esta posición excesivamente generalizadora y abstracta.

Por un lado, vale insistir en esto, una sentencia no se pronuncia respecto de una situación hipotética. Lo hace teniendo presente un discreto número de hechos y circunstancias que le presentan partes opuestas. Quien dicta sentencia lo hace a la luz de esos hechos y circunstancias y no de otros. Resuelve el conflicto generado en torno de esos hechos y no de otros.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Desde ya que esta tarea ofrece matices diferenciales según que el juez deba subsumir los hechos del caso en una norma específica contenida e una formulación legislativa o codificada, o según que la regla o principio sea uno que emana de la Constitución Nacional Ver Texto . El hecho de que esa regla deba ser explicitada de un precedente también tiene algunas características propias.

En los primeros casos, el juez estará más limitado por el ordenamiento sujeto a interpretación plasmado en textos concretos. En los siguientes, tendrá un margen de flexibilidad mayor, pues, en términos generales, las cláusulas constitucionales suelen ser menos específicas que las de un código o una ley. Y en el caso del precedente, quien explicita la norma general del precedente es el tribunal que debe resolver un nuevo caso, lo cual, como es de imaginar, le da un margen de maniobra aun mayor (30).

En cualquiera de estos supuestos, al tiempo de subsumir los hechos del caso en una norma preexistente o al momento de elaborar la regla o norma a la que se someterá el conflicto bajo examen, el tribunal contemplará las consecuencias que su decisión producirá en ese caso y, razonablemente, las que tendría en todos los casos que, a su juicio, puedan integrar la misma clase.

Entonces, por razones igualitarias y prudenciales, el juez va a contemplar, hipotéticamente, cierto grado de generalización del caso que tiene ante sus ojos. Es decir, imaginará qué otros supuestos que le parecen semejantes caerían bajo la misma regla. Pero, del hecho que suponga tal hipótesis no se sigue que en la práctica y en su sentencia, haya resuelto todos los casos de esa clase hipotética ni de otra imaginada con diferente generalidad.

Atribuir a una sola sentencia semejante cualidad no describe nuestro sistema con fidelidad sino, más bien, parece mostrar un razonamiento defectuoso de él. Piénsese que en esa generalización exagerada pueden estar agrupándose situaciones que, si fueran analizadas en detalle, nos mostrarían sus diferencias; y es recién entonces, al tomar contacto con ellas, cuando se vivenciaría su relevancia o irrelevancia. Recién al tomar contacto con ellas se podrá decidir seriamente si las razones que justificaron tratar de un modo determinado los hechos del precedente son también buenas razones para estos casos que no se tuvo antes a la vista y que se aprecian ahora.

A la luz de lo expuesto, parece obvio entonces que de lo que se resolvió en una sentencia respecto de una persona en un tiempo determinado y ante circunstancias determinadas, no puede saltarse, sin más, a lo que debe resolverse respecto de una multiplicidad de casos, con relación a una multiplicidad de personas, en una multiplicidad de tiempos, agrupados según algún criterio de generalización. Lo primero parece una actividad típicamente judicial. Lo segundo se parece más a una claramente legislativa.

Por el otro lado, existen vallas normativas que obstan a ese anhelo generalizador. En efecto, a diferencia de las leyes -que, en su mayoría, estatuyen genéricamente, contemplando más de un supuesto específico, diseñando clases o categorías de personas, cosas o circunstancias a las que someten a un determinado régimen, en principio, hacia el futuro-, las sentencias que dictan los jueces, al menos los federales, resuelven concretamente un caso o controversia (31), constituido por un grupo de hechos y circunstancias acaecidos en el pasado (32). Éste es el poder de juzgar, la iurisdictio, que la Constitución Nacional Ver Texto deposita en ellos.

Obsérvese que cuando se trata de un tribunal de apelación, esos hechos o circunstancias, la sentencia pronunciada con anterioridad, junto con lo pedido por las partes, es lo que define el caso o controversia a resolver y delimita su competencia. Éste no puede resolver más de lo que los litigantes oportuna y válidamente le solicitaron. En caso contrario, como muchísimos fallos de la Corte Suprema lo confirman, lesionaría el derecho de defensa de alguna de las partes del proceso (33).

Si, sobre la base de lo expuesto, un juez no puede válidamente resolver más de lo que las partes de un juicio le han solicitado en el caso individual, mutatis mutandi, mucho menos podría pretender haber resuelto, en un caso, todos los casos semejantes respecto de otras personas, que ni siquiera han sido parte en ese proceso (34).

Finalmente, este modo de comprender una sentencia, desvinculándola de las particulares circunstancias del caso y atribuyéndole un alcance tan generalizado sin intervención de ley alguna que así lo regulara, se hallaría, inclusive, en las antípodas de la noción de "jurisprudencia" de los países pertenecientes a la tradición romanista. Pues, más allá de la vaguedad con la que suele caracterizársela, en el concepto que de ella se suele dar, siempre juega un papel decisivo la necesidad de repetición de sentencias en sentido concordante (35).

De aquí que cuando procuramos establecer qué resolvió la Corte Suprema en un caso -y mucho más si se trata del primer caso en su tipo-, debemos guardar apego a sus hechos y, en principio, ceñir la solución estrictamente

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

a sus hechos relevantes. De lo contrario, si en tren de emplear el caso como precedente se generaliza excesivamente la particular situación decidida en él y se piensa que con esa sentencia la Corte habría resuelto todos los supuestos semejantes, definidos en niveles de generalidad exagerados, estaría interpretándose la sentencia "como si" fuera una ley o una suerte de declaración política, abstrayéndosela de las específicas circunstancias que motivaron ese primer pronunciamiento y esa primera norma individual contenida en ella. Esto sería un error grave. Pues, como dice Genaro Carrió, los jueces no pueden desentenderse de los hechos del caso que les toca juzgar. Y, si lo hicieran, se estarían atribuyendo una jurisdicción de la que carecen (36).

b) Un ejemplo concreto de generalización excesiva

Un ejemplo concreto de lo que acabo de puntualizar es lo ocurrido con el caso "Banco Comercial de Finanzas" (37). En este juicio, una Cámara de Apelaciones provincial había declarado de oficio, es decir, sin que la parte interesada lo pidiera, la inconstitucionalidad del art. 1 Ver Texto , dec. 2075/1993 del Poder Ejecutivo nacional, reglamentario de la ley 21526 Ver Texto . En realidad, esa norma ya había sido declarada contraria a la Constitución Nacional Ver Texto por la Corte Suprema años antes y lo que la Cámara hizo fue traer al ruedo ese precedente. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires casó esa sentencia. Por un lado, sostuvo la improcedencia de tal declaración, cuando ella no había sido solicitada por la parte interesada. Por el otro, defendió la validez constitucional de la norma.

Contra esta decisión, el representante del banco (en liquidación) dedujo recurso extraordinario planteando la inconstitucionalidad del artículo cuestionado, con cita del precedente de la Corte Suprema donde ésta ya lo había declarado tal en un caso análogo (38). También se alegaba la arbitrariedad del fallo. Al respecto, dijo el Alto Tribunal por mayoría, luego de expresarse aprobatoriamente y en general sobre el control de constitucionalidad de oficio:

"5) Que, sin embargo, el tribunal a quo -tras subrayar que ninguna de las partes había impugnado en el sub lite la constitucionalidad del dec. 2075/1993 Ver Texto - casó la sentencia dictada por la sala 1ª de la C. 1ª Civ. y Com. del Departamento Judicial de Bahía Blanca -en cuanto había declarado la inconstitucionalidad de dicha norma de oficio- e hizo reposar sobre dichas circunstancias y en lo establecido por el art. 8 Ver Texto , ley 24144, la validez y aptitud reglamentaria que le reconoció, con olvido de que la constitucionalidad del referido decreto había sido ya desestimada por esta Corte en Fallos 320:1386 Ver Texto (el énfasis me pertenece).

"En consecuencia, cabe dejar sin efecto en este punto el fallo apelado y mantener la declaración de inconstitucionalidad del dec. 2075/1993 Ver Texto , decretada por la citada Cámara, en tanto encuadra como gasto del concurso a los gastos y adelantos de cualquier naturaleza efectuados por el Banco Central, con posterioridad a la liquidación del intermediario financiero, sin distinguir su naturaleza, causa u origen (el énfasis me pertenece) (39).

"6) Que, independientemente de lo anterior, la decisión del tribunal a quo según la cual `...el crédito del Banco Central goza de la preferencia del art. 264 Ver Texto , Ley de Concursos...' importó reconocer, sin dar fundamento, la existencia misma de la acreencia de la entidad, pese a que ella estaba enfáticamente controvertida, con el alcance que dicho banco pretendió, a fs. 74/76. La omisión en el tratamiento de esta última alegación -que, por cierto, había sido compartida por la Cámara de Apelaciones a fs. 123- torna también descalificable el fallo provincial desde la perspectiva que brinda la conocida doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias".

Leídos estos considerandos de la sentencia, no cabe duda acerca de qué fue lo que resolvió la Corte y por qué. Cuando se reprochó a la Suprema Corte provincial que hubiera casado la sentencia de la Cámara, lo hizo teniendo especialmente en cuenta que esa casación había sido efectuada en un caso análogo "con olvido de que la constitucionalidad del referido decreto había sido ya desestimada por esta Corte en Fallos 320:1386 Ver Texto " (40), reproche que también contiene el dictamen del procurador general (41). Obsérvese, fundamentalmente, que la Corte reconviene al tribunal provincial por no haber tenido en cuenta el caso en el que ese decreto ya había sido declarado inconstitucional por la Corte Suprema. Y, añado, esa declaración preexistente de la Corte: i) se refería a la misma cuestión y artículo resueltos ahora por los tribunales provinciales, y ii) había sido invocada por el recurrente en su recurso extraordinario (42).

En síntesis, si se toman en cuenta los hechos relevantes de "Banco Comercial de Finanzas", se advierte que, al revocar la sentencia apelada (v.gr., la del Superior Tribunal provincial), la Corte Suprema, a pedido de parte, resolvió, por un lado, reiterar la declaración de inconstitucionalidad de un artículo, perteneciente a un decreto, que ella -en un supuesto análogo- ya había declarado tal siete años antes (consid. 5) y, por el otro, declarar que la resolución recurrida tenía por probada, arbitrariamente, la existencia misma de la acreencia reclamada por el BCRA y cuestionada por la contraria (consid. 6) (43).

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Sin embargo, esto no fue todo lo que en esta sentencia dijo el Alto Tribunal. En un par de considerandos, la Corte volvió su mirada atrás y constató que el Superior Tribunal provincial había desechado la posibilidad de que la Cámara de Apelaciones ejerciera el control de constitucionalidad de oficio de la norma declarada inconstitucional. Dijo entonces:

"3) Que, asimismo, cabe recordar que si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio iura novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 Ver Texto , Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior (Fallos 306:303 Ver Texto , consid. 4 del voto de los jueces Fayt y Belluscio).

"4) Que, además, se consignó que no podía verse en ello la creación de un desequilibrio de poderes en favor del judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni, por último, 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 (conf. fallo precedentemente citado, consid. 5, Fallos 324:3219 Ver Texto , voto del juez Boggiano, consids. 11, 13 y 14, y del juez Vázquez, consids. 15, 16, 17 y 19)" (44).

Obviaré que lo dicho con relación a la innecesariedad del pedido de parte en materia de declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye un claro obiter dictum. Ahora, sólo me interesa resaltar el punto relacionado con lo que es una tendencia excesiva a la generalización y a la abstracción.

Obviamente, muchos argentinos -incluido quien esto escribe- no tienen el monopolio de esa tendencia. De hecho, en ella también caen y reinciden, cándida o intencionalmente, muchos profesionales que se desempeñan en la órbita del common law. Sin embargo, en nuestro medio, esa fuerza incontrolable, esa tendencia o impulso a la generalización y a despegar el caso de los hechos, ha sido particularmente facilitada desde nuestros jóvenes años universitarios. Veamos cómo se presenta.

Refiriéndose a los párrafos de la sentencia relacionados con el control de constitucionalidad de oficio, Bianchi defendió que desde que se dictó la sentencia recién glosada "y hasta el presente, la doctrina de este último caso no se ha modificado" (45). En realidad, debo aclarar que hasta ese momento, éste era el único precedente de la Corte sobre el mismo punto. La "doctrina" a la que alude es, según dice cinco renglones más arriba este jurista, la doctrina del "ejercicio del control de oficio". Obsérvese que el autor no refiere -y no lo hace en todo el artículo- cuáles eran los hechos del supuesto leading case o super-precedente. Expresa su opinión con motivo del caso pero sin referir los hechos del caso en el que la Corte había dicho lo recordado más arriba. También es indicativo de que el autor se expresa con la generalidad referida, cuando en la página inicial sostiene no comprender "cómo puede alguien alegrarse por el retorno del requisito del pedido de parte para el ejercicio del control de constitucionalidad..." (el destacado me pertenece).

En realidad, Bianchi respondía a otro autor que, bajo el seudónimo de Hércules, proclamaba enfáticamente el fallecimiento de esa "doctrina" (46). Éste interpretaba que algunos votos concurrentes pronunciados por algunos jueces de la Corte en casos posteriores a "Banco Comercial de Finanzas" anunciaban el futuro y cierto abandono de la doctrina establecida en aquel caso.

Una lectura más minuciosa de los párrafos transcriptos y del resto de los textos respectivos pone de manifiesto que ambos autores se pronuncian haciendo abstracción de los particulares hechos del caso sobre el que se enfrentan. Tampoco relacionan las circunstancias de los casos elegidos por Hércules con las de "Banco Comercial de Finanzas". Quiero destacar que este modo de expresarse no es patrimonio exclusivo de los nombrados pues igual desvinculación fáctica y pareja generalidad manifestaron respecto de igual precedente otros tantos autores (47). Los hechos, las características del caso no entran en la discusión. Todos se pronunciaron en el sentido que a partir de este fallo, había quedado consolidado el control judicial de oficio de la constitucionalidad de las leyes y demás actos de gobierno. La corriente jurisprudencial de más de 60 años que lo impedía, a través de un solo caso ha sido dejada atrás (48), es arqueología jurídica (49), "el decisorio... le ha dado cabida al mecanismo de la inconstitucionalidad de oficio permitiendo a los judicantes abordar esta

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

cuestión sin reclamo de parte" (50). Los consids. 3 y 4 del voto de la mayoría del Alto Tribunal también exhiben una inocultable generalidad en cuanto a este control.

Lo que me importa subrayar aquí es, precisamente, esta tendencia a dejar de lado los hechos y pasar a discutir la construcción de vasto alcance, como la caracterizaba Genaro Carrió. Las palabras de dos considerandos de la sentencia son tomadas como si se tratara de las palabras de una ley. A partir de lo dicho allí, de nuevo, como si se tratara de una ley, ha quedado habilitado el control bajo discusión, según se afirma. Todos los jueces deberían velar de oficio por ese control en todas las causas.

Quienes así se expresan se han valido de un solo caso para extraer de él "la norma en estado de pureza". Como consecuencia de ello, le reconocen a esa porción del fallo un alcance total, general, para todos los casos (y aquí lo de la "construcción de vasto alcance"), extensión que el precedente no tiene y que jamás pudo tener por las razones antes expuestas.

Estamos, pues, ante un caso claro de generalización excesiva, que se ve facilitada por nuestra educación universitaria, por las preferencias doctrinarias de los autores y las de los jueces. No obstante, a la postre, aquélla viene a ser reflejo de lo que Peter F. Strawson llamaba la pérdida del equilibrio conceptual. En efecto, paradójicamente, se termina presentando el caso como si se hubiera resuelto la viabilidad del control de constitucionalidad de las leyes de manera oficiosa cuando, en realidad, la Corte había resuelto descalificar esa norma a raíz del pedido expreso de la parte interesada y basándose en un precedente donde ella misma, años atrás, así lo había decidido (51).

Sin duda que lo dicho por la mayoría del tribunal en esos dos considerandos es impactante. Esos párrafos, dada su enorme generalidad, seguramente van a ser empleados por algunos jueces para barnizar de legitimidad su propio ejercicio de control oficioso y por algunos profesores que simpaticen con esa obligación para validar sus posturas. Es posible, también, que se piense que esos considerandos estarían indicándonos cuál será el temperamento que vaya a adoptar la Corte Suprema algún día (que aún no llegó), cuando deba resolver oficiosamente la inconstitucionalidad o la constitucionalidad de alguna norma. Todas son posibilidades con mayor o menor grado de probabilidad.

Ahora, posibilidades y probabilidades al margen, a mi modo de ver, no puede caber duda alguna de que en este caso la Corte no resolvió de oficio sobre la inconstitucionalidad del decreto: lo hizo a pedido de parte.

En conclusión, cuando se quiere determinar qué resolvió una sentencia, no puede prescindirse de los hechos de ese caso y esto es así siempre y, particularmente así, cuando nos enfrentamos al primer caso.

Si lo que se busca es tratar de predecir qué es lo que la Corte resolverá en el futuro respecto de igual tema en situaciones similares, lo más prudente es generalizar los particulares hechos del caso y definir la clase que estará sometida a la misma regla. Para ello habrá que decidir qué tan gradualmente procederemos a esa generalización, tarea para la cual, anticipo desde ya, no existen reglas muy concretas. No obstante, siempre debe tenerse presente, como afirma Grosman, que "los jueces están en mejor posición para evaluar una cuestión cuando ella forma parte del caso bajo análisis que cuando es una mera hipótesis" (52). Lo mismo podría decirse de los abogados y -agregaría- de cualquiera que, en circunstancias análogas, tiene que tomar una decisión fundada.

Si olvidamos el pedido expreso del Banco Comercial de Finanzas y si suponemos, por hipótesis, que la Corte hubiera ejercido el control de constitucionalidad de oficio en el caso, es evidente que ese control no podría ser proyectado, en principio, más allá de una clase que contuviera supuestos como el allí resuelto. Nuestra predicción no debería extenderse más allá de casos donde la Corte ya hubiera declarado con anterioridad la inconstitucionalidad de la misma norma que ahora volvía a ser examinada.

Quizá muchos ya se hayan formado un juicio acerca del alcance ceñido que le he atribuido al fallo en el párrafo anterior. Quizá otros no duden en juzgarlo mezquino. Sin embargo, deténganse por un instante más en esta cuestión. Sea cual fuere su posición, téngase en cuenta que en esta generalización ya he eliminado algunas diferencias que pueden ser consideradas importantes frente a algún caso concreto.

Por ejemplo, en aquella generalización no he incluido el órgano del cual emana la norma (v.gr., ejecutivo, legislativo o municipal; un club privado, una asociación, alguna otra forma de sociedad comercial, un sindicato, etc.); es decir que ella, así generalizada, puede aplicarse a cualquier jurisdicción. La indiferencia en cuanto a la materia que la norma cubre permite extender su alcance a todas las incumbencias imaginables. Por último, el hecho que la regla no mencione la situación político-económica permitiría adaptarla a todo tipo de circunstancias (p. ej., para tiempos normales, durante una emergencia o vigente el estado de sitio, de guerra, etcétera).

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Esta breve disquisición me hace dudar acerca del mérito de la generalización que de la solución del caso hice renglones más arriba. En realidad, en abstracto, por anticipado y con tan pocos detalles -los de un solo caso que es, a la sazón, el primer caso-, es difícil formarse un juicio serio acerca de la bondad de aquella generalización y de los méritos que tendría propiciar el control de oficio en todas esas instancias.

Por último, piénsese que, a pesar de las expectativas que generó lo dicho en los consids. 3 y 4 de "Banco Comercial de Finanzas", desde entonces y hasta la entrada en prensa de este ensayo, la Corte Suprema no declaró, de oficio, la inconstitucionalidad (o la constitucionalidad) de norma alguna; es más, contrariamente a las grandes expectativas que generó en parte de la doctrina, luego de "Banco Comercial de Finanzas", la Corte continuó exigiendo que todo litigante introdujera oportunamente la o las cuestiones federales (entre ellas, la inconstitucionalidad de alguna norma o acto) so pena de desestimar la presentación. Es evidente -como lo destaca Berardi en el artículo mencionado supra, nota 48- que esta exigencia, acompañada de semejante sanción, está en contradicción con el deber en el que se hallarían los jueces de revisar la constitucionalidad de la o las normas sobre la base de las cuales resuelve un litigio (de lo que se habló en los consids. 3 y 4 del fallo aludido). Es obvio que si los jueces se hallaran en ese deber, la introducción, oportuna o extemporánea, o la no introducción de la cuestión federal por la parte interesada jamás podría acarrear su no consideración por un tribunal (y menos por la Corte).

Refirmando esta línea, a partir de la vigencia de la acordada 4/2007 Ver Texto , el tribunal exige a los litigantes que indiquen en el recurso extraordinario si introdujo la o las cuestiones federales que propone; si lo hizo, que indiquen la foja y los términos empleados (art. 3 Ver Texto , inc. b). El incumplimiento de este recaudo acarrea la desestimación de la presentación (art. 11) Ver Texto .

En vista de lo expuesto, quizá lo mejor sea esperar nuevos casos donde esa cuestión sea el tema a resolver. De esto se trata, en definitiva, el razonamiento mediante ejemplos.

En suma, debemos precavernos de nuestra fuerte tendencia a la generalización. Los hechos de cada nuevo caso alegadamente análogo o semejante a uno anterior harán reflexionar acerca de la conveniencia o inconveniencia de tratarlos del mismo modo que al precedente. Si cuando esos casos se presentan, se concluye que todos deben estar gobernados por la misma regla (los casos iguales deben ser tratados del mismo modo), consciente o inconscientemente, el procedimiento mental que se realizará consistirá en la generalización de los hechos del primer caso que se juzguen relevantes o en la de los hechos relevantes de todos los precedentes juzgados análogos, de modo que esa generalización cubra los hechos considerados relevantes del caso pendiente de decisión.

Puede ocurrir que en esa comparación de hechos se estime inconveniente tratar del mismo modo ambos supuestos. Entonces, se diferenciarán ciertos hechos relevantes de uno y otro, explicitándose las razones que justificarían un tratamiento diverso.

En la tarea de comparar casos, determinar las similitudes y las diferencias de sus hechos suele ser una faena compleja, siempre amenazada por dos tendencias contradictorias, a saber: no advertir diferencias cruciales o destacar distinciones irrelevantes.

También es complejo el proceso por el cual se decide si dichas similitudes y diferencias son relevantes y justifican aplicar al caso bajo examen la misma solución que la del precedente u otra distinta. Sin embargo, este proceso es decisivo porque de él depende comprender de qué manera la sentencia pronunciada en un caso "único" puede transformarse, como dijera Cueto Rúa, en fuente de derecho (53).

A continuación ejemplificaré estas situaciones recurriendo a algunos precedentes de la Corte. El objeto perseguido es, fundamentalmente, ilustrar el dicho fenómeno a partir de casos concretos en los cuales ello ha sido destacado por la Corte y al margen del acierto o error de su discriminación. Es decir que intentaré comenzar a dar respuesta a la pregunta que se formulaba Levi, con respecto a cuándo es justo tratar casos diferentes como si fueran iguales (54). Estoy convencido de que los casos concretos son imprescindibles para captar en su verdadera dimensión las ideas que vengo desbrozando; de aquí que abundaré en ellos.

c) Asimilaciones procedentes

Es mi propósito mostrar ahora cómo es que la Corte Suprema realiza la tarea de establecer similitudes entre el caso que tiene que resolver y el del precedente invocado por alguna de las partes o por ella misma en oportunidad de revisar una sentencia que había distinguido el supuesto bajo examen del o de los precedentes invocados por una de las partes.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Los precedentes que analizaré a continuación versan sobre la problemática relacionada con la regulación del matrimonio. Como se recordará, hasta el año 1985, en la Argentina no se admitía el divorcio vincular. Si se probaban ciertos agravios, las partes podían obtener su divorcio, pero esta declaración no les permitía volver a contraer nupcias (art. 9 Ver Texto , inc. 5, ley 2393). Obviamente, muchísimos divorciados volvían a casarse. El recurso que se empleaba con frecuencia era, obtenido el divorcio en el territorio, el ex cónyuge que deseaba casarse nuevamente con otra persona lo hacía en algún otro país.

Uno de los inconvenientes que este segundo matrimonio podía ocasionar era el relacionado con su invocación judicial en suelo argentino, a fin de reclamar derechos emergentes de esa unión. En estos casos, si bien la validez de ese casamiento estaba regida por la ley del lugar de celebración, su reconocimiento en el país dependía de que se decidiera previamente si ello importaba la violación del orden público argentino (55). Veamos entonces que ocurrió cuando alguno de estos supuestos llegó a los tribunales.

En el caso "Solá" Ver Texto (56), éste, habiendo obtenido sentencia de divorcio en el país, contrajo nuevas nupcias en Paraguay. Años más tarde, Solá murió y su viuda (la de las segundas nupcias) solicitó la apertura del juicio sucesorio. La primera esposa impugnó la legitimación de la solicitante para poder iniciar la sucesión del causante. Sostuvo que ese segundo matrimonio era nulo pues se había contraído en fraude a la ley argentina, que prohibía un nuevo casamiento a aquellos que se hubieren divorciado.

A la luz del derecho internacional privado argentino, ¿podía esgrimirse válidamente en la Argentina ese segundo matrimonio celebrado en otro país? Esa validez ¿a qué momento debía juzgarse, al de celebración o al del pronunciamiento judicial? Según la Corte, el art. 4, Protocolo Adicional del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 Ver Texto , disponía que las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las leyes de orden público. "Ello significa" -dijo el tribunal- "que la Argentina puede desconocer o reconocer validez a la segunda unión, según los imperativos del orden público internacional del foro, y en ambos supuestos actuará en fiel cumplimiento del tratado" (57).

El margen de maniobra que tenía el Poder Judicial de la Argentina era muy grande, pues el caso específico que debían resolver, v.gr., si el matrimonio celebrado en Paraguay violaba o no la ley argentina, no estaba expresamente contemplado en la legislación.

La Corte remarcó que la noción de orden público internacional es "variable, pues expresa los principios de la organización jurídica de una comunidad dada, y su contenido depende en gran medida de las opiniones y creencias que prevalecen en cada momento en un Estado determinado" (58). A continuación recordó que a partir de Fallos 308:2268 Ver Texto (59) y de la posterior sanción de la ley 23515 Ver Texto , se introdujo la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial, divorcio mediante. Y esa opción fue extendida a los procesos en trámite. También se permitió la transformación en divorcio vincular de aquellos casos que estuvieran en trámite o que hubieran merecido sentencia de separación pasada en autoridad de cosa juzgada, fueran ellas extranjeras o nacionales. Añadió:

"9) Que esta modificación de los principios que informan la legislación matrimonial argentina es relevante para lo que se discute en autos pues, en virtud del criterio de actualidad del orden público internacional, el orden jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero que es invocado en el foro en virtud de los derechos sucesorios reclamados por la cónyuge supérstite..." (60).

Como consecuencia de lo anterior, el tribunal reconoció legitimación a la viuda de las segundas nupcias para iniciar la sucesión del causante.

Años más tarde, llegó a la Corte el caso "Ulloa" Ver Texto (61). También dentro del marco procesal de una sucesión, se cuestionaba la legitimación de la mujer de aquél para reclamar -en tanto cónyuge supérstite- en el sucesorio. El argumento central se basaba en que la reclamante, esposa del causante, antes de contraer nupcias con él, ya había estado casada en la Argentina. En efecto, luego de divorciada en los términos que admitía la ley 2393 Ver Texto , la cónyuge supérstite había vuelto a contraer nupcias en Perú, ésta vez con Ulloa. En 1987, una vez que se produjo el cambio de legislación, había obtenido su divorcio vincular del primer matrimonio habido en el país.

La Corte se remitió a lo dictaminado por la procuradora fiscal, quien consideró que el caso guardaba sustancial analogía con "Solá" Ver Texto . Sostuvo específicamente que:

"(A)quí también se trata de verificar, según el derecho internacional privado argentino, la satisfacción de los recaudos de validez de una situación creada en el extranjero y que es llamada a desplegar efectos en el foro.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Conforme al precedente citado, este examen debe efectuarse según las disposiciones del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 Ver Texto que, en el caso de matrimonio celebrado en otro país contratante con impedimento de ligamen, no impone a los otros países contratantes la obligación internacional de desconocerle validez, sino que deja librado al orden público internacional del Estado requerido la decisión sobre la reacción que más convenga al espíritu de su legislación. Y la modificación introducida por la ley 23515 Ver Texto a los principios que informan la legislación matrimonial argentina (al admitir la disolución del vínculo por divorcio), resulta relevante para lo que se discute en autos pues, en virtud del criterio de actualidad del orden público internacional, el orden jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero que es invocado en el foro en virtud de los derechos sucesorios reclamados por la cónyuge supérstite".

En realidad, esta forma de remisión, como expresé con anterioridad, tiene serios inconvenientes. La respuesta de la Procuración, en este caso, está más enfocada sobre la cuestión de derecho que sobre la analogía de hechos. La primera, como la presenta, es la misma que la del caso "Solá" Ver Texto . Mas respecto de la cuestión fáctica, se postuló una similitud sustancial que nunca se justificó, pues no se indicó, no se verbalizó en dónde radicaba, para la Procuración, esa semejanza alegada. Desde ya que se daban circunstancias que eran parecidas; mas, sin embargo, existían diferencias, pues aquí la casada dos veces era la cónyuge y no el esposo, y en "Solá" Ver Texto , quien objetaba el derecho reclamado por la segunda esposa era la primera. Aquí no se individualiza quién era el impugnante. Es decir que estas diferencias fácticas concretas no fueron especialmente tratadas.

Otro inconveniente que tienen este tipo de silencios es que al no expresar opinión sobre estos hechos, se supone pero no se tiene la certeza de que ellos fueron advertidos y considerados irrelevantes. En esta suposición quizá juegue un rol importante, a veces, el contexto del caso o el entorno social; otras veces puede ocurrir, simplemente, que el intérprete coincida con esa visión. Pero también podría haberse tratado de un error y, si éste era el caso, podría haberse juzgado desigualmente a quien no lo merecía.

Por último, este tipo de silencios también alimentan una mayor litigiosidad, pues muchas veces servirán de argumento a quien se oponga a esa solución para relitigar un caso que, si se hubiera precisado correctamente su alcance, no incrementaría el exceso de trabajo en el que los tribunales se hallan (62).

Tiempo después la Corte resolvió el caso "Boo" Ver Texto (63), que trataba de lo siguiente. La cónyuge de Boo había estado casada previamente en la Argentina. En el fallo, al igual que en el precedente anterior, no se menciona cuál era el estado civil de Boo. Al momento de celebrarse la boda en Paraguay, vigente todavía la ley 2393 Ver Texto , ella no se había divorciado de su cónyuge anterior. La nueva cónyuge del Sr. Boo no sólo había contraído nupcias con él sin antes divorciarse de su anterior esposo sino que, además, había declarado ante el oficial público paraguayo ser soltera cuando, en realidad, aun estaba casada. Cuando con posterioridad se sancionó la ley 23515 Ver Texto , la cónyuge de Boo obtuvo el divorcio vincular de su primer marido. Transcurridos unos años, el Sr. Boo falleció y su cónyuge supérstite inició la sucesión.

Una heredera testamentaria de Boo objetó la legitimación de la esposa para iniciar la sucesión y sostuvo que, en este caso -a diferencia del anterior-, se estaba en presencia de un supuesto de bigamia y mala fe, pues la cónyuge supérstite se había casado con el causante sin siquiera divorciarse previamente de su primer marido. Luego de algunos cabildeos, el Superior Tribunal de Corrientes dio razón a la impugnante. Destacó que las circunstancias del caso anterior no coincidían con las de estos autos. Entendió que, al no haberse operado siquiera una previa separación personal de su primer cónyuge (la que permitía el art. 67 bis Ver Texto , ley 2393), ya no se trataba de la indisolubilidad del matrimonio en vida de éstos (argumento central o ratio decidendi, a su juicio, del caso anterior), sino de un problema de bigamia, que -a diferencia de la temática concerniente al divorcio vincular- seguía integrando el orden público internacional argentino.

La segunda esposa, ahora acusada de bigamia y de mala fe, apeló esta sentencia y sostuvo, según recuerda la procuradora fiscal:

"(Q)ue el orden público es variable, por lo cual debe valorarse en la ocasión en la que se establecen sus efectos y no al tiempo en el que sucedieron los hechos. Pone de resalto que, en el momento de suscitarse la cuestión, ya no existía impedimento de ligamen. Con ello, repone, lo decidido sobre la base de situaciones anteriores a la sanción de la ley 23515 Ver Texto es lesivo e inactual; al par de configurar un alzamiento contra la doctrina sentada por esa Corte a partir del mentado caso `Solá' Ver Texto , que se profundizó in re `Zapata' y `Ulloa' Ver Texto ".

Hasta aquí, puede coincidirse sin mayor esfuerzo con las similitudes que trazaba la recurrente entre las circunstancias de los casos anteriores. Pero luego añadía:

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

"Manifiesta que no existen diferencias fácticas con el primero de dichos precedentes, pues -se cuente o no con un decreto, en los términos del art. 67 bis Ver Texto , ley 2393-, en los dos casos existe un matrimonio celebrado en Paraguay, mediando impedimento de ligamen. A su juicio, ambos litigios coinciden también porque finalmente se obtuvo el divorcio vincular, sin que ninguno de los interesados hubiese planteado en vida la nulidad del acto, quedando firmes los respectivos matrimonios".

Si comparamos estos breves hechos con los de los casos anteriores, es evidente que aquí ya aparece una circunstancia que no existía en aquéllos. En efecto, en éste, la cónyuge no se había divorciado de su primer marido.

Sin duda, este hecho no estaba presente en los anteriores. Pero ya vimos que, como no hay casos idénticos, siempre va a existir en uno circunstancias que no se repetirán en el otro o en los otros. De donde cuando se comparan casos para defender o atacar su trato jurídico igualitario, lo importante no es la presencia de un hecho diferente sino cuál será el criterio clasificador sobre la base del cual se igualarán (o diferenciarán) las situaciones y qué consecuencias jurídicas se le imputarán a esa igualación o diferenciación.

El fundamento del ataque de la impugnante, centrado sobre ese hecho distintivo y recogido por el tribunal superior correntino, fue presentado de manera muy persuasiva. Según ellos, en "Solá" Ver Texto estábamos ante un caso de indisolubilidad del matrimonio. Ahora, ante un caso de bigamia y de mala fe.

Evidentemente, la fuerza emotiva de estas imputaciones -la bigamia es un delito penal (art. 134 Ver Texto , CPen.) y la mala fe es un agravante de la conducta ilícita (arts. 135 Ver Texto , CPen.; 222 a 226, CCiv.)- contrastan con la neutralidad emotiva de la aludida como "indisolubilidad del matrimonio", característica meramente descriptiva del régimen instaurado por el art. 81 Ver Texto , de la vieja ley 2393. De aquí que, si uno no se deja dominar por ese lenguaje, pronto advierte que lo que está en juego es si ese hecho novedoso, v.gr., la ausencia de divorcio al momento del segundo matrimonio en el exterior, "justificaba" tratar el presente caso de un modo diverso al de los precedentes (donde aquel hecho no estaba presente). Dicho de otro modo, si aquel hecho iba a consistir en el criterio clasificador per se que daría lugar a una nueva categoría.

Sobre la cuestión, dijo la Corte:

"Que las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las resueltas por el tribunal en la causa "Solá, Jorge V. s/sucesión ab intestato" Ver Texto (Fallos 319:2779) y "Ulloa, Alberto s/sucesión" Ver Texto (Fallos 330:1572), cuyos fundamentos corresponde dar por reproducidos por razón de brevedad.

"Que, por otra parte, las diferencias en la plataforma fáctica destacadas por el a quo no justifican una solución distinta para la presente causa, toda vez que en todos los supuestos examinados habría mediado un impedimento de ligamen y dicha circunstancia ha perdido relevancia a partir de la disolubilidad del matrimonio civil argentino. En virtud del criterio de actualidad del orden público internacional, el orden jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero en tales condiciones (cf. Fallos 319:2779, consid. 9)" (64).

Lo hecho por la Corte merece un breve examen. Comienza por remitirse lisa y llanamente a los fundamentos empleados en los dos casos anteriores que menciona. Es decir que cuando resuelve éste, ya tiene una masa de hechos correspondientes a tres litigios, todos los cuales decide someter bajo la misma regla.

Si se procede a generalizar prudentemente los hechos mencionados en las sentencias, los que pueden considerarse comunes a los tres litigios son: i) que las partes, en los tres casos, se habían casado en el exterior en momentos que en la Argentina regía la ley 2393 Ver Texto ; ii) que en los tres supuestos, alguna de las partes ya había estado casada en la Argentina con anterioridad; iii) que los matrimonios celebrados en la Argentina lo habían sido bajo el régimen de la ley 2393 Ver Texto , la que, si bien toleraba el divorcio, no disolvía el vínculo matrimonial; iv) que la cónyuge supérstite del matrimonio extranjero invocaba esta calidad para iniciar la sucesión de su marido.

Un hecho del último caso, que no se daba en los otros, consistía en que uno de los contrayentes en segundas nupcias en el exterior no se había divorciado de su cónyuge del casamiento habido previamente conforme a la ley argentina. ¿Tenía este hecho relevancia como para tratar el caso de distinto modo que los otros dos? La respuesta no estaba escrita en norma alguna. Para el Superior Tribunal correntino, lo tenía pues, se alegaba, conforme a la ley argentina (2393 Ver Texto), la contrayente era bígama, al tener dos esposos sin que mediara divorcio del primero.

Sin embargo, esta distinta clasificación y tratamiento del caso, comparados con los de los otros dos, se basaban

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

en un hecho irrelevante para la Corte. Los tres casos debían merecer el mismo tratamiento. ¿Por qué? La respuesta de la Corte presupuso algunos pasos previos.

Enfrentada con la masa de hechos, el Alto Tribunal agrupó los tres casos en una misma categoría o clase común, a saber: la del impedimento de ligamen. En los tres casos, al momento de la celebración del segundo matrimonio, existía ese obstáculo, porque, en ninguno de esos supuestos, la ley 2393 Ver Texto hubiera admitido las segundas nupcias. El divorcio previsto en esa ley no disolvía el vínculo y, por lo tanto, no habilitaba a un nuevo matrimonio. De aquí que, a efectos de integrar esta categoría, la obtención previa de una sentencia de divorcio en nada alteraba la situación.

Seguidamente consideró que al momento de resolver los tres casos, la valoración social acerca de la indisolubilidad del matrimonio había cambiado. La nueva ley reconocía aptitud nupcial a los divorciados y la cónyuge supérstite de Boo ya había obtenido sentencia firme de divorcio vincular a ese momento. Por lo tanto, en este caso, como en los anteriores, el orden jurídico argentino carecía de interés actual en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero en tales condiciones. Ergo, la asimilación que había hecho la recurrente de este caso con los precedentes era correcta. Todos merecían ser tratados del mismo modo.

d) Asimilaciones improcedentes

Cuando una sentencia cita otra anterior en apoyo de la decisión que pronuncia, puede cometer una variada gama de errores. Lo mismo puede ocurrir, por cierto, cuando dicha actividad es desarrollada por los abogados en sus escritos.

1.- Prescindencia del análisis de los hechos

Según lo visto hasta aquí, ha quedado claro que si se invoca un precedente como análogo al caso sub examine, deben compararse los hechos de aquél, prudentemente generalizados, con los del caso a resolver. Si en dicha comparación se concluye en que ambos pertenecen a la misma clase o categoría, los dos deben ser resueltos en función de una misma norma. En esta tarea pueden existir distintos criterios de relevancia. Lo que no puede omitirse es la comparación entre un caso y el otro.

En el caso "Portugheis", ésta reclamaba que la situación de exilio a la que se había visto obligada encuadraba en el art. 11 Ver Texto , ley 24043. Dicha norma contempla la situación de las personas que "durante la vigencia del estado de sitio hubieran sido puestas a disposición del Poder Ejecutivo nacional, por decisión de éste, o que siendo civiles, hubiesen sufrido detención en virtud de actos emanados de autoridades militares". El problema que Portugheis debía superar era que ella no había estado detenida, no había sufrido privación de su libertad (65). La Cámara Federal, sin embargo, había decidido el pleito en favor de la actora. Los abogados del Ministerio de Justicia apelaron a la Corte Suprema esta decisión, pues consideraban que los hechos del caso eran diferentes de los del precedente de la Corte Suprema en el que la alzada había fundado su sentencia. La procuradora fiscal, a cuyo dictamen remitió el Alto Tribunal, referido a los hechos, sostuvo lo siguiente:

"No es posible soslayar, según entiendo, que el tribunal, en la sentencia de fs. 105, tampoco realizó un examen de los elementos obrantes en autos y, tras dejar a salvo su opinión en contrario, aplicó -sin más- el criterio seguido por la Corte en `Yofre de Vaca Narvaja' Ver Texto (66), sin indagar si las características del sub lite eran semejantes a aquellas que dieron fundamento al citado pronunciamiento. A mi modo de ver, la circunstancia apuntada constituye razón suficiente para proponer que la sentencia recurrida sea dejada sin efecto, sin que ello implique abrir juicio sobre si debe ser concedido el beneficio solicitado, toda vez que a tal efecto, deben examinarse cuestiones de hecho y prueba para determinar si la interpretación dada por VE a la ley 24043 Ver Texto , in re Y.43, L. XXXVIII, `Yofre de Vaca Narvaja, Susana v. Ministerio del Interior - res. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 221/2000 Ver Texto (expte. 443.459/98)' Ver Texto es de aplicación a la presente causa" (67) (el destacado me pertenece).

Dijo el Alto Tribunal:

"Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones de la procuradora fiscal, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad".

Es decir que esa asimilación "ciega" de la Cámara fue causa suficiente de revocación del pronunciamiento apelado.

En la misma línea de razonamiento, privilegiando la necesidad ineludible de analizar los hechos del caso, está inscripto el voto concurrente de la ministra Argibay en el caso "Arriola" Ver Texto (68). Este caso, bien conocido

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

entre nosotros, versa sobre la constitucionalidad de la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. En esta oportunidad, el reproche de la magistrada relacionado con la ausencia de explicitación de los hechos, en vez de estar referido a una sentencia de un tribunal inferior, lo está al voto mayoritario pronunciado por la propia Corte -con otra composición-, en la causa "Montalvo" [J 04_313v2t115] (69).

Con respecto al modo en que algunos tribunales inferiores citaban "Montalvo" [J 04_313v2t115], dijo:

"Cabe aclarar que la autoridad de `Montalvo' [J 04_313v2t115] ha sido invocada por los tribunales de grado para justificar en general la punibilidad de la tenencia de estupefacientes para uso personal y la consiguiente irrelevancia de cualquier análisis en particular sobre el modo en que fue realizada la conducta para decidir si ha sido o no una acción privada. Esta circunstancia hace necesario establecer cuál es la regla de derecho que contiene `Montalvo' [J 04_313v2t115] y, en su caso, en qué medida puede utilizarse ese antecedente para bloquear a priori el examen judicial de las razones que esgrime el recurrente para justificar la pretensión de que la conducta de cada uno de sus asistidos, en concreto y por las condiciones en que se llevó a cabo, fue una acción privada".

En cuanto a los hechos de "Montalvo" [J 04_313v2t115], sostuvo:

"11.a) Según surge de algunos pasajes de `Montalvo' [J 04_313v2t115], `el procesado, junto con otra persona, era llevado detenido en un automóvil de alquiler, por presumirse que podría estar vinculado a la sustracción de dólares. Al llegar a la dependencia policial y descender del vehículo, Montalvo arrojó una bolsita que contenía 2,7 g de marihuana...' (Fallos 313:1333 [J 04_313v2t115])".

Esa brevedad de lo que serían los hechos relevantes era a todas luces insuficiente, por las siguientes razones:

"Ahora bien, derivar de aquel fallo un estándar según el cual la punición de la tenencia de droga para consumo personal es constitucionalmente inobjetable en todos y cada uno de los casos concebibles es equivocado fundamentalmente por dos razones.

"Primero, porque si `Montalvo' [J 04_313v2t115] hubiese resuelto con ese alcance el problema, la Corte habría ejercitado un control de constitucionalidad en abstracto consumado mediante una decisión única con el efecto de clausurar por anticipado toda posibilidad de examinar, en casos posteriores, si la conducta del imputado es o no una acción privada protegida por el art. 19 Ver Texto , CN.

"Es claro que ese tipo de análisis se enfrenta con la doctrina elaborada por esta Corte que supedita su actuación jurisdiccional a la existencia de un interés (particular o colectivo) al que la norma resulta aplicable. Precisamente, mucho antes de `Montalvo' [J 04_313v2t115], e incluso de `Colavini', se había consolidado la doctrina según la cual la jurisdicción de la Corte se ejerce en el marco de `causas' a las que aluden los arts. 116 Ver Texto , CN, y 2 Ver Texto , ley 27, y, por lo tanto, `la impugnación de las leyes con base constitucional no puede contemplarse en abstracto' (doct. de Fallos 106:109; 182:398 Ver Texto ; 187:79 Ver Texto; 190:142 Ver Texto , 389 Ver Texto; 252:328 Ver Texto ; 256:602 ; 304:1088; 311:2088 Ver Texto ; 317:335 Ver Texto , 1224x Ver Texto ; entre otros)".

"En segundo lugar, extraer de la retórica utilizada en aquel pronunciamiento una regla que afirme la validez en todos los casos del tipo previsto en el art. 14 Ver Texto , párr. 2, ley 23737, es erróneo, pues ello implicaría conceder a los términos generales contenidos en el fallo un alcance impropio.

"b) Por lo tanto, `Montalvo' [J 04_313v2t115] sólo sería un precedente con peso en la presente decisión si contuviese una descripción de los rasgos que el tribunal estimó relevantes en la acción del acusado para concluir que era dañina hacia terceros y que puedan ser comparados con las características de las conductas probadas en esta causa. Sin embargo, la brevedad de las referencias al caso concreto que contiene la sentencia mencionada hace imposible conocer si hubo aspectos del comportamiento concretamente realizado por el imputado que influyeran en su consideración como ofensivo hacia el orden y la moral pública o los derechos de terceros".

Luego de criticar que no estuvieran acreditadas en el expediente diversas imputaciones genéricas, sostuvo:

"Como se ha visto, esta falta de precisión sobre las razones que llevaron a la conclusión de que la conducta de Montalvo no estaba protegida por el art. 19 Ver Texto , CN, impide la formación de un estándar aplicable a otros casos. Por lo tanto, aquella decisión, así como su mayor o menor acierto, está confinada a la causa en que fue dictada".

En suma, los hechos juegan un papel central en la elaboración de la sentencia. Sin un análisis serio de los

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

hechos y de su relevancia, no hay precedente válido.

2.- Diferencias en cuanto a los hechos

Otro error puede consistir en no advertir que la situación de hecho que sirve de marco al precedente no es similar, en sus hechos relevantes, a la del caso a resolver. El proceso mediante el cual se establece dicha similitud, en ocasiones, suele ser bastante complejo. Acudamos nuevamente a un caso concreto.

Como los expertos en derecho constitucional recordarán, en el afamado precedente "Horta" Ver Texto (70), la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 1 Ver Texto, ley 11157, que prohibía cobrar un precio mayor al que se pagaba por las locaciones de inmuebles destinados a habitación, comercio o industria, al 1/1/1920. Dicha prohibición tenía una extensión de dos años. Cuatro meses antes, el mismo tribunal había declarado la constitucionalidad -según la manera en que había sido aplicado- de idéntico artículo de esa ley, en la causa "Ercolano" Ver Texto (71) y en otras análogas. De acuerdo con lo expresado por la mayoría de la Corte, existían diferencias relevantes entre los hechos de uno y otro caso que justificaban un distinto tratamiento. En efecto:

"En esas causas (`Ercolano' Ver Texto y sus progenie) el pronunciamiento judicial debió ceñirse a las cuestiones propuestas por los litigantes y a las modalidades de cada juicio, sin anticipar soluciones para otros casos posibles, desde que no es dado a los jueces hacer declaraciones generales o resolver problemas jurídicos abstractos...

"En aquellos juicios se impugnó la constitucionalidad de la ley 11157 Ver Texto, con relación a locaciones sin término, y los fallos pronunciados por este tribunal reconocieron la validez del acto legislativo en su aplicación especial a esos casos (el énfasis me pertenece).

"En la especie sub lite la reglamentación del alquiler se ha hecho efectiva en un caso en que las partes se hallaban vinculadas por un contrato de término definido, celebrado con anterioridad a la promulgación de la ley cuestionada, y la aplicación de ésta ha tenido por consecuencia inmediata disminuir el derecho contractual del locador, pues la sentencia traída a revisión declara cumplidas las obligaciones del locatario mediante el pago de un precio inferior al estipulado (el énfasis me pertenece) (72).

"Aquí no se trata, como en los casos anteriormente juzgados, de la reglamentación de nuevas facultades, inherentes al derecho de propiedad, con relación a su ejercicio futuro, sino de la privación, sin compensación alguna, de un bien adquirido en virtud del uso legítimo de esas mismas facultades, antes de hallarse reglamentadas" (73).

Como surge del texto recién transcripto, para la mayoría del tribunal, la prohibición contenida en la ley 11157 Ver Texto era válida, para los supuestos en que existía locación pero no existía contrato escrito ni plazo predeterminado. Si existía contrato escrito, las estipulaciones en él contenidas en cuanto al precio no podían ser alcanzadas por dicha prohibición durante el plazo de duración de aquél. La disidencia del ministro Bermejo -quien ya había emitido una disidencia de fundamentos en "Ercolano"- no participaba de tal distingo. Para él, una y otra situación debían correr igual suerte (74).

En afín orden de ideas, a los abogados también se nos ha reprochado igual error, v.gr., incurrir en asimilaciones improcedentes. Así, en la ºcausa "Agosti" Ver Texto (75), el imputado había objetado el trámite sumario que el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas había impreso a su juzgamiento. Dicha objeción llegó a la Corte por recurso extraordinario. Como la revisión de resoluciones como la indicada no suele constituir sentencias definitivas que pongan fin al pleito -característica ésta que debe reunir, en principio, toda sentencia apelada por esa clase de recurso-, el apelante citó ciertos fallos que, según su opinión, permitían sortear dicho obstáculo legal en el caso (76). En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, si la sentencia recurrida no pone fin al pleito pero genera agravios de imposible o difícil reparación ulterior, el recurso extraordinario es procedente (77). La cuestión que se debía resolver, en este aspecto, consistía en determinar si los casos citados eran semejantes al presente. Si lo eran, las citas efectuadas habrían sido correctas y, por lo tanto, la solución a arribar -se proponía- debía ser la misma. Al respecto, dijo el procurador general:

"Cita en abono de su tesis los antecedentes de Fallos 300:1273 Ver Texto ; 300:417 Ver Texto y 257:132 Ver Texto , los cuales a mi entender no pueden equipararse al presente. Así, en el primero de ellos, la parte recurría a fin de no verse sometida a un proceso por el mismo hecho que, según sostenía, motivara una pena que ya le había sido aplicada. Lo que se hallaba en juego en esa ocasión era la garantía contra el doble juzgamiento que veda... no sólo la nueva aplicación de una pena por el mismo hecho sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento a proceso (conf. Fallos 299:221 Ver Texto). El agravio que entonces se trajo a esta Corte era definitivo `pues no se disiparía ni aun con el dictado de una ulterior sentencia absolutoria' (del

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

dictamen del entonces procurador fiscal ante la Corte en la causa citada por el recurrente)".

En Fallos 300:417 Ver Texto , por un exceso ritual manifiesto, la resolución impugnada había declarado la nulidad de lo actuado en el proceso, mientras que en el antecedente de Fallos 257:132 Ver Texto , la Corte decidió que procedía el recurso, aun cuando la materia del pronunciamiento fuera de carácter procesal, pues lo resuelto revestía interés institucional, ello por cuanto, tal como lo destaca el dictamen del entonces procurador general, se hallaba en cuestión la eficacia y la objetividad de la justicia, comprometidas a raíz de la forma en que se había resuelto la recusación del juez de la causa.

Como vemos, en ambos casos, la naturaleza de las cuestiones que se plantearon motivó la intervención del tribunal destinada a evitar perjuicios graves y concretos tanto al procesado como a la administración de justicia.

Ahora, en cambio, pese a que el recurrente también alega que concurren esas circunstancias de excepción, tal afirmación no aparece suficientemente demostrada. En efecto, el planteo no excede el marco estrictamente procesal al limitarse a la discusión sobre el procedimiento a seguir, carece de entidad como para considerar que se halla en juego un interés institucional y los agravios esgrimidos resultan meramente hipotéticos y, de concretarse, podrán ser solucionados en la etapa procesal correspondiente ya sea por el tribunal a que se refiere el art. 7 Ver Texto , ley 23049, o por ésta (78).

3.- Diferencias en cuanto a la prueba de los hechos

La incorrecta asimilación de un caso con otro puede reconocer otras causas. Uno de los errores que se puede cometer está relacionado con el marco procesal. Una sentencia, al remitirse a lo resuelto en un precedente, puede no advertir que en él no se había probado algo -v.gr., un hecho alegado- que sí se probó en el sub examine. Cuando esa diferencia se relaciona con un hecho relevante, puede dar lugar a que los casos sean agrupados en categorías diferentes y, por lo tanto, sujetos a regímenes diversos.

En la causa "Albion House" Ver Texto , por ejemplo, se había sancionado a la mencionada empresa por haber infringido el art. 36 Ver Texto , ley 3764 (79). Existían sentencias anteriores de la Corte donde se había aplicado la pena dispuesta por esa norma, pero en ninguna de ellas el infractor había probado que su conducta estaba exenta de dolo. Al mismo tiempo, el apelante sostenía que la sanción contenida en la referida norma exigía una conducta dolosa de parte del infractor y que la presunción legal contenida en ella era iuris tantum, de donde se seguía que, probada la ausencia de dolo, la sanción legislativa -y los precedentes invocados- no era aplicable al caso sometido a decisión. La Cámara, no obstante, la condenó al pago de la multa prevista en ese artículo. Dijo la Corte:

"Que el fallo apelado es incompatible con las precedentes consideraciones en cuanto adopta los fundamentos del dictamen fiscal, que a su vez sostiene que la sola falta de los comprobantes de pago del gravamen basta para la aplicación de la penalidad prevista en el art. 36 Ver Texto , ley 3764".

Que la mención en la sentencia recurrida de "lo resuelto por el tribunal entre otros casos en el de `Buzaglo y Cía.' no puede significar la adición de fundamentos de hecho al pronunciamiento ni la revisión de las conclusiones que en materia de prueba contiene el fallo de primera instancia -el caso que cita la Cámara difería del presente por haberse entonces omitido la prueba, traída en estos autos- como por lo demás resulta suficientemente del hecho de haberse concedido el recurso extraordinario -a fs. 139 vta.- que de otro modo no debió otorgarse" (80) (el énfasis me pertenece).

Posteriormente, en "Goldstein", sobre la base de "Albion House" y otros precedentes, se formuló el siguiente principio o proposición general:

"Que esta Corte ha tenido oportunidad de entender en casos similares al de autos, sentando entonces principios de no dudosa aplicación al presente que el laconismo del pronunciamiento de fs. 101 hace conveniente recordar -ver Fallos 182:349 Ver Texto; 184:530 Ver Texto ; 186:274 Ver Texto ; 187:662 Ver Texto y los allí citados-".

Que así ha decidido "a) que la cita en el fallo apelado de un expediente resuelto por razones de hecho no basta para fundar la sentencia en las mismas, cuando media entre ambos casos la diferencia capital, de que en el último se ha producido la prueba que en el primero se declaró faltar" (81) (el énfasis me pertenece).

El defecto destacado por la Corte la determinó a descalificar el pronunciamiento apelado. Dicho error había conducido al a quo a aplicar una sanción legal prevista para supuestos de hecho diferentes y que no merecían ser tratados del mismo modo.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

e) Distinciones improcedentes

Doce años después de fallados los famosos casos "Horta Ver Texto " y "Ercolano Ver Texto ", la Corte decidió la causa "Avico". En esta oportunidad, estaba en discusión la constitucionalidad de la ley 11741 Ver Texto, que concedía una moratoria hipotecaria y reducía los intereses pactados en los contratos de préstamo celebrados con aquella garantía. La Corte, con una integración diferente, vuelve sobre el distingo que ella misma había considerado relevante en "Ercolano Ver Texto ". Referido ahora a la reducción de los intereses pactados contractualmente con anterioridad a la vigencia de la ley 11741 Ver Texto y a la postergación por tres años del pago del capital de los préstamos otorgados con garantía hipotecaria, en el caso, la mayoría del tribunal sostuvo:

"Es indudable que la ley 11741 Ver Texto que reduce el interés y prorroga el plazo para el pago del capital del préstamo para los deudores hipotecarios es, desde el punto de vista constitucional, idéntica a la ley 11157 Ver Texto, que reducía el alquiler de las casas y prorrogaba el término de su ocupación a favor de los inquilinos (existiera o no contrato escrito como lo sostuvo en su disidencia el Dr. Bermejo).

"Un largo y meditado estudio de los fallos dictados por esta Corte con motivo de la impugnación hecha a la ley 11157 Ver Texto sobre alquileres ...nos decide a mantener la jurisprudencia establecida en los casos `Ercolano' y otros análogos... `pues la existencia o inexistencia de contrato escrito no cambiaba en lo más mínimo la situación del propietario cuya propiedad podía continuar ocupada por el inquilino por todo el término de la ley, y cuyo alquiler o renta se le restringía del mismo modo'.

"La regulación o restricción de los derechos del propietario de la ley 11157 Ver Texto, en cuanto a la prórroga del plazo y al máximo del alquiler que podía cobrarse, es, pues, exactamente la misma; y si ella puede regularse en un caso, también puede serlo en el otro" (82) (el énfasis me pertenece).

Es decir que a juicio de la propia Corte Suprema -pero con una integración diferente de la que había fallado los casos anteriores-, el distingo que en su oportunidad el tribunal hizo en "Horta" para diferenciarlo de "Ercolano" no era válido. Ambas situaciones de hecho debían tratarse de igual manera, a pesar de las diferencias que contenían y que la propia Corte había destacado entonces.

IV. CONCLUSIÓN

En tren de redactar o de analizar una sentencia, es muy importante ser conscientes de la decisiva trascendencia que tienen los hechos del caso. Los ejemplos seleccionados muestran la importancia que la Corte les adjudica. Ellos también son evidencia del grado de sofisticación que en muchas oportunidades se emplea. La mayor o menor importancia que se adjudique a algunos por sobre otros jugará un papel decisivo a la hora de resolver el pleito.

El derecho judicial, a diferencia del legislado, tiene un lento proceso de gestación. Y, como vimos, a causa de nuestra educación, poseemos una propensión a las generalizaciones que, combinada con nuestro desdén por los hechos, puede conducirnos a extraer conclusiones apresuradas y equivocadas. Cardozo, refiriéndose a idéntico proceso en el derecho norteamericano, lo definió con excelencia: "Los casos no descubren abiertamente los principios al que los interroga. Ellos ceden su médula lenta y dificultosamente" (83).

NOTAS:

(1) También, en parte, está basado en dos textos anteriores: "El precedente judicial en la Corte Suprema", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, ns. 1 y 2, ps. 51 y ss.; y "El valor de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Argentina", en "Constitución de la Nación Ver Texto Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", t. 4, Daniel A. Sabsay (dir.) y Pablo A. Manili (coord.), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 355.

(2) Schauer, Frederick, "Precedent", Standford Law Review, vol. 39, ps. 571 y 577 ("No existen dos casos exactamente iguales. Para que una decisión sea precedente de otra no se exige que los hechos del caso anterior y de los posteriores sean absolutamente idénticos. Si se exigiera esto, nada sería precedente de algo. Por ello es que debemos abandonar el ámbito de la identidad absoluta").

(3) Cueto Rúa, Julio, "Las fuentes del derecho", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, reimpresión 1982, p. 131.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

(4) "Tomkinson y Compañía y el fiscal s/diferencia de aforo entre `mantas mezcla' é `imitación Pampas'", Fallos 1:148, 1864.

(5) Aristóteles, "Ética a Nicómaco", libro V, 4ª reimp., introducción, traducción y notas de José L. Calvo Martínez, Ed. Alianza, Madrid, 2005, párr. 1131.a, p. 158; Hart, Herbert L. A., "El concepto de derecho", Genaro R. Carrió (trad.), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 198; Ross, Alf, "Sobre el derecho y la justicia", 3ª ed., 1ª reimp., Genaro R. Carrió (trad.), Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2006, caps. III y XVII, ps. 115 y ss.; Westen, Peter, "The Empty Idea of Equality", vol. 95, Harvard Law Review, 1982, ps. 537 y 543.

(6) Simons, Kenneth W., "Equality as a Comparative Right", Boston University Law Review, vol. 65, 1985, ps. 387 y 389 ("Un derecho a ser tratado con igualdad es una pretensión comparativa que reclama recibir un trato particular sólo porque otra persona o clase lo recibe. El reclamo a ese tratamiento no es absoluto, sino relativo a si otros lo reciben. Y el reclamo es satisfecho otorgando a las clases comparativamente situadas el trato igualitario reclamado").

(7) Intencionalmente me he referido a los hechos relatados en la sentencia y no en la demanda o en su contestación. Ello merece una breve explicación. Cuando un tribunal de apelación revisa una sentencia dictada por un órgano inferior o cuando un tribunal de primera instancia dicta una resolución, tiene oportunidad de ver y hacer su propia interpretación del relato de los hechos contenidos en la demanda o en su contestación. Por el contrario, cuando un tribunal cita una sentencia anterior dictada en otra causa, no tiene esa oportunidad. A menos que tenga acceso al expediente, tiene que atenerse al relato que de los hechos se hace en la sentencia precedente. Como es obvio, al hacerlo, el juez ya ha hecho una selección de ellos. Sería atípico hallar una sentencia que transcribe textualmente el relato de los hechos, según como viene efectuado en el escrito de demanda y en su contestación.

(8) Schauer, Frederick, "Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life", Ed. Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 20; "Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana", Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez (trads.), Ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2004, p. 79 ("es posible en teoría -al menos si se incluye la locación en tiempo y espacio- y habitualmente en la práctica, referirse a algún individuo con la suficiente riqueza de detalle como para que el individuo denotado resulte único").

(9) El principio ontológico de identidad se expresa A = A; es decir, un objeto es idéntico sólo a sí mismo (ver la voz "identidad", en Ferrater Mora, José, "Diccionario de filosofía", 4ª ed., vol. E-J, Ed. Alianza, Madrid, 1982, p. 1606). En lógica, el principio de identidad, considerado como una de las tres leyes básicas del pensamiento, "afirma que si un enunciado es verdadero, entonces es verdadero". Es decir que este principio expresa una tautología. El enunciado debe ser uno completo, no elíptico; Copi, Irving, "Introducción a la lógica", 4ª ed., 3ª reimp., Néstor A. Míguez (trad.), Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2008, p. 321.

(10) Williams advirtió hace muchos años que los verbos ser y existir, y los sustantivos naturaleza y teoría tienden a encubrir la diferencia entre lo que es una cuestión meramente verbal y una científica (fáctica). Con esta aclaración espero sortear algún posible malentendido. Ver Williams, Glanville, "The Controversy Concerning the Word Law", en "Philosophy, politics and society", Peter Laslett (ed.), Ed. Basil Blackwell, Oxford, 1956, ps. 134 y 149.

(11) Carrió realiza este deslinde en oportunidad de responder a la pregunta "¿qué es un caso?", teniendo presente el problema práctico que enfrenta un abogado ante la consulta de su cliente relativa a qué hacer ante una circunstancia (un conjunto de hechos) determinada, v.gr., el "caso" (Carrió, Genaro R., "Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes", 2ª ed., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, p. 22).

(12) Este uso de la palabra caso se relaciona más al que se hace en Fuller, Lon, "El caso de los exploradores de cavernas", 2ª ed., Genaro R. Carrió y Leopoldo J. Niilus (trads.), reimp. 2008, Ed. LexisNexis - Abeledo-Perrot.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

(13) En un supuesto así, esa demanda puede ser la misma en dos sentidos. El escrito de demanda puede ser una copia o una fotocopia textual idéntica a la anterior que mereció el pronunciamiento judicial que no se apeló; o puede tratarse de una versión que textualmente contiene una formulación diferente, pero cuya pretensión, los antecedentes de hecho y la persona demandada, son los mismos.

(14) La mezquindad conceptual de la formulación normativa es notable. Prácticamente todo su sentido ha sido delegado al intérprete. En el texto principal he seleccionado aquellas circunstancias (v.gr., identidad de partes, objeto y causa) cuya presencia, según jurisprudencia y doctrina coincidentes, dispara la procedencia de la excepción. Ver "Pacoalex S.A v. Provincia de Buenos Aires", Fallos 308:2518 Ver Texto , 1986 ("pleito entablado entre las mismas partes... la indemnización... y... los hechos que habrían dado lugar a los daños ...son sustancialmente idénticos"); Palacio, Lino E., "Derecho procesal civil" Ver Texto , t. V, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, reimp. 1979, párr. 683, ps. 512 y ss. ("...la posibilidad de oponer exitosamente en él la llamada cosa juzgada, requiere que entre el caso resuelto por esa sentencia y aquél que se intenta replantear concurran tres elementos comunes: los sujetos... el objeto... y la causa..."); Falcón, Enrique M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Ver Texto . Anotado. Concordado. Comentado", t. III, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, reimp. 1997, p. 346 ("Para que haya cosa juzgada, entonces, tienen que concurrir las tres identidades -sujeto, objeto y causa-"). Por otro lado y a los fines de simplificar la exposición, he eludido la invocación de la cosa juzgada cuando se pretende ventilar el mismo asunto ya resuelto en el mismo expediente y he omitido otros supuestos mencionados en la norma aludida en los que también es posible invocarla. En rigor de verdad, como se sabe, muchos casos en los que se acude a esta causal no poseen la simpleza descripta en el texto principal. Un valioso estudio teórico acerca de esta institución es el de Ymaz, Esteban, "La cosa juzgada y otros ensayos", Ed. Arayú, Buenos Aires, 1954, ps. 3/73. Un aporte controversial de algunas posiciones dominantes puede hallarse en Nieva Fenoll, Jordi, "La cosa juzgada", Ed. Atelier, Barcelona, 2006.

(15) Existen algunas excepciones a la prohibición de litigar dos veces el mismo asunto. Una de ellas se da cuando, por ejemplo, se alega y prueba que en el primer litigio se incurrió en estafa procesal (ver "José Tibold y otros", Fallos 254:320 Ver Texto , 1962; "Juan C. Campbell Davidson v. Provincia de Buenos Aires", Fallos 279:54 Ver Texto , 1971). Otra excepción más reciente y en perjuicio del imputado se dio en los casos que investigan los llamados delitos de lesa humanidad cometidos durante el gobierno de facto de 1976 a 1983. En "Julio Lilo Mazzeo y otros", Fallos 330:3248, 2007, resuelto por mayoría, sobre las disidencias de Argibay y Fayt, la Corte Suprema convalidó el nuevo enjuiciamiento penal por los mismos hechos respecto de los cuales las personas allí imputadas ya habían sido sobreseídas veinte años antes. Parte de la doctrina disintió con esta decisión (ver D'Alessio, Andrés J., "Una posición distinta sobre el fallo `Mazzeo Ver Texto '", RDP 2007-11-2154; del mismo autor, "Delitos de lesa humanidad", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2008; y Santiago, Alfonso y Sabelli, Héctor, "Tiempo, Constitución y ley penal", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, ps. 147 y ss.; Morello, Augusto M., "Cosa juzgada y seguridad jurídica. El caso `Riveros'", JA 2007-III-628).

(16) Palacio, Lino E., "Derecho..." Ver Texto , cit., t. V, párr. 678, ps. 497 y ss.; Kielmanovich, Jorge L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Ver Texto . Comentado y anotado", t. I, 5ª ed. ampliada y actualizada, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, p. 274.

(17) Jones, Harry W., Kernochan, John M. y Murphy, Arthur, "Legal method. Cases and Materials", Ed. The Foundation Press Inc., Mineola - New York, 1980, p. 7 ("toda sentencia definitiva de un tribunal de apelaciones tiene un doble impacto o efecto: i. como decisión oficial de una controversia particular tramitada ante el tribunal, y ii. como precedente o precedente potencial de futuros casos. Una expresión latina denomina cada uno de estos efectos: stare decisis para aludir al impacto que la decisión tendrá como precedente; res iudicata por sus efectos como resolución de esa controversia específica"); Ginsburg, Jane, "Legal methods", The Foundation Press Inc., Westbury, New York, 1996, p. 4, íd.

(18) Tanto en el common law como en la jurisprudencia de la Corte Suprema, hay casos en los que el tribunal que dictó el precedente ya hizo explícita una generalización de los hechos del caso y ésta es lo suficientemente amplia como para abarcar otras situaciones semejantes. En supuestos así, se discute si quien debe resolver un nuevo caso debe sentirse obligado por esa generalización o puede hacer la que él juzgue más apropiada.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

(19) Obsérvese cómo Palacio definía esta excepción: "Cabe hablar de litispendencia cuando existe otro proceso pendiente entre las mismas partes, en virtud de la misma causa y por el mismo objeto, es decir, frente a la coexistencia de dos pretensiones cuyos elementos son idénticos" (el destacado es del original). (Palacio, Lino E., "Derecho..." Ver Texto , cit., t. VI, párr. 744, p. 103).

(20) Art. 347. Excepciones admisibles. Sólo se admitirán como previas las siguientes excepciones: 4) Litispendencia. Como se puede apreciar, aquí, como en la cosa juzgada, la actividad jurígena del Poder Judicial es de una latitud enorme.

(21) "Magín Suárez, Luis", Fallos 310:2845 Ver Texto , 2905, 2906, 1987 (disidencia de los Dres. Petracchi y Bacqué).

(22) Levi, Edward H., "Introducción al razonamiento jurídico", 7ª reimp. 1961, Genaro R. Carrió (trad.), Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1964, p. 9; "An introduction to legal reasoning", The University of Chicago Press, Chicago, London, 1961, p. 1.

(23) Schauer, Frederick, "Precedent", p. 577 ("Por ello debemos abandonar el reino de la identidad absoluta. Una vez que procedemos de tal modo, sin embargo, es claro que la relevancia de un precedente depende de cómo caracterizamos los hechos del primer caso").

(24) A la hora de interpretar y citar precedentes, muchos países europeos enfrentan inconvenientes semejantes. Michele Taruffo comenta que el modo en que los precedentes se usan en los Estados Unidos y en el Reino Unido es infrecuente en los sistemas pertenecientes a la órbita del derecho civil. "Sólo ocasionalmente y en casos muy importantes los precedentes son examinados de manera minuciosa. En su lugar, la práctica prevaleciente en Italia, España, Noruega, Suecia, Alemania, Polonia y en tribunales de la Comunidad Económica Europea parece ser una en la que meramente se cita un precedente o una lista de precedentes como materiales de apoyo, sin considerarlos individualmente ni analíticamente". No es extraño que un precedente sea citado sólo como ejemplo sin desarrollar ningún argumento real basado en ellos. La decisión es presentada como si estuviera implícitamente respaldada por la mera cita de precedentes, a través de fórmulas del tipo de "en el mismo sentido ver... En estos países, la relativa frecuencia con la que se citan precedentes es contrabalanceada de algún modo por el hecho que los precedentes son rápidas citados... Casi nunca se justifica el uso de los precedentes por argumentos ad hoc, y su relevancia y utilidad es tácitamente presumida" (Taruffo, Michele, "Institutional Factors Influencing Precedents", en "Interpreting precedents. A Comparative Study", Ed. Ashgate-Dartmouth, D. Neil MacCormick y Robert S. Summers -eds.-, 1997, Aldershot, Brookfield, Vermont, Dartmouth, cap. 13, ps. 437 y 455).

(25) Cueto Rúa, Julio, "Fuentes...", p. 138.

(26) Íd., p. 140.

(27) Ver el caso "Portugheis Ver Texto " comentado infra, apart. III, d)1.

(28) Aquí debo hacer la salvedad del derecho penal y del tributario. En la enseñanza de ambas asignaturas, ha solido prestarse particular atención a los hechos, lo cual luego tiene su repercusión en la práctica de ellas. Actualmente, en muchas universidades existen cursos, por ejemplo, de derecho constitucional, que están estructurados sobre la base de cómo la Corte Suprema ha interpretado la Constitución Nacional Ver Texto . Ése es el punto de partida de esta asignatura. Lo mismo ocurre, desde ya, con alguna bibliografía sobre derecho constitucional que pone particular énfasis en las decisiones de la Corte y en su análisis crítico. No obstante, si tenemos en cuenta el fuerte contenido político que el derecho constitucional posee y si a ello añadimos esa visión generalizadora y abstracta de las demás materias, fácil es concluir que las sutilezas que pudieron prevalecer en el curso, en muchos casos, serán devoradas por la generalidad y la abstracción de las demás materias y por la retórica y el lenguaje característicamente persuasivo de la política.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

(29) Carrió, Genaro R., "Recurso de amparo y técnica judicial", 2ª ed. aumentada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, fragmentos extraídos de las ps. 174 y 177, y omitidas citas de pie de página dignas de lectura.

(30) Esta comprensión de la sentencia anterior y la explicitación de la regla por el juez que debe resolver una situación alegadamente similar suele complicarse. En efecto, en algunas ocasiones, la sentencia anterior dice explícitamente cuál considera que sería la regla (a veces aluden al principio o doctrina del fallo, otras proceden a copiar textualmente porciones de él) que rige el caso. Pero puede ocurrir que el tribunal que debe resolver un nuevo caso, a la luz de ese precedente, discrepe con la formulación normativa explicitada por el juez anterior y esto, a su vez, abre otras alternativas.

(31) "Art. 116 Ver Texto . Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre..."; como se sabe, este artículo fue tomado casi literalmente del art. III, Constitución norteamericana. Ésta alude a "caso" (case) y no a "causa" (cause). No obstante, en nuestro medio ese distingo no influyó a efectos de otorgarle a esa porción un sentido diferente del asignado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Art. 2, ley 27: Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte.

(32) Existen al menos dos grupos de casos en los cuales un tribunal, si bien actúa teniendo en cuenta ciertos hechos ocurridos en el pasado, interrumpe la cadena regular de un acontecimiento para conjurar la materialización de un daño futuro o la realización de un acto que pueda inferir un daño futuro. Es el caso de la medida precautoria de no innovar (art. 226 Ver Texto , CPCCN) y el de la acción declarativa (art. 322 Ver Texto , mismo Código). En ambos supuestos, un tribunal interviene para evitar que se consume un daño inminente pero que no ha ocurrido aún.

(33) Ver, entre muchos otros, "Empresa Constructora CASA S.A.C.I.F y A v. Banco Hipotecario Nacional", Fallos 307:2031 Ver Texto, 1985 -"(L)a sentencia en juicio civil debe limitarse al juzgamiento de las cuestiones que han sido objeto de litigio entre las partes, pues la circunstancia de reconocer derechos no pedidos ni debatidos en el transcurso del pleito vulnera las garantías de los arts. 17 Ver Texto y 18 Ver Texto , CN"-; "Lococo, Clemente", Fallos 307:2445 Ver Texto, 1985, íd.

(34) Excluyo aquí el análisis de las acciones colectivas o de clase.

(35) Nino, Carlos S., "Introducción al análisis del derecho", 2ª ed. ampliada y revisada, Buenos Aires, 1980, p. 152 (en cuanto a los precedentes, es obvio que en nuestro sistema (de tipo continental europeo) "...ellos no tienen decisiva relevancia. En nuestro país los jueces buscan orientación en la jurisprudencia, pero en general no consideran que los precedentes tengan fuerza imperativa para las futuras decisiones. Por otra parte, la jurisprudencia en nuestro país... no se constituye con una sola decisión, sino que exige una serie concordante de decisiones". Palacio, Lino E., "Derecho procesal civil" Ver Texto , t. I, 2ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, párr. 35, ps. 192-193 ("En su acepción más difundida, jurisprudencia significa la forma concordante en que los órganos judiciales se pronuncian al resolver casos similares. El conjunto de fallos dictados termina por fijar criterios o reglas generales que, como expresión de valoraciones vigentes, son utilizadas por los jueces para justificar el carácter jurídicamente objetivo que deben revestir sus decisiones y configuran, por consiguiente, fuentes del derecho... b)...ella carece del grado de obligatoriedad que reviste la ley". Pérez, Felipe S., "La Constitución Nacional Ver Texto y la Corte Suprema", t. I, cap. II, Ed. Amauta, Buenos Aires, 1962, p. 22 ("La reiteración de pronunciamientos judiciales sobre una cuestión varias veces debatida a causa de diferencias reales o aparentes, en su esencia o en su planteamiento, termina por establecer una jurisprudencia que viene a ser una verdadera fuente creadora de derecho al proporcionar una determinada inteligencia a la Constitución o a la ley, que puede ser tanto de sentido estricto o restrictivo como de una verdadera extensión de su contenido". Llambías, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Parte general" , t. I, 2ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 79, párr. 72 ("La jurisprudencia es la fuente de derecho que resulta de la fuerza de convicción que emana de las decisiones judiciales concordantes sobre un mismo punto". Para este autor la jurisprudencia -definida con la ambigüedad que caracteriza al párrafo precedente- posee valor como fuente material y no formal de expresión del derecho. Íd., p. 80). Cossio, Carlos, "El derecho en el derecho judicial", Ed. Librería El Foro, Buenos Aires, 2002, reimpresión de la misma obra publicada en Buenos Aires, 1959, cap. IV, parág. III,

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

p. 165 ("Esto nos permite a nosotros decir, explicitando la esencia que buscábamos, que hay jurisprudencia en los fallos de contenido concordante, sea esta concordancia actual o potencial; y que la jurisprudencia consiste en tal concordancia, la que a su vez consiste en la apertura al valor orden, primer sentido axiológico de toda norma jurídica"). Pero también ha habido autores que se manifestaron en contra de ver la jurisprudencia de los tribunales como formada "por una o varias decisiones conformes...hasta querer privar a los jueces de su libre facultad de interpretar la ley al aplicarla" (Machado, José O., "Exposición y comentario del Código Civil Ver Texto argentino", t. I, Ed. Científica y Literaria Argentina, Buenos Aires, 1922, p. 50).

(36) La Corte Suprema tiene diversas modalidades en cuanto a la cita de precedentes y su remisión a ellos. A veces remite, sin más, a sus fundamentos; otras, a sus fundamentos y conclusiones. En ciertos casos, reescribe lo dicho en un precedente o transcribe algún considerando. La función que cada una de estas modalidades cumple no siempre es la misma.

(37) "Banco Comercial de Finanzas", Fallos 327:3117 Ver Texto , 2004, JA 2005-III-441.

(38) Íd., p. 3125.

(39) La porción destacada en bastardilla es una síntesis de los consids. 8 y 9 de "Banco Sidesa S.A", Fallos 320:1386 Ver Texto , 1390, 1391, 1997, precedente donde la Corte Suprema ya había declarado la inconstitucionalidad de la norma aquí impugnada.

(40) Se refiere a "Banco Sidesa S.A" La cuestión -como se menciona en este último caso- ya había sido tratada y resuelta en "Banco Los Pinos", del 10/8/1995, precedente que se resolvió por remisión a otros dos (v.gr., "Llaver, Santiago F. y otra", Fallos 310:2200, Ver Texto 1987, y "Manquillán S.A", Fallos 316:562 Ver Texto , 1993. Cuando en "Banco Comercial de Finanzas", la Cámara declaró la inconstitucionalidad de oficio, se había apoyado en "Manquillán S.A".

(41) Fallos 327:3117 Ver Texto , 3122.

(42) Íd., p. 3120.

(43) El voto concurrente del ministro Petracchi sólo trató la cuestión de arbitrariedad.

(44) Fallos 327:3117 Ver Texto , 3124, 3125, 2004.

(45) Bianchi, Alberto B., "Quién ha dicho que el control de oficio está muerto? Ver Texto ", JA 2007-1266.

(46) Bianchi, Alberto B., "Réquiem para el control de oficio", JA 2007-III.

(47) Berardi, Fabiana B., "De la articulación de la cuestión federal en tiempos de control de oficio", JA 2005-III-446 Ver Texto ("La Corte Suprema se pronunció recientemente en la causa `Banco Comercial Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/quiebra' Ver Texto a favor del control de constitucionalidad de oficio de las leyes...dejándose atrás la tesis contraria que desde la causa `Los Lagos' -por 60 años- primó en la jurisprudencia del Máximo Tribunal"); Carnota, Walter, "La fundamentación de la inconstitucionalidad de oficio", LL 2005-A-67 ("Si a la época de esos pronunciamientos -anteriores a `Banco Comercial de Finanzas' Ver Texto - había algún margen de duda, el mismo ha quedado a nuestro criterio totalmente disipado con el dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la sentencia recaída in re `Banco Comercial de Finanzas' Ver Texto Los Lagos, el 19/8/2004... la discusión aparece de arqueología jurídica, en atención a los contundentes argumentos vertidos por la mayoría en esta última decisión, en los consids. 3 y 4"). Otro autor se pronuncia con firmeza con soporte a lo resuelto en un caso anterior (v.gr., "Mill de Pereyra",

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Fallos 324:3219 Ver Texto , 2001, a pesar de que allí no existía mayoría de jueces que se pronunciaran en favor del control de constitucionalidad de oficio. Sostiene: "En cuanto a la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio...(h)oy, la jurisprudencia ha convalidado esa atribución, encontrándose los jueces facultados a ejercerla de oficio sin que ello atente contra el principio de división de poderes, resultando legítimo el control de constitucionalidad en sí mismo y careciendo de sentido sostener que no se produce un avance indebido del Poder Judicial cuando media petición de parte y sí, en cambio, cuando no la hay" (Fernández, Leandro, "Nuevos horizontes en el control de constitucionalidad", LL 2005-C-482, 484-485). Drake, Carlos E. A., "Control oficioso de constitucionalidad", LNBA 2006-1-26, párr. II.C -"(P)uede decirse que el decisorio aludido en este párrafo se le ha dado cabida a través de nuestro Supremo Tribunal, al mecanismo de la inconstitucionalidad de oficio permitiendo a los iudicantes abordar esta cuestión sin reclamo de parte"-.

(48) Berardi, Fabiana B., "De la articulación de la cuestión...", cit.

(49) Carnota, Walter, "La fundamentación...", cit.

(50) Drake, Carlos E., "Control oficioso...", cit.

(51) Según Strawson: "La pérdida del equilibrio conceptual es el resultado de una especie de ceguera selectiva que suprime grandes extensiones del campo de visión intelectual, pero que permite que se destaque una parte del mismo con una claridad muy particular ...Puede ocurrir que momentáneamente nos domine...una sola especie de explicación, o un solo grupo de ejemplos de la aplicación de un concepto cualquiera. Las deformaciones conceptuales que derivan de una obsesión tal son, igualmente, de diversas especies. Puede ocurrir que quien esté bajo esa dominación intente presentar o explicar una cosa distinta en términos de su modelo preferido o recurriendo a analogías con él...Para rectificar esas deformaciones es necesario comprender los verdaderos modos de operación de los conceptos, o de las categorías del discurso, que han sido deformados; es menester, al mismo tiempo, hacer ver las diferencias y las relaciones que existen entre aquellos modos de operación y los de los conceptos o categorías modelos. Al proceder así se hará ver también, en la medida en que ello es posible, cuáles son las fuentes del poder de obsesión y de enceguecimiento que ejercen los casos modelos". (La traducción es de Genaro R. Carrió. Ver "Notas sobre derecho y lenguaje", 3ª ed. aumentada, Ed. Abeledo-Perrot, 1985, ps. 185-186, tomada de Strawson, Peter F., "Analise, Science et Metaphysique", en "La philosophie analytique", Les Éditions de Minuit, Paris, 1962, ps. 105 y 113.

(52) Grosman, Lucas S., "El maximalismo en las decisiones de la Corte Suprema. El caso `Arriola' Ver Texto ", LL Supl. Extraordinario Constitucional, agosto de 2010, ps. 53 y 56.

(53) Cueto Rúa, Julio, "Las fuentes...", p. 131.

(54) Levi, Edward H., "Introducción al razonamiento jurídico", 7ª reimp. de 1961, Genaro R. Carrió (trad.), Ed. Eudeba, 1964, Buenos Aires, p. 11; "An introduction to legal reasoning", The University of Chicago Press, Chicago - London, 1961, p. 3.

(55) Arts. 14 Ver Texto , CCiv.; y 4, Protocolo Adicional del Tratado de Montevideo de 1940 Ver Texto .

(56) "Jorge V. Solá", Fallos 319:2779 Ver Texto , 1996.

(57) Íd., p. 2781. Antiguamente, este tipo de casos no llegaban a la Corte, por más que estuviera en juego la interpretación de un tratado. En efecto, en principio, esa circunstancia pareciera justificar la competencia del tribunal a la luz de lo dispuesto en el art. 116 Ver Texto , CN, y en el inc. 3, del art. 14 Ver Texto , ley 48. Sin embargo, se entendía que como la materia sobre la que versaba ese instrumento internacional involucraba la interpretación y la aplicación del Código Civil Ver Texto , ello inhibía su competencia (art. 15 Ver Texto , ley 48). A partir del caso "Méndez Valles v. A. M. Pescio S.C.A", Fallos 318:2639 Ver Texto , 1995, la Corte, por mayoría, revaloró aquella línea jurisprudencial y la abandonó explícitamente. Vale la pena destacar esta

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

modalidad del tribunal pues, en realidad, su casuística ya había sido alterada unos años antes en los casos "Juan Lastra v. Obispado de Venado Tuerto", Fallos 314:1324 Ver Texto , 1991, y "Kaufman, Julio v. Sociedad General de Autores", Fallos 315:1848 Ver Texto , 1992.

(58) Íd., p. 2782.

(59) "Zejean, Juan Bautista v. Sacks de Sejean, Ana María" Ver Texto , 1986.

(60) Íd.

(61) "Ulloa, Alberto" Ver Texto , Fallos 330:1572, 2007.

(62) Las razones que han generado el exceso de tareas de la Corte Suprema son diversas y complejas. Me he ocupado de esbozarlas en "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria. Propuesta para un manejo más ágil", Supl. Extraordinario Constitucional 75 Aniversario, Ed. La Ley, agosto de 2010, p. 27, parág. 4.3.

(63) "Boo, Héctor J." Ver Texto , Fallos 333:1759, 2010.

(64) "Boo, Héctor J." Ver Texto , Fallos 333:1759, 2010.

(65) Según relata el procurador general, Portugheis "manifestó que fue activista político estudiantil en la década de 1960, motivo por el cual fue detenida y puesta a disposición del Poder Ejecutivo nacional por dec. 2179 Ver Texto del 7/9/1971 y que recuperó su libertad con la asunción del gobierno constitucional en mayo de 1973. Refirió que, al igual que otros presos políticos que recuperaron su libertad en la indicada fecha, sufrió persecuciones por parte de fuerzas de seguridad y de grupos parapoliciales que la obligaron a salir del país como única alternativa para salvar su vida. Relató que luego de ser liberada en 1973, constituyó un nuevo hogar con Ricardo J. Yacomini -que también había estado detenido a disposición del Poder Ejecutivo nacional y puesto en libertad juntamente con ella-, quien, por esta circunstancia, fue dejado cesante en una empresa del Estado en 1974. En marzo de 1975, expresó, fue secuestrado y asesinado en la ciudad de Mar del Plata su primer marido y padre de su hijo -Bernardo A. Goldemberg-, episodio que declaraciones testimoniales vertidas "en el juicio de la verdad" atribuyen a la actividad política desplegada por la actora. Dijo que "sabiéndose buscados y habiendo tomado conocimiento cómo día a día eran asesinados o desaparecían quienes habían compartido con ellos las cárceles de la anterior dictadura, ella y su compañero en una primera etapa, mudan en forma constante de domicilio con el afán de poder quedarse en suelo patrio. `Algunas de las viviendas que dejó y casas de familiares y amigos fueron allanadas, rotas y/o saqueadas en procedimientos efectuados en su búsqueda. La inutilidad de cambiar de domicilio para salvar sus vidas resultaba a todas luces evidente pues como había ocurrido con quienes compartieron su cautiverio, el destino indefectible, era la muerte'. En agosto de 1978, explicó, huyó al Brasil desde donde, luego de presentarse ante el Alto Comisionado, fue reasentada en Holanda... A fs. 105, la C. Nac. Cont. Adm. Fed. (sala 5ª) hizo lugar a la pretensión de la recurrente y ordenó que el expediente vuelva al Ministerio de Justicia para que, por quien corresponda, se dicte una nueva resolución reconociendo a la actora la indemnización prevista por la ley 24043 Ver Texto , `por los períodos que acredite haber estado exiliada del país'. Para así resolver expresó que en numerosos precedentes, había entendido esa sala que en supuestos como el de autos, en los que el actor no sufrió privación de su libertad sino que durante un período extenso debió vivir fuera del país, no correspondía otorgar la indemnización, prevista en la ley 24043 Ver Texto y sus complementarias. Sin embargo, aseveró, la Corte Suprema ha declarado ante supuestos similares al que se analiza -caso `Yofre de Vaca Narvaja' Ver Texto - que correspondía otorgar la indemnización 'porque tanto la intención del legislador como la ratio del texto legal indica que situaciones como las aquí examinadas quedan aprehendidas en la ley, más allá de las imprecisiones de su texto. `Porque detención, no sólo en esa ley, sino también para el sentido común, significa distintas formas de menoscabo a la libertad ambulatoria'. Porque, además, el tribunal ha considerado que a los fines de la ley, la detención es equiparable al ostracismo, en tanto debe computarse el lapso transcurrido en el exilio por personas perseguidas ilegalmente'. Estimó el tribunal, entonces, dejando a salvo su opinión en contrario, que razones de economía procesal aconsejaban adoptar el criterio seguido por VE y hacer lugar a lo pretendido en la medida que se encuentra acreditado que debió exiliarse".

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

(66) En "Vaca Narvaja" Ver Texto , la Corte se remitió in totum al dictamen del procurador general. En éste, los hechos no son relatados pormenorizadamente. No obstante, de algunos pasajes pueden extraerse sus rasgos genéricos. Así, puesto a responder si el caso quedaba amparado por la ley 24043 Ver Texto , sostuvo este magistrado: "(C)onviene recordar que la ley 24043 Ver Texto , que contempla la situación de las personas que `durante la vigencia del estado de sitio hubieran sido puestas a disposición del Poder Ejecutivo nacional, por decisión de éste, o que siendo civiles hubiesen sufrido detención en virtud de actos emanados de autoridades militares (art. 11) Ver Texto , tiene una finalidad reparadora de situaciones injustas, propias de la concepción absolutista y excluyente de todo disenso que imperó en esa etapa no lejana de la historia nacional, donde la persecución se extendió no sólo a la persona que se alzaba contra el régimen, sino a su familia, a sus bienes y hasta a su memoria. En mi concepto, se impone una respuesta afirmativa a dicho interrogante por la vocación reparadora que traducen las leyes bajo análisis, en tanto las condiciones en las que la actora tuvo que permanecer y luego abandonar el país -sobre las que no existen controversias- demuestran que su decisión de ampararse, primero, bajo la bandera de una nación amiga, y emigrar después, lejos de ser considerada como `voluntaria' o libremente adoptada, fue la única y desesperada alternativa que tuvo para salvar su vida ante la amenaza del propio Estado o de organizaciones paralelas o, cuanto menos, de recuperar su libertad pues, como desarrollo a continuación, considero que al momento de su decisión de extrañarse, ya sufría la mengua de tal derecho básico...Por ello, pienso que la sentencia apelada no se ajusta al amplio espíritu que guió al Congreso nacional al dictar la ley que, según se viene analizando, buscó hacer efectivo el compromiso internacional asumido por la república y reparar sin restricciones extrañas a su propósito, las graves violaciones a la dignidad del ser humano que se cometieron en aquellos años de nuestra historia reciente. Pensar, por otra parte, que el sub lite queda fuera del ámbito de aplicación de la ley 24043 Ver Texto significa menospreciar la voluntad política de la nación que surge nítidamente de los debates parlamentarios transcriptos, en tanto de ahí se deduce que el cuerpo legislativo, por encima de las precisiones terminológicas, procuró y puso su mayor dedicación en lograr un resarcimiento omnicomprensivo de quienes habían sufrido esa penosa situación".

(67) "Portugheis, Elsa R. v. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos" Ver Texto , Fallos 331:2104, 2008.

(68) "Arriola y otros, Sebastián" Ver Texto , Fallos 332:1963, 2009. Grosman criticó, precisamente, el estilo en el que están redactados la mayoría de los votos y, en particular, la generalidad con que se expresan, trazando paralelismos entre el "minimalismo" y el "maximalismo" desarrollados por la doctrina norteamericana. Grosman, Lucas S., "El maximalismo en las decisiones de la Corte Suprema. El caso `Arriola' Ver Texto ", Ed. La Ley, Supl. Extraordinario Constitucional, agosto de 2010, p. 53.

(69) "Montalvo, Ernesto A.", Fallos 313:1333 [J 04_313v2t115], 1990. He criticado este fallo, entre otras razones, por carecer de un relato pormenorizado de los hechos y por sus copiosas referencias retóricas. Garay, Alberto F., "La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme a sus propios precedentes. Aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso `Montalvo' [J 04_313v2t115]", JA 1991-II-870.

(70) "Horta v. Harguindegui", Fallos 137:47 Ver Texto , 1922. Firman el fallo los ministros Palacio, Figueroa Alcorta y Méndez. Bermejo votó en disidencia.

(71) "Ercolano v. Lanteri de Renshaw" Ver Texto , Fallos 136:161, 1922. Los firmantes de la sentencia fueron los mismos que los del caso anterior. Bermejo también votó en disidencia.

(72) Íd., p. 60.

(73) Íd., p. 62.

(74) El caso "Tcach, Carlos R. v. Ibarreche, Néstor A." Ver Texto , Fallos 330:1218, 2007, trataba de la ejecución judicial de un pagaré emitido en dólares estadounidenses. La Cámara de Apelaciones en lo Comercial consideró que lo relacionado a la moneda en la que se había comprometido el deudor debía resolverse por

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

aplicación de la legislación de emergencia (v.gr., ley 25561 Ver Texto y dec. 214/2002 Ver Texto) y remitió a lo resuelto sobre el particular en el que consideró un precedente análogo. Sin embargo, la analogía postulada erraba en la no consideración de un hecho crucial. En efecto, la normativa de emergencia se aplicaba a las relaciones jurídicas concluidas con anterioridad al 6/1/2002 y la fecha de emisión que figuraba en el pagaré era el 14/2/2003, es decir, en un período que no estaba alcanzado por la ley y el decreto invocados. La Corte, por remisión a lo dictaminado por el procurador general, revocó el pronunciamiento.

(75) "Agosti, Orlando R." Ver Texto, Fallos 306 (I):892, 1984.

(76) Los arts. 14 Ver Texto , ley 48, y 6 Ver Texto , ley 4055, habilitan la interposición del recurso extraordinario respecto de las sentencias definitivas dictadas por los superiores tribunales de provincia, en el primer caso, y por las Cámaras federales, en el segundo.

(77) Ver, entre muchos otros, "Tagle, Ernesto J. v. Hanomag Argentina S.A", Fallos 257:301 Ver Texto , 1963; "Luján, Alberto v. Asociación de Cooperativas Agrarias", Fallos 267:363 Ver Texto , 1967; "García, Antonio y otros", Fallos 305:1701 Ver Texto , 1983; "Duhalde, Mario A. v. Organización Panamericana de la Salud - Organización Mundial de la Salud - Oficina Sanitaria Panamericana", Fallos 322:1905 Ver Texto , 1999; "Fisco Nacional - Dirección General Impositiva v. Transportes 9 de Julio S.A", Fallos 331:47, 2008.

(78) Íd., p. 895. La Corte, por su parte, sostuvo: "4) Que en punto a los precedentes jurisprudenciales de esta Corte que el apelante cita y considera análogos al sub lite, en los cuales se abrió el recurso al equiparar a sentencias definitivas aquellas otras cuya índole y efectos podían llegar a afectar el derecho federal invocado, es dable señalar, como lo hace el procurador general en su dictamen con fundamentos que este tribunal comparte, que en los mentados supuestos la naturaleza de las cuestiones que se plantearon motivó la intervención del tribunal destinada a evitar perjuicios graves y concretos, ya sea al procesado como a la administración de justicia. En el caso, por el contrario, el planteo no excede el marco estrictamente procesal al limitarse a la discusión sobre el procedimiento a seguir, lo que carece de entidad como para considerar que se halle en juego un interés institucional (`Lombardo, Juan J.' Ver Texto , consid. 8, in fine, ya citada)". En la causa "Lombardo" (Fallos 306:224 Ver Texto , 237), el tribunal había sostenido que "respecto de la decisión de aplicar a las actuaciones el procedimiento del juicio sumario en tiempo de paz, cabe recordar que las resoluciones que fijan el trámite que correspondiese imprimir a las causas no constituyen sentencias definitivas en los términos del art. 14 Ver Texto , ley 48 (Fallos 302:189 Ver Texto y sus citas)". En sentido análogo puede consultarse, entre muchos otros, "Sánchez Fernández, José v. Provincia de San Juan", Fallos 178:443 Ver Texto , 451, 1937. Este tipo de análisis y las discrepancias acerca del alcance de los precedentes también puede ser hallada en los votos en disidencia. Cuando éstas existen, es frecuente que el disidente cuestione la interpretación que de los precedentes efectúa la mayoría. Ver, por ejemplo, "Magín Suárez, Luis", Fallos 310:2845 Ver Texto , 1987, disidencia de Petracchi y Bacqué (consid. 12); "Compañía Azucarera Tucumana S.A v. Nación Argentina", Fallos 312:1725 Ver Texto , 1801, 1989, disidencia de Belluscio (consid. 15); "Moreira Albareda, Miguel Á.", Fallos 322:2060 Ver Texto , 2066, 1999, disidencia de Boggiano (consid. 2).

(79) Dice dicho artículo: "Cualquier falsa declaración, acto u omisión que tenga por mira defraudar los impuestos internos será penada con una multa de diez tantos de la suma que se ha pretendido defraudar, pudiendo además aplicarse por los tribunales la pena de arresto al autor por un término que no baje de 3 meses ni exceda de un año, en caso de grave defraudación, de reincidencia general o concurso de infracciones" (el énfasis me pertenece).

(80) "Albion House v. Impuestos internos", Fallos 187:662 Ver Texto , 665, 1940. El caso "Buzaglo y Cía.", aludido en el párrafo transcripto, no parece estar publicado. La Corte no cita el volumen en el que se hallaría y pese a que intenté hallarlo, la investigación fue infructuosa.

(81) "Goldstein Hnos. v. Impuestos internos", Fallos 189:193 Ver Texto , 195, 1941.

(82) Fallos 172:21 Ver Texto , 68. Ver también, sobre el mismo tema de la contradicción de reglas o principios jurisprudenciales, "Transportes Vidal S.A v. Provincia de Mendoza", Fallos 306:516 Ver Texto , 519, 523, 1984;

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Garay, Alberto F., "La igualdad ante la ley", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, ps. 60-63 (en cuanto a la contradicción de reglas jurisprudenciales en punto a la garantía de la igualdad ante la ley y las resoluciones administrativas contradictorias).

(83) Cardozo, Benjamin N., "The nature of the judicial process", Yale University Press, New Haven, 1923, p. 29, cit. por Llewellyn, Karl N., "The case law system in America", translated from the German by Michael Ansaldi, The University of Chicago Press, Chicago, London, 1989, p. 16; "La naturaleza de la función judicial", Ponssa, Eduardo (trad.), Ed. Arayú, Buenos Aires, 1955, p. 17, con prefacio de Carlos Cossio.

Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters. Todos los derechos reservados

Anexo 06

Título: ¿Exigencias mayores para apartarse de la jurisprudencia de la Corte Suprema?
Autor: Garay, Alberto F.
Publicado en: SJA 04/11/2020, 04/11/2020, 25 -
Cita Online: AR/DOC/3133/2020

Sumario: I. Introducción.— II. Qué se dijo en "Viñas" sobre la obligatoriedad del precedente.— III. Aproximación mayor a la sentencia dictada en "Artear".— IV. El alcance de la doctrina de "Artear" no cubre el caso de los jueces que se apartan del precedente de la Corte.

I. Introducción

En un breve pronunciamiento, la Corte decidió el caso "Viñas" (1) por remisión a lo resuelto en el precedente "Di Maio" (2).

A lo largo de 3 considerandos, el Tribunal insiste en lo que en los últimos años se ha encargado de repetir de manera consistente. Esto es, que la decisión que ella adopta en un caso debe ser reiterada en los supuestos análogos subsiguientes. Esta manda, tiene dos caras. Por un lado, funciona en sentido horizontal, es decir, que ella misma está obligada a respetar lo resuelto anteriormente en un caso análogo y, por otro, en sentido vertical, donde esa obligatoriedad se dirige a los demás tribunales. En el presente, la Corte puso énfasis en ambos sentidos de esa obligatoriedad. Veamos.

II. Qué se dijo en "Viñas" sobre la obligatoriedad del precedente

La Corte comenzó por afirmar la obligatoriedad de sus precedentes, tanto para ella misma cuanto para los tribunales inferiores. Dijo:

"Que con arreglo a lo establecido por este Tribunal en un pronunciamiento reciente, no obstante que sus decisiones se circunscriben a los procesos concretos que son sometidos a su conocimiento, la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición del Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores; y cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes (CS, Fallos: 339:1077 y sus citas)".

Este párrafo, remite textualmente a lo dicho en "Cepis" (3) donde, aunque no se lo mencione expresamente, se reitera lo expresado por la Corte Suprema en una causa de su competencia originaria en el año 1939 (4). En efecto, la idea que allí se expresa y que luego se repitió en otros casos, acerca de que las conclusiones de una sentencia precedente deben ser consideradas y seguidas por todos los tribunales en tanto no haya claro error o inconveniencia, fue tomada de los autores norteamericanos Willouhgby y Cooley; este último, a su vez, se remitió a una obra de Kent (5). Acto seguido, la Corte agregó:

"[L]as cuestiones ventiladas en el sub lite son sustancialmente análogas a las consideradas y decididas por esta Corte en el pronunciamiento dictado en la causa 'De Maio' (CS, Fallos: 337:1006), de cuya doctrina la alzada se apartó sin haber satisfecho la carga argumentativa calificada de demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable (CS, Fallos: 337:47, 'Arte Radiotelevisivo Argentino SA').

"Que, en las condiciones expresadas, corresponde estar a lo decidido por el Tribunal en el mencionado precedente de CS, Fallos: 337:1006, a cuyos fundamentos y conclusión se reenvía por razones de brevedad".

La porción referida a la "carga argumentativa calificada", que se deposita en cabeza del tribunal a quo, fue expresada en esos términos, creo que, por primera vez, en "Arte Radiotelevisivo Argentino" —citado expresamente en el texto de la sentencia— pero, sin duda, si nos abstraemos de los hechos de los casos, estamos, en apariencia, ante una simple reformulación y agravamiento del principio sentado en "Cerámica San Lorenzo" (6). Veremos más adelante que esto no es así.

II.1. Análisis del fallo. Nula descripción del caso sometido a decisión

Como se puede observar en las transcripciones realizadas más arriba, la Corte omite describir cuáles fueron los hechos y los antecedentes procesales del caso "Viñas". Simplemente afirmó que las cuestiones ventiladas son análogas a las consideradas y decididas en "De Maio", por lo que "corresponde estar a lo decidido por el Tribunal en el mencionado precedente... a cuyos fundamentos y conclusiones se reenvía por razones de brevedad".

Este modo de obrar es claramente incompleto e insuficiente. En realidad, no estamos ante un estilo o una

modalidad novedosa, pues ella no es sino reiteración de lo hecho por el Alto Tribunal en muchísimas sentencias anteriores. No obstante, el art. 163 del Cód. Proc. Civ. y Com. dispone expresamente que la sentencia debe contener los hechos y antecedentes del caso. El art. 164 del Cód. Proc. Civ. y Com., referido a la sentencia de los tribunales de apelación, establece que rigen los requisitos expresados en el artículo anterior. Alguien podría argumentar que esa exigencia no aplica en el caso de la Corte. En realidad, no veo qué valor digno de hacer excepción se preferiría en ese supuesto.

No obstante, aun asumiendo que esa excepción tuviera alguna plausibilidad —con lo que, como dije, no coincido—, es evidente que si la Corte pretende que sus decisiones tengan fuerza vinculante, esa vinculación pierde su fuerza a poco que advertimos que con la fórmula empleada (v.gr., las "cuestiones ventiladas en el sub lite son sustancialmente análogas a las consideradas y decididas por esta Corte en el pronunciamiento dictado en la causa...") no se pueden conocer cuáles son los hechos y el contexto procesal del caso. Quizá podamos conocer los del caso al que remite —como, de hecho, ocurre en este reenvío— pero nada más. En consecuencia, aquellos jueces que no estén de acuerdo con el principio explicitable de la sentencia, podrán sortearla con enorme facilidad. Lo mismo regirá para las partes del pleito que se vean perjudicadas por aquel. Pues les bastará con afirmar que desconocen las circunstancias que rodearon al caso "Viñas" y, en tanto puedan distinguir lealmente su caso de "De Maio", la tarea de sortear un precedente cuya doctrina parecería aplicable estará concluida.

Además, y tomando prestadas nociones de la doctrina de las sentencias arbitrarias, es evidente también que la sola afirmación que el caso es "sustancialmente análogo", como expresó el Alto Tribunal, no satisface el debido proceso. Es una clara afirmación dogmática que carece de respaldo en la sentencia en la que se la expresa.

II.2. Cita (¿errónea o consciente?) del caso "Arte Radiotelevisivo Argentino"

El precedente aludido en el acápite, en adelante "Artear", estaba vinculado a la libertad de prensa y de expresión (v.gr., distribución discriminatoria de la pauta oficial). Por lo tanto, la materia en discusión no tenía semejanza con la de Viñas". En aquel caso, el tribunal superior, con invocación expresa de dos precedentes de la Corte, había hecho lugar al reclamo de "Artear". Es decir, que, en este aspecto, tampoco había semejanza entre ese caso y "Viñas", desde que contrariamente, en este último el tribunal a quo se había apartado de la jurisprudencia del Tribunal. Entonces ¿por qué lo citaron?

Lamentablemente, la Corte no explicó qué la llevó a tal temperamento. Veamos, entonces, qué dijo.

En "Viñas", el Tribunal reprochó al a quo el haberse apartado de lo resuelto en "De Maio". En mi opinión, hasta ahí pareciera que el precedente aplicable era "Cerámicas San Lorenzo" (7) . Pues la jurisprudencia establecida en este último y mantenida hasta nuestros días con algunos ajustes o precisiones en cuanto a su alcance y fundamento (8), dice que "los jueces inferiores [y los tribunales superiores de Provincia] (9) tienen el deber de conformar sus decisiones a las de [la Corte Suprema]" y 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..." (10).

"Cerámica San Lorenzo", inauguró lo que Legarre y Rivera (h.) denominaron la obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte (11). Esa atenuación viene dada porque se admite que los jueces se aparten de lo resuelto en un precedente de la Corte Suprema si, a juicio de esos magistrados de rango inferior, existen nuevos argumentos que justifiquen tal apartamiento. Este principio jurisprudencial, que no comparto (12), ha merecido una reiteración sostenida en el tiempo.

Pues bien, en vez de acudir al fallo recién transcripto parcialmente, la Corte tomó otro rumbo y acudió a un párrafo del caso "Artear", donde se dijo que "la alzada se apartó sin haber satisfecho la carga argumentativa calificada de demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable" (CS, Fallos: 337:47, "Arte Radiotelevisivo Argentino SA").

La relectura de los párrafos destacados de "Cerámica San Lorenzo" y "Artear" pone en evidencia que, si se compara lo dicho en uno y otro, este último estaría imponiendo en cabeza de los jueces una exigencia mucho mayor que la tolerada en el primero. Pues ahora se exigiría que las razones del cambio demuestren de forma "nítida, inequívoca y concluyente" que él debe realizarse. Ahora sería más difícil hablar de una obligación "atenuada". Veamos, entonces, el caso "Artear" más de cerca, para constatar si ello fue así.

III. Aproximación mayor a la sentencia dictada en "Artear" (13)

Cuando se habla de precedentes nunca es ocioso insistir en la importancia de los hechos, de los antecedentes procesales del caso y de las razones en las que se apoya la decisión. De ello me ocuparé en lo que sigue.

En el consid. 6º de "Artear", la Corte Suprema recordó que en dos precedentes recientes ella ya había tenido oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión allí debatida (distribución discriminatoria de la pauta oficial). Además, consideró necesario reiterar algunos principios relacionados con la obligatoriedad (horizontal y vertical) de sus precedentes, cuando se trata de juzgar situaciones (hechos y circunstancias) análogas a las analizadas en ellos, repitiendo lo que viene sosteniendo acerca de la autoridad institucional de sus decisiones, e insistiendo con los dichos de Cooley y Willouhgby a que hice mención anteriormente. En sus palabras:

"6º) Que... esta Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de las cuestiones de índole constitucional debatidas en el sub lite en las causas 'Editorial Río Negro SA'... y 'Editorial Perfil'...".

"La autoridad institucional de dichos precedentes fundada en la condición de este Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta Corte como por los tribunales inferiores... [transcripciones de Cooley y Willouhgby]".

Hasta aquí no había mayor novedad, aunque, la aclaración no huelga. La Corte está recordando que ella está obligada a respetar su propia jurisprudencia, así como también lo están los demás tribunales del país. No obstante, el Alto Tribunal —con dudosa técnica— dio un paso más y sostuvo:

"7º) Que esa autoridad doctrinal se extiende a todas las partes de un caso judicial que intentaren promover la apertura de la jurisdicción revisora, federal y extraordinaria que contempla el art. 14 de la ley 48. De modo que cuando la interpretación llevada a cabo en la sentencia dictada por el superior tribunal de la causa sea ajustada a precedentes de esta Corte —que, como en estas actuaciones, además, son expresamente invocados y reproducidos en el pronunciamiento de la cámara—, quien pretenda del Tribunal un nuevo examen sobre la cuestión constitucional de que se trata deberá exponer con la mayor rigurosidad los fundamentos críticos que sostienen su postura, y demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable.

"Esa carga argumentativa calificada, que en el sub lite se ahonda por tratarse la recurrente de la misma parte cuyos planteos fueron desestimados en la citada causa 'Editorial Perfil SA', ha sido manifiestamente incumplida por el Estado Nacional, circunstancia que exime al Tribunal de toda otra consideración respecto del examen de la procedencia de los agravios planteados para confirmar la sentencia apelada".

Como surge de lo expuesto, la Corte da un paso más y exige a las partes que consideren y analicen seriamente los precedentes en oportunidad de recurrir ante ella por la vía del art. 14 de la ley 48 imponiéndoles, cuando lo que se postula es que la Corte se aparte de los principios establecidos en los precedentes aplicables, lo que denomina una carga argumentativa calificada.

En realidad —y más allá de que el Estado Nacional, considerado individualmente, es el litigante que lleva más casos a resolución de la Corte Suprema— no habría que limitar la exigencia de esta argumentación calificada al Estado solamente. Creo que, si lo que importa, si la política del fallo es fortalecer la noción de no menear lo que ya ha sido resuelto en un caso anterior, no tiene mayor importancia quiénes son las partes sino la semejanza de los casos. Las causas substancialmente semejantes deben ser tratadas del mismo modo. Por la misma razón, tampoco tendría importancia si la vía de acceso es por recurso extraordinario, ordinario o por su competencia originaria.

De regreso sobre la carga argumentativa calificada de que habló el Tribunal, ella tiene dos aristas bien marcadas. Por un lado, se exige una crítica profunda, analítica e idónea de la jurisprudencia vigente. Por el otro, se demanda que de esa exposición surja "en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable".

Como se puede apreciar, la Corte ha elegido un lenguaje severo para imponer exigencias severas. En un sentido es como si estuviera diciendo: ¡Basta de sobrecargar la tarea del Tribunal con cuestiones que ya han sido resueltas! Mucho más, podríamos añadir, si lo han sido recientemente. La mayoría del tribunal destaca expresamente este rigor "se ahonda", nos dice. Como a renglón seguido el Alto Tribunal desbroza un abanico de razones, creo que dos de las expresadas son las menos controvertibles y más convincentes.

No obstante, en el presente caso la Corte no se enfrentaba a una sentencia que había ignorado su jurisprudencia. Estaba frente a un recurso del Estado Nacional que poseía una fundamentación "manifiestamente insuficiente", como dice la mayoría del Tribunal, o que ni siquiera contenía "una crítica concreta y razonada de la sentencia apelada", según Petracchi y Argibay (consid. 4º). Era el Estado quien había sido condenado en uno de los precedentes invocados (v.gr., "Editorial Perfil") y ese precedente sirvió de soporte a la sentencia de la Cámara de Apelaciones contra la cual se dedujo recurso extraordinario. Ante esa situación es que la Corte expresó que ese asiduo litigante debía extremar sus esfuerzos para demostrar "en forma nítida, inequívoca y

concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable".

A fuer de sincero, considero inadmisible que se presente un recurso con semejantes deficiencias, pero mi rechazo no se basa en la obligatoriedad de los precedentes sino en la impericia técnica para fundamentar un recurso extraordinario puesta en evidencia, como dijeron Petracchi y Argibay, en la ausencia de crítica razonada y concreta de la sentencia apelada. En realidad, el tema de si los precedentes de la Corte tienen efecto vinculante respecto de las partes como lo debería tener respecto de los jueces inferiores y provinciales, es un punto que evidentemente no estaba entre las cuestiones a decidir.

Sin duda, si iba a ingresar en este tema, la Corte podría haber enriquecido su fundamentación respecto de la obligatoriedad (en el caso, horizontal) del precedente constitucional y las dificultades inherentes a su cambio añadiendo razones específicas. P. ej., el Tribunal podría haber aclarado que la obligatoriedad que ella reclamaba, en realidad, no lo es de la sentencia precedente sino de la regla general, principio o doctrina explicitable de ella. Esta es la clave cuando de precedentes vinculantes se habla y lo "obligatorio", lo que debe reiterarse en oportunidad de resolver un caso análogo, es esa regla y no la sentencia anterior en su integridad.

Además, tratándose de decisiones en las que se interpretan cláusulas constitucionales, es evidente que no puede estar alterándoselas permanentemente. La Corte, con esa docencia que históricamente ha caracterizado a muchas de sus sentencias, pudo haber elaborado sabiamente sobre este punto. También pudo haber explicado el costo operativo enorme que para el Tribunal implica tener que estar procesando anualmente decenas o centenas de recursos fundados negligentemente o de manera redundante cuya regla de decisión, para colmo, ya ha sido establecida en precedentes análogos. Todo ello tiene relevancia en el caso y obstaculiza, entorpece y demora la función judicial.

III.1. Las demás razones expuestas en "Artear"

Pero, por otro lado, una de las preguntas que esta argumentación calificada suscita es la siguiente: ¿Cuál es el soporte normativo de esa obligación de las partes? ¿En qué medida o con qué extensión el Gobierno Nacional o Provincial está obligado a no litigar una cuestión constitucional (o federal) resuelta en un precedente de la Corte Suprema Nacional en el que él ha sido parte cuando, con posteridad a su establecimiento, la Autoridad se enfrenta a un caso substancialmente análogo o semejante a aquel? Responder a esta pregunta excede el marco de este comentario. Pero permítaseme al menos presentar algunos argumentos a explorar.

La mayoría de la Corte Suprema ofreció una respuesta puntual controvertible. No es que no coincida con los principios que se defienden, sino que es muy opinable su pertinencia en este caso. La Corte consideró que la conducta estatal encaminada a no aplicar los criterios sentados en "Editorial Perfil" "constituye una clara violación a principios constitucionales" (consid. 8º, in fine). Las razones que ofreció en soporte de esta conclusión, fueron las siguientes.

En primer lugar, sostuvo (consid. 9º), genéricamente, que "el incumplimiento de una sentencia judicial constituye un desconocimiento de la división de poderes... De conformidad con el mandato contenido en los arts. 108, 109, 116 y 117 de la CN, no hay duda acerca de que las sentencias emanadas del Poder Judicial son, en las condiciones que prevé el ordenamiento procesal, de cumplimiento obligatorio e inmediato".

Esta afirmación, en general, parece incontrovertible y bien lo sabe la Corte Suprema por propia experiencia. Recuérdese el caso del exprocurador General de la Provincia de Santa Cruz, quien, a la fecha, a pesar de lo resuelto por el Tribunal, aún no ha sido repuesto en su cargo ("Eduardo Emilio Sosa", CS, Fallos: 333:1771; 332:2502; 332:2425; 325:2723; 324:3322).

Pero en el presente caso no estamos ante el incumplimiento del Estado Nacional de la sentencia dictada en la causa "Editorial Perfil". Si así fuera, estaríamos reclamando la vigencia del principio de la cosa juzgada y la desobediencia a un mandato judicial concreto.

El caso "Artear" es otro juicio, trabado entre un medio de comunicación audiovisual distinto de la Editorial Perfil, y el Estado Nacional donde, se sostiene, sus hechos relevantes son semejantes y las cuestiones discutidas son las mismas. Idéntica observación cabe hacer a lo dicho en el primer párrafo de los consids. 10 y 11. Detengámonos un instante en sus palabras:

"10) Que poco sentido cabría otorgarle a la garantía del debido proceso que consagra el art. 18 de la CN si el Estado no asegura la prestación de un servicio de justicia que contenga mecanismos efectivos para hacer cumplir las decisiones que pongan fin a los conflictos con el Estado.

"Si no existe la plena seguridad ciudadana de que la protección de la justicia es más que una declamación retórica de los jueces sin capacidad de ser respetada y cumplida por las autoridades que detentan el control de la fuerza pública, resulta artificial invocar la obligatoriedad de las reglas constitucionales que limitan el poder o esperar del gobierno la protección de los derechos fundamentales que consagra nuestra Constitución.

"11) Que es condición necesaria para afirmar la supremacía de su texto que se asegure la efectividad de las resoluciones de los jueces. No se trata, entonces, de invadir el ámbito de actuación de otros poderes, sino de dar solución a la problemática que se plantea en el caso, con la convicción republicana de que cuando la Constitución Nacional reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no meramente ilusorios".

En realidad, todo lo dicho por la mayoría del Tribunal en cuanto al cumplimiento de las sentencias, si bien acertado, no parece stricto sensu aplicable a ese caso. Pareciera más bien que estuviéramos ante un claro obiter dictum. Pues en los considerandos recién transcriptos no se ataca el problema que se pretende resolver: lo expresado aquí no es puesto en crisis por el recurso extraordinario del Estado en "Artear". El Gobierno bien podría sostener que está totalmente de acuerdo con lo expresado por el Alto Tribunal y, no obstante, defender su apelación con el argumento que este es otro caso, donde la actora es otra persona, en el que la Corte aún no se ha pronunciado. Y es este tipo de argumentación que queda sin refutación concreta.

IV. El alcance de la doctrina de "Artear" no cubre el caso de los jueces que se apartan del precedente de la Corte

Volvamos ahora a un punto central. Es evidente que todo lo dicho por la Corte Suprema en "Artear" a partir del consid. 7º se refiere a las partes del juicio, más específicamente, a cuando el recurrente es el Estado Nacional, su principal consumidor individual. Si se coincide con lo anterior, pienso que no puede trasladarse, sin más, automáticamente, lo sostenido respecto del Estado Nacional como litigante cuando apela con base en un derecho que va contra la jurisprudencia vigente (v.gr., la "carga argumentativa calificada") a cuando los tribunales inferiores y los provinciales se apartan de la regla que emana de un precedente de la Corte Suprema, que rige la cuestión. A mi modo de ver, "Artear" y "Viñas" no pueden tratarse como si fueran estrictamente análogos por las siguientes razones:

(i) La "obligación atenuada" ("Cerámica San Lorenzo" y su progenie), está referida a los jueces inferiores y a los provinciales.

(ii) La exigencia de una "carga argumentativa calificada" ("Artear") está razonada teniendo en cuenta a la conducta de la parte que apela ante la Corte, en particular, alude expresamente al Estado Nacional como apelante.

(iii) En "Artear" no estaba en discusión si el tribunal a quo se había apartado del precedente. Por el contrario, ese tribunal había decidido de conformidad con él.

(iv) En "Viñas" el tribunal a quo sí se había apartado de un precedente (v.gr., "De Maio") que la Corte Suprema consideraba análogo.

(v) La llamada "carga argumentativa calificada" entra en colisión frontalmente con la "obligación atenuada". La primera es mucho más exigente que la segunda.

(vi) Por último, en "Artear", la Corte Suprema tampoco dijo, ni siquiera al pasar, que estaba modificando lo establecido en "Cerámica San Lorenzo" y su progenie.

Consecuentemente, la "carga argumentativa calificada" establecida en "Artear" no puede exigírsele, automáticamente, al tribunal de "Viñas" por el solo hecho de que allá se la estableció, es decir, con exclusiva base en su autoridad institucional. Pues los casos no eran análogos y las razones que sostienen esa exigencia en "Artear" están referidas y, por lo tanto, pensadas, para cuando el Estado Nacional decide apelar una sentencia que se apoya en jurisprudencia de la Corte Suprema establecida en uno o varios precedentes análogos. Ello no quiere decir que la Corte no pudiera imponer una carga semejante sobre los jueces en el futuro. Podría hacerlo, sin duda, si desarrollara una argumentación que justificara esa solución para el supuesto de jueces que se apartan, o que lisa y llanamente no tienen en cuenta los precedentes de la Corte Suprema en oportunidad de fallar un asunto análogo al debatido en ellos.

En conclusión, tengo para mí que la llamada "obligación atenuada" que se postuló en "Cerámica San Lorenzo" sigue vigente. Ella no ha sido dejada de lado expresamente por el Alto Tribunal y tampoco sería una buena técnica la de permitir que se abandone una línea jurisprudencial sub silentio, es decir, sin expresar las razones que aconsejarían esa modificación. Creo que la referencia que se hace a lo dicho en "Artear" fue un inadvertido error, comprensible, por otra parte, si se tiene en cuenta la dificultad propia del tema y la enorme cantidad de casos que resuelve año tras año. El tiempo nos dirá si la Corte Suprema está dispuesta a imprimirle mayor severidad a esa moderada formulación ("Cerámica San Lorenzo") de lo que, a mi entender, debería ser una exigencia más firme.

(1) "Viñas, Pablo c. Estado Nacional - Ministerio de Justicia y DD.HH.", del 22 de mayo de 2018. Agradezco a M. Victoria Mosmann el haber llamado mi atención sobre este caso.

(2) "De Maio, Ana de las Mercedes c. M. de J. y DD.HH.", CS, Fallos: 337:1006 (2014).

(3) CS, Fallos: 339: 1077 (2016).

(4) "Baretta, Miguel c. Provincia de Córdoba", CS, Fallos: 183:409 (1939).

(5) Ver las citas en CS, Fallos: 183:409, 413.

(6) CS, Fallos: 307:1094 (1985).

(7) CS, Fallos: 307:1094 (1985).

(8) Ver, CS, Fallos: 343:42 (2020). En el caso, la Cámara Nacional Electoral se había apartado de la jurisprudencia de la Corte expresando sus razones y el Alto Tribunal juzgó que ellas no eran "idóneas". Ver también los casos donde el tribunal a quo se alzó contra lo resuelto por la Corte Suprema en la misma causa: "Farina", CS, Fallos: 337:47; "Espíndola", CS, Fallos: 342:584 y "Tejada, Daniel A. c. Asociart SA", del 18 de diciembre de 2018.

(9) En "Volkswagen", CS, Fallos: 342:1903 (2019), donde el tribunal a quo había ignorado la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el punto, explícitamente se incluyó en la obligación de respetarla y fallar en su consecuencia a los tribunales superiores de Provincia ("... carecen de fundamento las resoluciones de los tribunales inferiores —inclusive la de los superiores tribunales locales— que se apartan de lo decidido por aquella...").

(10) CS, Fallos: 307: 1094, 1097, consid. 3º.

(11) "La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis vertical", LA LEY 2009-E-820.

(12) He sostenido que esa exigencia no importa obligación alguna pues quien no esté de acuerdo con lo resuelto en un precedente siempre podrá hallar nuevos argumentos que, a su juicio, justifiquen ese apartamiento. Ver GARAY, Alberto F., "La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema", Ed. Abeledo Perrot, 2013, Cap. VII, ps. 224 y ss.

(13) He hecho un análisis más pormenorizado de esta sentencia en una publicación anterior "El Caso Artear y la Doctrina del Precedente", Microjuris.com, MJ-DOC-6723-AR | MJD6723, 21/05/2014. Aquí, a fin de no desviarme del tema que nos ocupa, solo reiteraré algunos de los conceptos empleados allí.

Anexo 07

Título: La Corte Suprema y el uso de sus precedentes
Autor: Garay, Alberto F.
Publicado en: LA LEY 19/11/2019, 19/11/2019, 1 - LA LEY2019-F, 772
Cita Online: AR/DOC/3518/2019

Sumario: I. Introducción.— II. El caso "Tomás Tomkinson y Compañía y el fiscal s/ diferencia de aforo entre 'mantas mezcla' e 'imitación pampas'".— III. Fuentes de la Constitución Argentina.

La Corte Suprema fue desarrollando un modo de justificar sus decisiones que pondrá especial énfasis en: (i) el análisis de las semejanzas o diferencias de los hechos que caracterizan al precedente y al caso a resolver; (ii) distinguir lo resuelto en un caso o varios anteriores (holding o ratio decidendi) de lo dicho en él o ellos al pasar, sin mayor elaboración o de manera genérica o sobreabundante (obiter dictum); (iii) si ella y los tribunales inferiores deben obediencia a la regla del precedente (stare decisis) y, eventualmente, en qué situaciones se autorizaría su abandono (overruling); (iv) si una sentencia que inaugura un apartamiento jurisprudencial o una novedosa declaración de inconstitucionalidad puede limitar su aplicación retroactiva (prospective overruling).

(*)

I. Introducción

¿Por qué cuando la Corte juzga que un caso que tiene a resolver es semejante a otro resuelto con anterioridad, lo decide muy frecuentemente con apoyo en esa sentencia anterior?

¿Cuándo comenzó esa práctica?

Estas preguntas parecen triviales hoy. Pero, históricamente, esa forma de justificar una sentencia era completamente ajena a nuestra tradición jurídica colonial o poscolonial, de dominante sesgo español. Más genéricamente, era ajena a la forma en que se justificaba una sentencia en los países de tradición romanista. De aquí que esa práctica despierte la curiosidad que denotan aquellas preguntas.

Para responder esos interrogantes es necesario acudir a los antecedentes históricos que, en mi opinión, contribuyeron a que la Corte Suprema actuara de esa manera. Pues esta técnica principió a pocos meses de instalada y se extendió hasta el presente (1). Parte de esos antecedentes los he expuesto con anterioridad (2). Aquí presentaré una síntesis de ellos. La información restante que ofrezco hoy al lector es fruto de una investigación posterior, más abarcadora, que se publicó en el extranjero (3) y que, por razones obvias, me fue sugerido que la divulgara en nuestro medio.

No comenzaré por el principio, es decir, por los primeros antecedentes históricos que fueron, en mi parecer, la simiente de esa forma de resolver. Lo haré por su fruto, esto es, la sentencia recaída en la causa "Tomkinson y Compañía", referida precedentemente en nota a pie, y posteriormente explicaré por qué la técnica empleada en esta sentencia fue enteramente novedosa y ajena a nuestro pasado judicial. En esa historia sobresaldrán algunos personajes destacados y otros sólo familiares para el historiador del derecho. Intentaré con estas páginas que aquéllos y su contribución sean conocidos, no sólo por excelentes especialistas que han ahondado en su investigación en ese período, sino también por todos los que no cultivamos esa disciplina. Obviamente, este trabajo se vio enormemente facilitado, como se apreciará, por las minuciosas investigaciones de Luis Méndez Calzada, Ricardo Levene, Víctor Tau Anzoátegui y Abelardo Levaggi.

II. El caso "Tomás Tomkinson y Compañía y el fiscal sobre diferencia de aforo entre 'mantas mezcla' e 'imitación pampas'"

La sentencia dictada en esta causa fue la primera en que la Corte Suprema, resolviendo el fondo del asunto, juzgó que si los hechos de un caso eran semejantes a otro resuelto con anterioridad, entonces debía decidirlo del mismo modo que el precedente (4).

En este caso, el vigésimo cuarto que resolvía la Corte, estaba en discusión cuál era el derecho de importación que correspondía pagar a la casa de comercio Tomkinson y Compañía por la introducción de unas mantas. Al dictar sentencia, el juez federal de sección (la primera instancia de entonces), Alejandro Heredia (5), analizó los hechos y el derecho aplicable y luego de ello, remitiéndose a lo resuelto por el Alto Tribunal en un caso anterior, expresó: "Que además de las consideraciones espuestas [sic], el presente caso se haya decidido por la Suprema Corte de Justicia, pues es enteramente idéntico al de la casa de Thompson y Compañía, en el cual se confirmó la resolución de la Junta de Comisos, que condenaba al pago de la diferencia" (6).

Aquí ya aparece el primer rasgo llamativo. ¿Por qué para el juez federal el juicio que él estaba sentenciando ya estaba "decidido" de antemano, a raíz de que la Corte Suprema había resuelto con anterioridad (en realidad, hacía poco más de dos meses) un caso substancialmente semejante, litigado entre la Aduana y otra persona distinta? Obsérvese inclusive que para darle mayor fuerza a su expresión el magistrado habla de casos

"idénticos", cuando, obviamente, idénticos no eran.

¿De dónde provenía la fuerza de lo resuelto por la Corte Suprema en un caso análogo, como para que el juez inferior considerara que no había mucho más que discutir?: "el presente caso se haya[ba] [sic] decidido por la Suprema Corte de Justicia". Para el juez federal la fuerza de esa decisión precedente parece ser algo obvio. Ni aclara el punto. Pero, a no dudarlo, esa forma de resolver, como se verá en el apartado siguiente, no replicaba la práctica judicial colonial o poscolonial.

En su apelación, Tomkinson no objetó la dependencia de la sentencia apelada respecto del precedente de la Corte Suprema, que invocaba el juez federal. En su lugar, cuestionó esa identidad de casos aludida por el magistrado inferior. En este sentido, la diferencia singular que Tomkinson y Compañía percibía entre el caso mencionado por el juez federal ("Thompson y Cía.") y el presente era que, en dos importaciones anteriores de igual mercadería, Tomkinson y Compañía había procedido de la misma manera que ahora, es decir, atribuyendo a mercaderías idénticas a las actuales una calidad inferior y el vista de Aduana no había objetado ese menor valor. La Corte trató este punto en su primer considerando y reiteró, en primer lugar: "no se deduce que el presente caso sea de distinta naturaleza que el caso de Thompson y Compañía, y deba resolverse por otros principios...". Todo el soporte normativo que menciona la Corte en este párrafo es lo resuelto en otra sentencia suya, recaída en un caso anterior reputado análogo al presente. El hecho de que el caso anterior involucrara a otro infractor no tuvo relevancia alguna. Sólo importaba la semejanza o analogía del caso anterior con el presente. Es decir, los casos análogos merecían la misma solución y así lo decidía.

En segundo término, y respondiendo a los antecedentes administrativos previos invocados, la Corte rechazó su pretendida incidencia en el presente. Sostuvo: "que el vista que intervino en los primeros despachos, cometió una falta por ignorancia o descuido, lo cual no autorizaba a los apelantes para continuar infringiendo las disposiciones vijentes [sic]; pues para sus manifiestos deben consultar las clasificaciones de la tarifa de avalúos, y no las opiniones de los vistas..." (7).

A más de ello, el Alto Tribunal dice que la reglamentación aplicable daba mayor valor a las mantas que efectivamente se importaban, comparadas con las mantas que se denunciaban. También manifiesta que el juez "no les ha atribuido la intención ni les ha aplicado la pena de fraude, sino la de simple error que se castiga por las disposiciones que cita; lo que prueba que ha comprendido y apreciado con exactitud la naturaleza del presente caso".

La ley 50 (1863), que en esa época regía el procedimiento civil y criminal federal, disponía en su art. 13 que las sentencias debían expresar los fundamentos de hecho y de derecho, pero nada decía, obviamente, de los precedentes judiciales ni de resolver con soporte en ellos.

La Corte tampoco aclaró por qué razón la remisión a lo resuelto en un precedente análogo era suficiente fundamento para resolver el punto. Entonces, ¿de dónde venía esta forma especial, diferente, de fundar una sentencia? Creo que la explicación más verosímil es la siguiente.

III. Fuentes de la Constitución Argentina

III.1. El derecho federal norteamericano

Hacia mediados del siglo XIX, los líderes políticos argentinos más influyentes veían a los Estados Unidos como el mejor ejemplo de prosperidad, económica y social, al amparo de una Constitución que aseguraba el sistema federal de gobierno y la libertad. Consecuentes con esa percepción, urgidos como se hallaban para organizar el Estado y establecer las bases sobre las cuales edificar un nuevo orden, juzgaron que lo mejor que podían hacer era emular un sistema que ya llevaba 70 años de experiencia exitosa.

El modelo extranjero que más influyó en nuestra Constitución, consecuentemente, fue el que proporcionaban la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la Judiciary Act de 1789. A su vez, las decisiones de su Corte Suprema Federal, que interpretaban esos textos, también tuvieron un papel central.

Fue así que los arts. III (8) (jurisdicción federal) y VI (9) (principio de supremacía o prelación normativa) de la Constitución Federal norteamericana fueron el molde en el que se vació el texto de los arts. 31 (10), 100 (11) (actual 116) y 101 (12) (actual 117) de la CN, preceptos en los que se basa la organización judicial federal y el control de constitucionalidad ejercido en última instancia por la Corte Suprema. Basta con comparar el contenido y la redacción de esas disposiciones para advertir la fuerte influencia comentada.

Mas ese ascendiente no se limitaría a los textos mencionados. Como expresé anteriormente, la ley 48, de Jurisdicción y Competencia Federal, tuvo por fuente dominante varias secciones de la Judiciary Act de 1789, sancionada por el Congreso Federal de los Estados Unidos para implementar la justicia federal. El estudio de esa implementación fue encomendado en el año 1860 a un joven abogado de la época, Manuel R. García, quien se trasladó a Washington con ese propósito. El resultado de sus estudios fue una serie de artículos donde analizó

las secciones de la ley norteamericana y la manera en que ellas podían ser adaptadas a nuestro medio. El presidente Mitre alcanzó algunos de esos trabajos a la Revista de Buenos Aires para su publicación, y García editó un libro sobre el tema, con pie de imprenta en Florencia, antes de que se sancionara la ley 48 (13).

Allí se puede constatar que gran parte de su articulado (p. ej., los arts. 4º, 8º, 14, 15, 16 19 y 21 de la ley 48, entre otros) están decididamente inspirados en las secciones de la Judiciary Act.

Por último, la fuerte influencia del derecho norteamericano en esta área no se limitó a la adopción de normas constitucionales y legislativas semejantes. Con el correr del tiempo, y a medida que era requerida por los recursos que a sus estrados llegaban, la Corte Suprema argentina se apropió también de doctrinas que reconocían su origen en sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos, las que empleó para resolver los casos en los que, a su juicio, ellas eran aplicables.

De este modo, decenas de sentencias de la Corte Suprema norteamericana que interpretaban los preceptos mencionados también operaron como fuente directa y explícita de comprensión de los instrumentos propios que reconocían aquel parentesco. Así, la consulta de estas fuentes resultó en la adopción gradual, por parte de la Corte Suprema nacional, de doctrinas pretorianas que, si bien pueden considerarse inspiradas en el texto de la Constitución o en la ley reglamentaria, no son mencionadas expresamente por ellas, ni en la Argentina ni en los Estados Unidos. Estas doctrinas, v.gr., la extensión del Poder Judicial federal a casos o controversias mencionadas en el actual art. 116 (ex art. 100 de la CN) (14) y sus derivadas, cuestiones consultivas, generales o abstractas (15), cuestiones políticas (16), interés para motivar el control de constitucionalidad (17), etc., fueron adoptándose a medida que se presentaban casos que motivaban su empleo y, no está de más recordarlo, están actualmente vigentes.

A la luz de estos antecedentes, y visto el peso determinante que durante muchos años el Alto Tribunal adjudicó a la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana al momento de interpretar las cláusulas así emparentadas, es altamente probable entonces que los integrantes de la primera Corte Suprema y sus sucesores, deliberadamente o no, hayan vivido como natural el fundar sus decisiones del mismo modo que se hacía en las sentencias norteamericanas que les servían de referencia, guía y soporte argumentativo.

No obstante, la historia que estos antecedentes relatan debe ser completada con otros hechos que también explican el comportamiento de la Corte Suprema y de los tribunales federales con relación al empleo de los precedentes para fundar sus decisiones. Veamos.

III.2. La práctica judicial poscolonial y el movimiento de jóvenes juristas

Luego de la Independencia, muchas leyes españolas, substantivas y procesales, mantuvieron su vigencia. Una de esas reglas, sancionada por Carlos III, Rey de España, en 1778, prohibía expresar las razones en las que se basaban las sentencias, a fin de evitar, entre otros motivos, "las cavilaciones de los litigantes". Decía textualmente la norma:

"Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica, que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar á cabilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen á ser un resúmen del proceso, y las costas que á las partes se siguen; mando, cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose á las palabras decisorias, como se observa en el mi consejo, y en la mayor parte de los tribunales del reyno; y que á exemplo de lo que va prevenido á la Audiencia de Mallorca, los tribunales ordinarios, incluso los privilegiados, excusen motivar las sentencias, como hasta aquí, con los vistos y atentos, en que se referia el hecho de los autos, y los fundamentos alegados por las partes; derogando, como en esta parte derogo, el auto acordado 22, tít. 2, lib. 3, duda 1ª R, ú otra qualquiera resolución ó estilo que haya en contrario" [sic] (18).

Como consecuencia de ello, el tribunal de mayor jerarquía en la ciudad de Buenos Aires, la Audiencia de Buenos Aires, sancionó una disposición que establecía "que el nuestro presidente tenga un libro de acuerdos (el cual jure de lo tener secreto), en que brevemente se asienten los votos suyos y de los oidores..." (19). El secreto de ese acuerdo venía exigido, además, por la Ley Primera, Título Ocho, Partida Séptima. De ordinario, la extensión de las sentencias de los tribunales era extremadamente breve. Ellas se dilataban a lo largo de un breve párrafo en el cual el juez establecía en pocas palabras cuál era el reclamo del actor y la decisión del tribunal (20). Obviamente esas decisiones no remitían a sentencias anteriores: el secreto y el estilo de las sentencias tampoco facilitaban la práctica de apoyar la decisión de hoy en otra adoptada anteriormente en un caso análogo, tal y como, contrariamente, haría años más tarde la Corte Suprema en el caso "Tomkinson y Compañía".

La legislación que había facilitado y el estilo que ella imponía fueron criticados severamente por abogados y periodistas de la época, quienes repudiaban la legislación española vigente y sus subproductos. Por ejemplo, en 1820, Bernardo Vélez, redactor de la Gaceta Extraordinaria, fustigó con vehemencia las sentencias judiciales y

la ausencia de publicidad (21). Años después, en 1832, Valentín Alsina se manifestó agriamente contra las prácticas judiciales usuales. Algunas de sus reflexiones fueron las siguientes:

"Si para la sanción de una ley importa que el legislador esponga [sic] previamente sus motivos, con más razón importa esa esposición [sic] cuando se trata de la aplicación de ella. Este es el único modo de evitar errores o arbitrariedades, y de hacer efectiva la responsabilidad judicial, que en nuestro actual sistema, la creo irrealizable, quimérica y nominal. Nada puede temer el juez cuando no tiene que fundar sus pronunciamientos. La parte agraviada no puede acusarle ni quejarse, cuando ignora los fundamentos; y cuando quizá la sentencia se funde en alguna razón o ley que ella ignoraba [...]. También sucederá muchas veces que en asuntos complicados, en procesos volumosos [rectius, voluminosos], sentencie el juez aun sin leerles: su incuria o desidia quedarán siempre ocultas y siempre inacusables.

"Esponiendo [sic] el juez el fundamento de su auto, se obtiene otra ventaja inapreciable; cual es la de facilitar al litigante el impugnarle debidamente" (22).

Obsérvese cómo el autor vincula la expresión de fundamentos y la publicidad de la sentencia con el derecho de defensa y la posibilidad de apelar fundadamente contra esa decisión.

Una crítica semejante se escuchó años después de parte de otro joven abogado, Miguel Esteves Saguí (23). Ambos, Alsina y Esteves Saguí, consideraban que el secreto que rodeaba a las decisiones y la práctica de no expresar las razones en las que éstas se basaban eran antirrepublicanas y contrarias a la seguridad personal, idea esta última que, para ese momento, era considerada como un ideal liberal a ser alcanzado (24).

Contemporáneamente, en 1834, apareció un diario que se publicaría dos veces a la semana, bajo la dirección de otro abogado, Bernardo Vélez, a quien ya he mencionado antes (25). En su primer número, Vélez sostuvo que "[e]n todas las naciones cultas se ha cuidado con esmero de conservar la colección de las resoluciones judiciales, porque con esta medida se consiguen bienes demasiado sensibles para los pueblos" (26). Luego de destacar la importancia de publicar los justificativos de la sentencia y su efecto disuasorio respecto de la promoción de juicios "injustos", reforzó la idea de que las sentencias debían conocerse públicamente: "La recopilación de estas decisiones presenta á los jueces, á los letrados, y al público todo una colección de casos, y otros tantos ejemplares, para que puedan regirse con acierto en otros idénticos ó semejantes que puedan ocurrirles" (27). Vélez replica la importancia de la recolección y publicidad de las sentencias que ya venían formulando otros autores. Pero él agrega y trae al ruedo la idea de la reiteración de las decisiones adoptadas en casos semejantes anteriores. La publicación de esas sentencias previas servirían para que los jueces "puedan regirse con acierto en otros [casos] idénticos ó semejantes que puedan ocurrirles".

A esta publicación le siguieron otras de breve existencia (28).

Todas estas obras estaban encaminadas en una dirección diferente del pasado colonial español y reflejaban el cambio de aspiraciones que estaba en marcha. Los juristas jóvenes ponían el foco en las sentencias y en la necesidad de que ellas expresaran las razones en las que se basaban. También ponían énfasis en la relevancia crucial que tenía el hecho de hacer públicas las sentencias para alcanzar el principio de tratar los casos iguales del mismo modo.

Estos reclamos fueron escuchados unos años más adelante. En 1838, la Legislatura de la provincia de Buenos Aires creó un nuevo tribunal de última instancia, el Tribunal de Recursos Extraordinarios por Nulidad e Injusticia Notoria, que estaba obligado a expresar en sus sentencias las razones en las que basaba sus resoluciones. Además, las sentencias debían imprimirse y debían hacerse públicas (29).

Esta disposición tuvo por consecuencia que las sentencias del tribunal más alto de la provincia de Buenos Aires expresaran, bien que escuetamente, las razones en las que basaba su decisión. No obstante, la mayor parte del texto la ocuparían, no los fundamentos de la decisión, sino largos relatos acerca de los hechos, las articulaciones de las partes y la mención de la sentencia apelada. A pesar de ello, la legislación y las sentencias representaban un mejoramiento notable en cuanto al estilo.

Si bien este tribunal fue disuelto en 1852, una vez depuesto Juan Manuel de Rosas (30), la necesidad de contar con sentencias razonadas y que ellas se hicieran públicas ya se había transformado en una cuestión legal crucial.

Los abogados comenzaron a organizarse en derredor de estas ideas para ofrecer un frente de batalla más poderoso y consistente. Algunos de ellos lanzaron revistas en donde se publicaban sentencias judiciales, destacaban la importancia de tomar en consideración lo que los jueces expresaban en sus decisiones y su carácter ejemplar para resolver casos semejantes.

Así, la causa de los abogados se diseminó velozmente y, en 1854, El Plata Científico y Literario publicó una nota escrita por un joven abogado y jefe de redacción, Miguel Navarro Viola, en defensa no sólo de la

obligación de fundamentar las sentencias, sino también de tomar en cuenta las sentencias dictadas anteriormente en casos análogos. Dijo:

"¿Cuánto más conveniente no nos es estudiar las sentencias de nuestros tribunales, analizar las causas notables sobre que recaen, juzgar esas mismas sentencias, é ir formando de todos estos trabajos un cuerpo de jurisprudencia propia?

"Aparte de ser ello un freno para el mismo Poder Judicial, y una garantía para el pueblo en el presente, lo es también para su porvenir. Él sabe que una sentencia fundada que hoy se dé, no será mañana caprichosamente contrariada por otra en un asunto igual. Y esa garantía está toda en la publicidad" (31).

Obsérvese que, una vez más, vuelve a dirigirse la crítica a la necesidad de publicidad, a su fundamentación y a su ejemplaridad para casos futuros: "una sentencia fundada que hoy se dé, no será mañana caprichosamente contrariada por otra en un asunto igual".

En idéntico sentido, en 1859, el Colegio de Abogados de Buenos Aires fundó la publicación El Foro, diario que se ocuparía de las sentencias judiciales, acompañadas de comentarios críticos a ellas. Entre los colaboradores de esta revista bimensual estaba Valentín Alsina, autor del primer ensayo crítico sobre la necesidad de fundar las sentencias, referido supra (32) . Entre los integrantes de su cuerpo de editores estaban otros miembros que, años después, serán designados jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tales como José Barros Pazos (1863-1877), Marcelino Ugarte (1870-1872), José Domínguez (1872-1887) y Luis Sáenz Peña (1890-1892) (33). Miguel Esteves Saguí, autor de la tesis doctoral de 1837 a la que me he referido anteriormente, también integraba ese cuerpo.

En una nota fechada en 1855 pero publicada en 1869, en La Revista de Buenos Aires, un autor anónimo [que luego se reveló como Miguel Navarro Viola (34)] fue más lejos y reclamó la impresión y edición de las sentencias judiciales, imitando lo que se hacía en Inglaterra y Estados Unidos. Sostuvo:

"Pero cuando es un hecho que el Código mejor concebido y mejor redactado abre ancha brecha á [sic] las pretensiones encontradas de los litigantes, se necesita una explicación tan alta como es elevado el origen de las leyes.

"Esa esplicación [sic], esa nueva decisión, esa verdadera legislación aplicada, la forman las sentencias de los tribunales. No tampoco cualquier sentencia, sino sentencias tales que lleven consigo la presunción de infalibilidad posible: la última sentencia en un pleito, aquella de que las leyes no admiten ya recurso alguno.

"Esta jurisprudencia de las sentencias la encontramos en Inglaterra, la encontramos en los Estados Unidos, la encontramos en Francia donde un periódico especial se halla consagrado a tarea de tan grande interés para el foro moderno [...]. ¿Qué más querría un litigante, que saber lo que en casos análogos al suyo ha resuelto el último tribunal y conocer su suerte de antemano?" (35).

Unos meses más tarde, otro joven abogado, Vicente G. Quesada, también director de La Revista de Buenos Aires, propuso que los tribunales provinciales debían imitar a los federales en su seguimiento de los precedentes (36).

Él destacó —contrariamente a lo sostenido por otros juristas— (37) el carácter inevitablemente obligatorio de los pronunciamientos de los tribunales superiores respecto de casos análogos futuros. Sostuvo:

"La jurisprudencia de las sentencias en la justicia nacional es la base inconmovible sobre la cual reposa la aplicación de las leyes. De manera que una vez resuelta una causa y aplicada la ley en un sentido dado, el pueblo sabe que los casos análogos serán regidos por la doctrina inalterable de la jurisprudencia de las sentencias" (38).

En los párrafos siguientes, Quesada continuó argumentando ahora con soporte en una ley castellana del siglo XIII referida al derecho basado en la costumbre, que disponía: "Otrosi [sic] decimos que la costumbre puede interpretar la ley quando [rectius, cuando] acaeciese dubda [rectius, duda] sobre ella, que ansi [rectius, así] como acostumbraron los otros de la entender, ansi debe ser entendida y guardada" (39). Quesada consideraba que "la costumbre", referida en la ley castellana, era expresada en las decisiones judiciales. Para reforzar su argumento, citó la ley 5, que disponía que la costumbre "...puedenla facer, é debe ser tenida, é guardada por costumbre, si en este tiempo mismo fueran dados concejeramente dos juicios por ella, de otros sabidores e entendidos de juzgar é non habiendo quién se los contralle..." (40). Acto seguido añadió:

"Estas leyes establecen indudablemente la jurisprudencia de las sentencias como un medio legal para decidir las causas litigiosas y de aquí nace la importancia de hacer públicos los fallos, no tan sólo por la doctrina legal que ellos contengan, sino porque con arreglo a lo resuelto en dos juicios debe resolverse en adelante todos los que sean análogos.

"El doctor Navarro Viola en su artículo sobre esta materia publicado en el tomo XIX de esta Revista, estableció con toda claridad las ventajas de la jurisprudencia de las sentencias y la necesidad de que sirviera de norma en la resolución de los pleitos" (41).

La máxima non exemplis del Corpus Iuris Civilis establecía el principio contrario (i.e., que las sentencias deben dictarse de conformidad con la ley, no con los ejemplos), al igual que otra Ley de Partidas (42). Pero Quesada basaba su defensa del carácter obligatorio de los precedentes en Leyes de Partidas que claramente estaban en conflicto con esa máxima. Él resolvió la contradicción haciendo prevalecer la Ley de Partida por él mencionada y lo dicho por Navarro Viola acerca del tratamiento igualitario de los casos semejantes.

Ideas similares fueron sostenidas por entonces en las provincias de Tucumán, Mendoza, Salta y Corrientes (43).

III.3. Recapitulación

Como surge del repaso precedente, desde la década de 1830, influyentes juristas lideraron una corriente de opinión que abogó por el mejoramiento del modo en que se administraba justicia. Su sentido de pragmatismo, progreso, igualdad, derecho de defensa de los litigantes, chocaba con añosas e injustas leyes, aplicadas secretamente en sentencias que no expresaban las razones sobre las que reposaban. Estos abogados proponían que las sentencias fueran fundadas adecuadamente, fueran públicas y publicadas de alguna forma, como garantía contra el proceder arbitrario. Algunos de ellos fueron más allá y propusieron el respeto a la jurisprudencia del tribunal superior en los casos análogos, de modo de tratar los casos iguales del mismo modo y dotar al sistema de previsibilidad y seguridad jurídica, replicando las experiencias de países como Inglaterra o los Estados Unidos de América. Si bien estas ideas fueron expuestas sin un desarrollo profundo, una vez que recordamos la influencia que el derecho norteamericano ejerció en los constituyentes de 1853/1860 y en los jueces y juristas de entonces (44) podemos comprender ahora, más acabadamente, el procedimiento empleado por la Corte Suprema en el caso "Tomkinson y Cía." mencionado más arriba. Ahora puede apreciarse el contexto intelectual e histórico que explica por qué la Corte Suprema de 1864 y el juez federal de sección decidieron "Tomkinson y Cía." con base en lo resuelto en un precedente del Alto Tribunal (sin perjuicio de mencionar luego otras razones) (45). Ahora puede comprenderse por qué un grupo de jueces educados fundamentalmente en derecho romano y español decidió un caso por referencia a un precedente, con la naturalidad que podría haberlo hecho un juez del common law.

Es más, en línea con las fuentes que nutrieron a los constituyentes y juristas argentinos y con ese modo particular de fallar, la Corte Suprema decidió publicar de manera oficial, ininterrumpidamente, las sentencias que pronunciaba. Originariamente, cada sentencia de la Corte iba precedida de los pronunciamientos de los tribunales que habían intervenido con anterioridad, a lo cual, muchas veces, se agregaba un relato de algunas otras piezas o acontecimientos procesales, por ejemplo, una síntesis de los alegatos orales que autorizaba por entonces la Ley de Procedimientos (46). De aquí el nombre con el que se conoció a la colección: Fallos de la Corte Suprema de Justicia Nacional con la relación de sus respectivas causas. Inicialmente, su distribución fue limitada, pero, con el tiempo, alcanzó nivel nacional (47).

Por último, deseo destacar que desde el caso "Tomkinson y Compañía", la Corte Suprema fue desarrollando un modo de justificar sus decisiones que pondrá especial énfasis en: (i) el análisis de las semejanzas o diferencias de los hechos que caracterizan al precedente y al caso a resolver (48); (ii) distinguir lo resuelto en un caso o varios anteriores (holding o ratio decidendi) de lo dicho en él o ellos al pasar, sin mayor elaboración o de manera genérica o sobreabundante (obiter dictum) (49); (iii) si ella y los tribunales inferiores deben obediencia a la regla del precedente (stare decisis) y, eventualmente, en qué situaciones se autorizaría su abandono (overruling) (50); (iv) si una sentencia que inaugura un apartamiento jurisprudencial o una novedosa declaración de inconstitucionalidad puede limitar su aplicación retroactiva (prospective overruling) (51), entre otros tópicos. Tanto es esto así que actualmente existen resoluciones del Alto Tribunal cuyos fundamentos consisten, con exclusividad de cualquier otro, en la remisión a lo resuelto en uno o varios casos anteriores (52).

Como ha quedado de manifiesto, esta práctica nació hace ciento cincuenta y cinco años y desde entonces viene siendo empleada. Es cierto que algunos desarrollos no poseen la consistencia, la elaboración o la sofisticación que sería deseable. Pero veamos hoy el vaso medio lleno. Se ha recorrido un camino sinuoso, irregular y extenso. Trabajosamente, sucesivas capas de juristas le han ido dando forma a esta práctica. Conocer ese recorrido es entender su sentido. Mi propósito al divulgar estos antecedentes es también un homenaje a sus constructores. No se puede valorar ni comprender lo que se ignora. Resta mucho por andar, pero seguramente, entre marchas y contramarchas, las generaciones presentes y futuras sabrán perfeccionarla, cuidándose de advertir que lo que a veces se presenta como novedad no es sino variaciones del olvido o de la ignorancia.

(*) Abogado (UBA). Master of Laws (Columbia University, USA). Visiting scholar, Columbia University.

Profesor de posgrado en la Facultad de Derecho, UBA, y en la Escuela de Derecho, UTDT. Profesor de grado en la Escuela de Derecho de la Universidad de San Andrés.

(1) Ver el caso CS, 26/04/1864, "Tomás Tomkinson y Compañía y el fiscal s/ diferencia de aforo entre 'mantas mezcla' é 'imitación pampas'", Fallos 1:148. La sentencia es firmada por Francisco de las Carreras, Salvador María del Carril, Francisco Delgado y José Barros Pazos.

(2) GARAY, Alberto F., "La doctrina del precedente en la Corte Suprema", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013, ps. 19 y ss. Un estudio completo de las fuentes tenidas en cuenta por los constituyentes puede encontrarse en GARCÍA-MANSILLA, Manuel J. — RAMÍREZ CALVO, Ricardo, "Las fuentes de la Constitución Nacional y los principios fundamentales del derecho público argentino", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006. Los documentos fundamentales de los Estados Unidos (la Declaración de la Independencia norteamericana, los artículos de la Confederación y las Constituciones de varios Estados de la Unión) ya eran conocidos en el Río de La Plata aproximadamente desde 1811, merced a la distribución de una traducción efectuada por Manuel García de Sena de la obra de PAINE, Thomas, "Common sense y otros escritos, en la Independencia de la Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta años ha", Filadelfia, 1811 (ver ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, "La recepción de los derechos extranjeros en la Argentina durante el siglo XIX", Revista de Historia del Derecho, Ed. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1976, p. 329).

(3) GARAY, Alberto F., "A doctrine of precedent in the making: the case of the argentine Supreme Court's case law", Southwestern Journal of International Law, vol. 25, 2019, ps. 258/319.

(4) Dos meses antes de este caso, en febrero de 1864, en tren de resolver un conflicto de competencia, la Corte Suprema, negándose a dirimir dicha contienda entre jueces provinciales, también había expresado "que tampoco existe ley alguna que sujete estas cuestiones al fuero federal y obligue a los jueces provinciales á [sic] obedecer el fallo de la Corte, como se declaró en el caso de competencia entre los mismos juzgados, con ocasión de los concursos formados en ambas provincias a la casa de Cabezudo Arteaga y Compañía...". Ver CS, "Sobre competencia de jurisdicción entre el juez letrado de Comercio de la provincia de Buenos Aires, y el de igual clase de la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe", causa XVI, Fallos 1:87 (1864). La causa "Cabezudo de Arteaga y Cía.", aludida por la Corte sin otra referencia, es la nro. II y había sido resuelta en octubre de 1863. A diferencia de lo que ocurría en "Tomkinson y Compañía", de la causa "Cabezudo Arteaga" existían escasísimos antecedentes de lo ocurrido en los juzgados intervinientes, porque, según informa el secretario Guastavino, "el que sirvió interinamente la Secretaría no dejó en ella más antecedentes que los que se publican". Ver, CS, Fallos 1:25 (1863). El secretario interino al que se refería Guastavino fue Rafael Pereyra.

(5) Entre los años 1850 y 1852, Alejandro Heredia integraba la Academia de Jurisprudencia (fundada en 1815 por el procesalista Manuel A. de Castro y antecesora de la Universidad de Buenos Aires). También formaban parte de esa institución por ese entonces Miguel Navarro Viola, Saturnino M. Laspiur, Eduardo Costa y Benjamín Victorica. Ver LEVENE, Ricardo, "La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio Castro", Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1941, vol. I, p. 119.

(6) El caso al que el juez federal de primera instancia remite y refiere sólo por su carátula era "Diego C. Thompson y Cía. s/ diferencia de aforo de una cantidad de 'mantas imitación pampas'", decidido por la Corte Suprema el 23/01/1864, publicado en CS, Fallos 1:53 (1864).

(7) Agrego que los casos eran semejantes en tanto en ambos: (i) la declaración de introducción de mercadería daba cuenta de una calidad de mantas inferior a la que se estaba importando; (ii) ese alegado "error" era económicamente favorable al importador y perjudicial para el Fisco; (iii) el importador invocaba ausencia de dolo, como eximente de su responsabilidad.

(8) El art. III, en su parte pertinente, dice: "Section 2. The Judicial Power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority; — to all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls; — to all cases of admiralty and maritime jurisdiction; — to controversies to which the United States shall be a party; — to controversies between two or more States; — between a State and citizens of another State; — between citizens of different States; — between citizens of the same State claiming land under grants of different States, and between a State, or the citizens thereof, and foreign States, citizens or subjects. In all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, and those in which a State shall be a party, the Supreme Court shall have original jurisdiction. In all the other cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate jurisdiction, both as to law and fact, with such exceptions, and under such regulations as the Congress shall make".

(9) Art. VI: "...This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every State shall be bound there by, any thing in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding...".

(10) Art. 31: "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 de 11 de noviembre de 1859".

(11) Art. 100: "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. 11 del art. 67, 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".

(12) Art. 101: "En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación, según las reglas y excepciones que fije el Congreso, pero en todos los asuntos en los que una provincia fuera parte o un cónsul o ministro de una potencia extranjera, lo será originaria y exclusivamente".

(13) Ver, p. ej., GARCÍA, Manuel R., "Estudios sobre derecho federal. Jurisdicción de las Cortes de Distrito", La Revista de Buenos Aires, vol. 1, p. 260, y "Estudios sobre la justicia federal americana. En su aplicación a la organización constitucional argentina", La Revista Jurídica de Buenos Aires, vol. 10, p. 94. Ver también, del mismo autor, "Estudios sobre la aplicación de la justicia federal norteamericana a la organización constitucional nacional", Ed. Imprenta de Andrés Bettini, Florencia, 1863.

(14) Art. 2º, Law 27 (1862); CS, "Pascual C. Lobo", Fallos 30:389 (1886); CS, "El Procurador Fiscal de la Sección del Uruguay", Fallos 109:106 (1908).

(15) CS, "Cuarenta y seis comerciantes vecinos de la ciudad de Rosario, Santa-Fe", Fallos 1:27 (1863); CS, "Manuel Augusto Montes de Oca", Fallos 1:455 (1864); CS, "Silverio Bejarano", Fallos 12:372 (1872); CS, "Juan Francisco Vitón c. Marcelino Ugarte", Fallos 103:53 (1905).

(16) CS, "Cullen c. Llerena", Fallos 53:420 (1893).

(17) CS, "Compañía Sancinea de Carnes Congeladas c. La Municipalidad de la Capital", Fallos 132:101 (1920).

(18) Real Cédula de Carlos III, de 23/06/1778, cap. V (ver MURILLO VILLAR, Alfonso, "Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el derecho español", Teoria e Storia dil Diritto Privatto, 2012, cap. V, p. 45; MÉNDEZ CALZADA, Luis, "La función judicial en las primeras épocas de la Independencia", Ed. Losada, Buenos Aires, 1944, p. 442.

(19) Ítem 13, Ordenanzas de la Audiencia de Buenos Aires, en MÉNDEZ CALZADA, Luis, "La función judicial...", ob. cit., p. 472.

(20) Idem, p. 444.

(21) Ver MÉNDEZ CALZADA, Luis, "La función judicial...", ob. cit., p. 473. El secreto era absoluto y se extendía al del expediente. Por ejemplo, cuenta Méndez Calzada que, con motivo del proceso por el asesinato de Facundo Quiroga, Juan Manuel de Rosas también prohibió al abogado de los hermanos Reinafé, por decreto, publicar sus escritos de defensa. Incluso se le advertía de que si insistía "será paseado por las calles en un burro celeste". Idem, p. 475, nota a pie de p. 1, in fine. Bernardo Vélez fue abogado y periodista. Entre las muchas actividades que desarrolló (fue juez y legislador), fue vicepresidente (1828) y presidente (1830 y 1831) de la Academia de Jurisprudencia, prestigioso centro de graduados al que concurrieron la mayoría de los abogados a los que aludo en esta sección. Ver TROSTINÉ, Rodolfo, "Noticia preliminar", en VÉLEZ, Bernardo,Índice de la compilación de derecho patrio (1832) y el Correo Judicial (reedición facsimilar) (1834) con noticia preliminar de Rodolfo Trostiné, Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1946, http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/2018-velez-bernardo-indice-de-la-compilacion-de-derecho-patrio-y-el-correo-judicial ps. xxv-xxvi.

(22) Ver la nota de ALSINA, Valentín, "Reflexiones breves sobre la conveniencia de que los jueces funden

sus sentencias, y la de que se examinen y voten separada y consecutivamente las diversas cuestiones que haya en una causa", Ed. Imprenta Argentina, 1832, facsímil reimpreso en TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, "Acerca de la fundamentación de las sentencias en el derecho patrio", Revista del Instituto de Historia Ricardo Levene, Ed. Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1962, vol. 13, ps. 181, 192 y 194, http://www.derecho.uba.ar/investigacion/revista-historia-del-derecho/rihdrl-13-1962.pdf. En esta pieza, Valentín Alsina también critica la ausencia de fundamentos de la mayoría de las sentencias penales y el modo incoherente de la Cámara de Apelaciones cuando decidía por mayoría de votos. En orden a eliminar la posibilidad que podría presentarse si los votos que coincidían en el resultado estuvieran basados en razones contradictorias, propuso que cada cuestión a resolver fuera tratada separada y consecuentemente. Dice haber tomado esta idea de un político y filósofo francés. Si bien no lo menciona, es evidente que se trataba de Condorcet.

(23) Ver la tesis doctoral de ESTEVES SAGUÍ, Miguel, "Disertación sobre la necesidad indispensable de que se expresen los motivos y razones que se han tenido en vista para pronunciar las sentencias", Biblioteca Nacional de Buenos Aires, Colección Candiotti, Tesis de Jurisprudencia, t. III, 1836-1837.

(24) MÉNDEZ CALZADA, Luis, "La función judicial...", ob. cit., ps. 458-459. Levaggi sostiene que estas críticas eran un poco exageradas, suministrando algunos ejemplos de fines del siglo XVIII; ver LEVAGGI, Abelardo, "La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano", Revista de Historia del Derecho, Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1978, vol. 6, ps. 45, 73. Para un estudio crítico de las sentencias criminales de esa época, ver BARRENECHE, Osvaldo, "Crime and administration of justice in Buenos Aires 1785-1853", Ed. University of Nebraska Press, 2006. En general, a partir del primer cuarto del siglo XIX existía una gran disconformidad con el modo en que los tribunales criminales actuaban en esos años (ver LEVENE, Ricardo, "La Academia de Jurisprudencia...", ob. cit., p. 78, http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/2018-levene-la-academia-de-jurisprudencia-y-la-vida-de-su-fundador-manuel-antonio

(25) Ver nota 21.

(26) "El Correo Judicial", 27/08/1834, Buenos Aires, vol. 1, p. 2, reimpreso en VÉLEZ, Bernardo,"Índice de la compilación...", ob. cit., p. xlvi.

(27) Idem ante, p. xlvii.

(28) P. ej., "El Correo Nacional". Ver TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, "Los orígenes de la jurisprudencia de los tribunales en la Argentina", Revista de Historia del Derecho, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1978, vol. 6, p. 323, http://inhide.com.ar/portfolio/revista-de-historia-del-derecho-no-6-ano-1978/.

(29) MÉNDEZ CALZADA, Luis, "La función judicial...", ob. cit., p. 476.

(30) El recurso extraordinario de nulidad y de injusticia notoria había sido criticado frecuentemente desde 1821. Su interposición producía la suspensión de los efectos de la sentencia apelada y esto causaba demoras interminables en la tramitación y conclusión de los juicios. Ver LEVENE, Ricardo, "Historia del derecho argentino", Ed. Guillermo Kraut, Buenos Aires, 1945, vol. VII, p. 436.

(31) NAVARRO VIOLA, Miguel, "Prospecto", El Plata Científico y Literario, Ed. Imprenta de Mayo, Buenos Aires, 1854, vol. I, p. 3.

(32) Ver ALSINA, Valentín, "Reflexiones breves...", ob. cit. Alsina fue designado como presidente de la Corte Suprema en 1863, pero, como se sabe, no aceptó el mandato. Alegó que estaba muy cansado como para asumir un cargo de tan alta responsabilidad. TANZI, Héctor J., "El nacimiento y los primeros pasos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1853-1903)", en ALFONSO, Santiago (h.) (ed.), Historia de la Corte Suprema argentina, vol. 1: "El período de la continuidad institucional", Ed. Marcial Pons, Buenos Aires — Madrid — Barcelona — San Pablo, 2013, ps. 23, 41.

(33) Ver MILLER, Jonathan M. — GELLI, María Angélica — CAYUSO, Susana, "Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación (jueces de la Corte Suprema en el Apéndice)", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, vol. 2, p. 1755. Idem en ALFONSO (h.), Santiago (ed.), "Historia de la Corte Suprema argentina", ob. cit., vol. 3, p. 2031, Apéndice.

(34) Ver QUESADA, Vicente, "Jurisprudencia de las sentencias", Revista de Buenos Aires, Historia Americana, Literatura y Derecho, vol. XXI, Imprenta de Mayo, 1869, p. 92, https://books.google.com.ar/books?id=P2FFAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=on

(35) "Jurisprudencia de sentencia", Revista de Buenos Aires, Historia Americana, Literatura y Derecho, vol. XIX, Imprenta de Mayo, 1869, ps. 367-368, https://books.google.com.ar/books?id=UFIyAQAAMAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=on

(36) Quesada, Navarro Viola y Miguel Esteves Saguí, entre otros, fueron designados conjueces de la Corte Suprema de Justicia Nacional en 1865 [ver CS, Fallos 1:14 y 15 (1864); CS, Fallos 2:5 (1865)]. Estas nominaciones se hacían una vez al año y con posterioridad se los incluyó en esas listas en varias oportunidades. Para un caso donde Esteves Saguí actuó como conjuez, ver CS, "Enrique Yateman en representación de una sociedad compradora de terrenos en Entre-Ríos c. El Gobierno de esta Provincia s/ cumplimiento de contrato", Fallos 15:7 (1874).

(37) Dalmacio Vélez Sarsfield, jurista prominente de esa era y autor del Código Civil de la República Argentina de 1869, estaba entre los fuertes opositores a la doctrina del precedente. Ver TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, "Los orígenes de la jurisprudencia...", ob. cit., p. 321.

(38) QUESADA, Vicente, "Jurisprudencia de las sentencias", ob. cit., p. 92.

(39) Idem ante, ley 6, tít. 2, Partida 1.

(40) Idem, ley 5, mismo título y Partida.

(41) Idem, p. 93.

(42) John P. Dawson defendió la idea de que la máxima non exemplis del Corpus Iuris Civilis, que establecía que las decisiones judiciales eran meros ejemplos que no era necesario seguir, estaba contenida en una oración, entre paréntesis. Sostuvo: "el impacto de la máxima non exemplis podría haber sido mucho menor si los compiladores del Corpus Iuris hubieran incluido más textos que la contradecían severamente. Hubo unas pocas Constituciones imperiales que se preservaron en el Corpus Iuris que ponían énfasis en la práctica judicial como fuente de las reglas procesales". Ver DAWSON, John P., "The oracles of the law", Ed. William S. Hein & Co., 1986, reprint, p. 123. Curiosamente, en 1840, Vélez Sarsfield, redactor del Código Civil argentino de 1869, actuando como abogado, se había opuesto a la idea de respetar y reiterar lo resuelto en casos análogos anteriores, con invocación de la máxima non exemplis y de otra Ley de Partidas que contradecía la empleada por Quesada. Ver TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, "Los orígenes de la jurisprudencia...", ps. 319, 321-322 y nota a pie de p. 5.

(43) TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, idem ante,ps. 324-325.

(44) Para abundar en esa influencia, véase lo que sostenía Quesada en 1869, comentando la obra "Lecciones de derecho constitucional" de Florentino González, primer profesor de esa materia en la Facultad de Derecho de la UBA: "la comparación con las prácticas y los usos del pueblo norteamericano y del pueblo inglés, da mayor autoridad a la palabra del que enseña, despierta mayor interés en los oyentes y les muestra la manera práctica y sencilla, la conveniencia del estudio de la historia y de la legislación comparada". QUESADA, Vicente G., "Lecciones de derecho constitucional. Noticias de este libro", Revista de Buenos Aires, Historia Americana, Literatura y Derecho, Imprenta de Mayo, 1869, vol. XIX, p. 409.

(45) Los jueces federales solían acudir frecuentemente a la cita de sentencias de la Corte en sus decisiones. Ver, entre muchos otros, los casos mencionados infra, nota 48.

(46) En la actualidad esta costumbre fue abandonada y sólo se publican los antecedentes del caso de manera excepcional.

(47) La decisión de publicar las sentencias quedó plasmada, con la firma del secretario del Tribunal, José M. Guastavino, en el Prefacio del primer volumen de la colección de Fallos. Algunos de sus párrafos dicen lo siguiente: "...Las decisiones de la Suprema Corte que, tanto por los principios primordiales de todo gobierno cuanto por los fundamentos propios del sistema, tienen aunque no sin graves inconvenientes, el carácter y toda la autoridad de ley obligatoria para todos los Estados y todos los individuos, es preciso que sean conocidas del pueblo. Al lado de la influencia y poder que ejercen sobre la garantía de los derechos y sobre la suerte y organización del país es necesario agregar la publicidad [...] para levantar ante el tribunal de la Corte Suprema el poder de la opinión del pueblo, quien, a la par que gana en inteligencia con el estudio de las decisiones judiciales, con su censura hace práctica la responsabilidad de los jueces, los cuales ganan a su vez en respetabilidad y prestigio ante sus conciudadanos, según sea la ilustración y honradez que muestren en sus decisiones. De esta manera logra también el pueblo, por un medio indirecto, pero que obra poderosamente sobre el hombre, prevenir la corrupción de sus jueces [...]. Así como en los Estados Unidos de Norteamérica, esta publicación será, con el tiempo, en la República Argentina, el gran libro, la grande escuela en que todos, y con particularidad los magistrados, los legisladores, los abogados y los estudiantes concurrirán a estudiar la jurisprudencia, la Constitución y la perfección o imperfección de las leyes...". "Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas", vol. 1, p. iv (1864).

(48) Ver CS, "Florez, José I. c. Garmendia, Pedro", Fallos 9:34 (1870); CS, "José R. Lozano pidiendo se declare inconstitucional un acto del gobernador de Jujuy D. Teófilo S. de Bustamante", Fallos 15:65 (1874). En

"Lozano", la Corte Suprema, en una sentencia muy breve, confirmó la resolución apelada. En apoyo de su caso, el actor había citado un fallo de la Corte Suprema de hacía cuatro años. El juez federal de sección, luego de escrutar los hechos de ambos casos, rechazó la semejanza atribuida por el actor; CS, "Agustín Richeri c. Municipalidad de Buenos Aires", Fallos 22:37 (1881) ["Que (...) la Suprema Corte, en el fallo publicado en la p. 476, t. 2, serie 2ª, ha declarado que la justicia nacional no puede ejercer superintendencia en las municipalidades por tardanza de éstas en resolver lo que á ellas corresponde; y el hecho de retardar el pago del sueldo se halla en este caso"]; CS, "Don Herlado Eckell c. Empresa del Ferro-Carril del Sud", Fallos 28:75, 76 (1885) ["Que es de estricto derecho, que todas las consecuencias jurídicas de un siniestro marítimo (...) corresponden privativamente al juez de sección en cuyas aguas ocurre el hecho, y así se haya resuelto por la Suprema Corte en el caso que cita Eckell de las mensajerías fluviales con Don Santiago Cánepa"]; CS, "Varios Comerciantes Estranjeros [sic] c. D. Samuel Palacios y Compañía", Fallos 28:78 (1885) ["2º que apenas merece mencionarse que nuestra Constitución, en su art. 100, tomado de la norteamericana, art. 3º, sección 2ª, adoptando lo dispuesto en la Ley Judiciaria de los Estados Unidos de 1789, atribuyen al fuero federal las causas en que sean partes un ciudadano y un extranjero; y la Suprema Corte de la Nación, en la aplicación de este principio, ha observado una rigurosa uniformidad. t. 8, Série (sic) 1ª, p. 156, t. 9º, p. 350. t. 11, Série (sic) 2ª, p. 393, t. 14, p. 731"].

(49) CS, "Municipalidad de la Capital c. Isabel A. de Elortondo", Fallos 33:162 (1888) ["(P)orque cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sinó (sic) con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan, y que en cuanto vayan más allá, pueden ser respetadas pero de ninguna manera obligan el juicio del tribunal para los casos subsiguientes"]. Es evidente que si la Corte se refería a una "máxima de derecho", no se estaba refiriendo a una máxima de derecho español o romano. Era claramente una del common law. Y tanto era ello así que el párrafo transcripto es casi una traducción literal —sin citarlo— de la sentencia de la Corte Suprema norteamericana redactada por John Marshall en "P. J. Cohen and M. J. Cohen vs. Commonwealth of Virginia", 19 US 264, 399 (1821). ("It is a maxim not to be disregarded that general expressions, in every opinion, are to be taken in connection with the case in which those expressions are used. If they go beyond the case, they may be respected, but ought not to control the judgment in a subsequent suit when the very point is presented for decision". Este párrafo es seleccionado por Murphy and Kernochan como ejemplo de obiter dictum. JONES, Harry W. — KERNOCHAN, John M. — MURPHY, Arthur W., "Legal method. Cases and materials 131", Ed. Foundation Press, 1980).

(50) Entre muchos otros, ver CS, "Leonardo Mango c. Ernesto Traba", Fallos 144:19 (1925); CS, "Baretta, Miguel c. Provincia de Córdoba", Fallos 183:409 (1939); CS, "Cerámica San Lorenzo", Fallos 307:1094 (1985); CS, "Horacio Giroldi y otro", Fallos 318:514 (1995) y CS, "Alberto Damián Barreto y otra c. Provincia de Buenos Aires", Fallos 329:759 (2006).

(51) En CS, "Tellez c. Bagala", Fallos 308:552 (1986) (Arg.), la Corte reconoció efecto retro-prospectivo a una sentencia pronunciada una semana antes [CS, "Juan Luis Strada", Fallos 308:490 (1986)]. En CS, "AFIP c. Intercorp SA", Fallos 333:935 (2010); CS, "Mabel Itzcovich c. ANSeS", Fallos 328:66 (2005) y CS, "Rosza, Carlos A.", Fallos 330:2361 (2007), la Corte declaró la inconstitucionalidad de sendas normas federales allí cuestionadas, pero reconoció efecto íntegramente prospectivo a dicha declaración (es decir que la sentencia no afectó los casos en los cuales se la dictaba). Esta técnica es muy controvertida en el mundo anglosajón.

(52) Existen muchísimas sentencias en las cuales la Corte Suprema ha resuelto por remisión "a los fundamentos" de una sentencia anterior o, lisa y llanamente, al precedente, mencionándolo por su carátula. Entre los antecedentes más conocidos de sentencias que remiten, brevemente, a otras, figuran los fallos que, a veces muy sucintamente y por remisión a otros precedentes, declaraban la improcedencia del recurso extraordinario por contener cuestiones federales insustanciales. Ver, entre muchos otros, CS, Fallos 256:512, 513 (1963); "Carder SA c. Municipalidad de Santiago del Estero"; CS, Fallos 263:377 (1965); "Beltrán Laguyas c. Pegras SRL" (publicado sólo en sumario). La doctrina de las cuestiones federales insubstanciales fue tomada, como muchas otras doctrinas, de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana. Ver, p. ej., CS, "Corporación de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires c. Compañía de Ómnibus de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 194:220, 229 (1942). Pero, a diferencia de lo que ocurría en la Argentina de entonces, la Corte Suprema norteamericana había sancionado una regla específica que la autorizaba a proceder de ese modo. En la actualidad, esa regla también fue sancionada en la Argentina (arts. 280 y 285 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Anexo 08

Título: Los cambios de jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema y la aplicación retroactiva de los nuevos criterios en materia penal
Autor: Garay, Alberto F.
Publicado en: LA LEY1993-A, 786
Cita Online: AR/DOC/955/2001

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. -- II. El control judicial de constitucionalidad. -- III. Conclusión.

I. Introducción

1. El caso

El 10 de marzo de 1992, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió la causa "Juan C. Albornoz" (LA LEY, 1992-E, 98). Los hechos del caso eran los siguientes. El nombrado había sido detenido en un procedimiento policial. En su habitación, entre otros efectos, se secuestró 0,5 grs. de clorhidrato de cocaína. Tal hallazgo, junto con el de otros efectos sospechados, motivó la iniciación de las presentes actuaciones. La sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la absolución del imputado por el delito de tenencia de estupefacientes.

Para así resolver, según referencia la Corte (consid. 3°, párrs. 3° y 4°), la Cámara se remitió "a lo resuelto por esta Corte en las causas 'Capalbo' y 'Bazterrica' (LA LEY, 1986-D, 550; 582). Sostuvo asimismo que 'es de aplicación al caso el art. 2° del Cód. Penal, por cuanto la interpretación vigente del Tribunal Supremo de la Nación sobre la ley aplicable al tiempo de la comisión del hecho, integra el concepto de ley más benigna'".

Los ministros Levene, Fayt, Nazareno, Moliné O'Connor y Boggiano revocaron la sentencia apelada. Barra votó en disidencia, propiciando la confirmación del pronunciamiento apelado. Petracchi, Belluscio y Cavagna Martínez no firman ni el voto mayoritario ni la disidencia.

2. La decisión mayoritaria

La mayoría (consid. 6°), remitiéndose a lo decidido en "Montalvo" (LA LEY, 1991-C, 80), con transcripción de su consid. 12, y "en la medida en que lo resuelto por el a quo supone prescindir de la norma al agregar al tipo penal elementos extraños a él adolece de un vicio en la fundamentación normativa que torna procedente el recurso extraordinario" (cita omitida).

En el considerando siguiente se agrega:

"Que a esta solución no empece la remisión que el a quo hace a la jurisprudencia de este tribunal por aplicación del art. 2° del Cód. Penal, toda vez que la declaración de inconstitucionalidad de la ley, como la efectuada por este tribunal en los precedentes invocados por el a quo, sólo produce efecto dentro de la causa y con vinculación a la ley y a las relaciones jurídicas que la motivaron (Fallos: 247:325 --LA LEY, 102-770--), por cuya consecuencia no tiene efecto derogatorio genérico. Ello tanto más cuanto que la aplicación de la ley penal más benigna no puede alcanzar por analogía a la variación de la jurisprudencia (conf. V. 77, XXIII, 'Villada, Juan Carlos y otro s/robo calificado', del 9/10/90 --LA LEY, 1991-B, 499--; F. 260, XXIII, 'Frías, Hugo Daniel; Vila, Héctor Oscar y Flores, Julio Luis p/ robo de automotor calificado', del 26/2/91, y sus citas, entre otros)".

3. El voto disidente

Sobre el mismo punto recién transcripto, dijo el ministro Barra:

"6) Que esta Corte ya tuvo oportunidad de señalar que decisiones suyas que alteran sustancialmente la inteligencia de la legislación deben equipararse a cambios en ésta a fin de asegurar que la defensa en juicio sea una realidad en la República (Fallos: 308:552 --LA LEY, 1986-C, 167--), porque de lo contrario se daría una grave violación sustancial al privilegio de igualdad ante la ley y al derecho de defensa, análoga a la que procuró evitar esta Corte cuando admitió que aprove-chasen a los apelantes recursos interpuestos por terceros, a los efectos de evitar el escándalo jurídico que supondría que quienes son autores de hechos de similar naturaleza, reciban un tratamiento por completo diferente, por virtud de alternativas procesales no imputables a los interesados (Fallos: 307:2236 --LA LEY, 1986-B, 239--, conf. V. 77, XXIII, 'Villada, Juan C. y otros s/ robo calificado', del 9/10/90, voto en disidencia de los doctores Fayt, Petracchi y Barra).

7) Que sobre la base de lo expresado en el considerando anterior, no procede la tacha de arbitrariedad contra la sentencia que aplica analógicamente el art. 2° del Cód. Penal y considera que el derecho vigente más benigno al momento de cometerse el hecho por el que se sometió a proceso a Juan C. Albornoz, es el que reiteradamente aplicaba entonces esta Corte con sustento en sus precedentes 'Capalbo' y 'Bazterrica', hasta que por decisión del 11/2/90, "in re": 'Montalvo, Ernesto A. s/infracción ley 20.771', modificó su interpretación sobre el art. 6° de la referida ley".

© Thomson Reuters Información Legal

A continuación, y ceñido a los hechos del caso y a la argumentación transcripta, intentaré analizar los puntos más álgidos sobre los cuales discurren mayoría y disidencia. Esto es, procuraré desarrollar alguno de los múltiples aspectos que ofrece el control judicial de constitucionalidad de las normas que realiza la Corte Suprema y las consecuencias de un cambio de jurisprudencia que, a la postre, penaliza conductas que eran inmunes según la jurisprudencia abandonada, conductas que fueron ejecutadas antes de que se produzca el nuevo cambio de jurisprudencia.

II. El control judicial de constitucionalidad

1. Citas técnicamente inadecuadas

La afirmación de la mayoría referida a que la declaración judicial de inconstitucionalidad de una ley, sólo produce efecto dentro de la causa y con vinculación a la ley y a las relaciones jurídicas que la motivaron, contiene la cita --supuestamente en apoyo de tal afirmación-- del precedente "Banco de Mendoza c. Dirección General Impositiva" (Fallos: 247: 325; año 1960). Parece entonces apropiado acudir a ese precedente, a fin de confrontar sus hechos relevantes con los del caso bajo análisis.

El caso "Banco de Mendoza" versaba sobre una repetición de impuestos, donde ciertos accionistas privados del Banco habían debido abonar una fuerte suma de dinero en concepto de pago del impuesto a los réditos por el período 1945/1951, en virtud de una norma nacional del año 1946. El Banco provincial había sido anteriormente eximido del pago de un impuesto similar por virtud de una sentencia de la Corte, pronunciada en 1943, en la cual se había declarado la inconstitucionalidad del tributo en tanto gravaba renta del Estado provincial. Los accionistas privados pretendían que la declaración de inconstitucionalidad referida a la inmunidad de las rentas del Estado provincial pronunciada en 1943, tenía autoridad de cosa juzgada respecto de su caso, donde se impugnaba una norma federal sancionada tres años después, en 1946, que eximía a la renta del fisco provincial-accionista pero no a la de los accionistas privados.

Dentro de este contexto, dijo entonces la Corte Suprema:

"Semejante pretensión debe desecharse de plano. Porque discutiéndose en autos el pago del impuesto correspondiente a ejercicios comprendidos entre los años 1945/1951, no es aplicable lo decidido en causas anteriores acerca del acatamiento debido a los pronunciamientos del tribunal (Fallos: 205:614 --LA LEY, 44-170-- y otros). Y porque admitir que lo resuelto en agosto de 1943 tiene valor de cosa juzgada respecto del presente juicio --en el que se discute una norma legal dictada en 1946-- sería tanto como conceder que una decisión judicial ejecutoriada --más allá de la causa en que se dictó y de la ley a la que estuvo referida-- puede impedir o invalidar, anticipadamente, normas legales futuras, lo que evidentemente significaría no sólo desconocimiento de la naturaleza de la función judicial, sino incluso ruptura o trastorno de la organización constitucional de nuestros poderes (arts. 1°, 100 y sus correlativos, Constitución Nacional). Si una anterior sentencia de inconstitucionalidad existiera, como lo aduce la actora, ella sólo produciría efecto dentro de la causa y con vinculación a la ley y a las relaciones jurídicas que la motivaron (doctrina de Fallos: 183:76 --LA LEY, 13-493-- y 139:65) y de ningún modo podría hacerse extensiva a leyes y hechos futuros ni poseer la eficacia de una prohibición impuesta al legislador. El argumento de cosa juzgada, pues, no resulta atendible y así corresponde declararlo"(1).

Luego de esta transcripción es evidente que el contexto que rodeaba al caso bajo comentario y al del Banco de Mendoza era radicalmente distinto. La cuestión a resolver en uno y otro parece ser notablemente distinta, si bien emparentada con la misma problemática(2).

En "Albornoz" --causa penal y no de repetición de impuestos--, ni la Cámara ni el imputado aparecen reclamando la autoridad de la cosa juzgada respecto de lo resuelto en "Bazterrica" y "Capalbo". Tampoco estaba en discusión el cuestionamiento de nuevas leyes, supuestamente inconstitucionales por extensión. La Cámara (y la disidencia del ministro Barra) sostuvo que, por aplicación del principio legal de la ley penal más benigna (art. 2°, primer párrafo, Cód. Penal) (3) debía (a) equipararse la jurisprudencia a la ley y (b) siendo que la jurisprudencia vigente al momento del hecho era más benigna que la imperante al momento de la decisión, debía aplicar la primera. Es decir que la cuestión a resolver en uno y otro caso era diferente en sus hechos relevantes. De allí que, sin más, no podía acudirse a esa cita.

Consecuentemente, si con la mención del caso "Banco de Mendoza" la mayoría quiso apoyar su afirmación relativa a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en un caso anterior, es evidente que eligió de modo inapropiado el precedente en el cual apoyarse o al cual remitirse, dado que éste se refiere a una situación cuyos hechos relevantes eran diferentes. En "Albornoz" no se discutía la supuesta cosa juzgada de la declaración de una inconstitucionalidad anterior. Por otro lado, si lo que quiso fue establecer una nueva pauta o principio para juzgar el caso sometido ahora a decisión, es evidente que lo hizo sin suministrar cuál es el sustento de tal postura.

En cuanto a la cita del caso "Villada", ella es doblemente perturbadora. Allí se había intentado una asimilación entre la jurisprudencia y la ley, en juego con el art. 2°, segundo párrafo, del Cód. Penal, a través del recurso de revisión que prevé el art. 551, inc. 4° del Cód. de Proced. en Materia Penal (4). La Cámara de Apelaciones había denegado el recurso, decisión ésta contra la cual se dedujo el remedio federal. A diferencia del caso "Albornoz", que involucraba el primer párrafo del art. 2° del Cód. Penal y donde la sentencia apelada era absolutoria, en "Villada" la sentencia indirectamente cuestionada se refería a una condena pasada en autoridad de cosa juzgada.

A mi modo de ver, estas diferencias no son menores o especiosas. Diversas razones pueden ofrecerse para solucionar ambos casos de modo desigual. Pero, más allá de que el caso "Villada", como postulé en una oportunidad anterior, no exhibe mayor fundamentación(5), existe una afirmación allí formulada que, en principio, podría ser considerada en franca contradicción con la intervención de la Corte en el caso "Albornoz". Dijo la mayoría:

"9) Que desde antiguo esta Corte tiene establecido que la garantía de igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (citas omitidas) principio que es aplicable a una ley que contempla en forma distinta situaciones iguales; pero no puede alcanzar por analogía a las variaciones de jurisprudencia, que no constituye cuestión federal alguna".

Aunque huelgue decirlo, si las variaciones de jurisprudencia no constituyen cuestión federal alguna, la Corte habría carecido de competencia para rever la sentencia absolutoria de Albornoz, en la parte referida a las consecuencias de la variación jurisprudencial. Sin embargo, debo destacar que no coincido con el razonamiento que acabo de formular. Y no coincido pues, así como lo he formulado, se trata de adoptar el mismo estilo de razonamiento "al bulto" bajo crítica. No obstante, no puede desconocerse que si se adopta ese derrotero, como a veces sucede, aquella conclusión parece inevitable.

En suma, los casos citados no guardaban analogía relevante con el que se tenía que resolver. De allí que --desde un punto de vista estrictamente técnico, referido a la particular forma de razonamiento judicial basado en casos anteriores-- sostuviera que las reglas establecidas en ellos no podían aplicarse sin más a éste. El razonamiento judicial basado en casos anteriores difiere del basado en normas generales (v. gr., leyes) en un aspecto crucial. En el primero, a diferencia del segundo, la norma suele ser creada de forma particular, ceñida a las circunstancias de hecho de cada caso. Su justificación también está vinculada a esas circunstancias. Como no existen dos casos estrictamente iguales, para aplicar la regla o norma particular establecida en uno anterior, el tribunal llamado a resolver un nuevo conflicto debe definir previamente (a) cuál es la norma o regla establecida en el precedente y (b) si las circunstancias de uno y otro son semejantes en sus aspectos relevantes, de modo de aplicar o no la regla preestablecida y su justificación. Si no se repara como mínimo en estos detalles, se corre el riesgo de aplicar una regla o norma y su justificación anexa que no se ajustan a los hechos para los cuales fue establecida. A mi modo de ver, esto ocurrió en el presente caso.

Seguramente, parte de la explicación de este proceder --a mi entender técnicamente inadecuado-- puede ser la brindada por Genaro R. Carrió:

"Entre nosotros, empero, no se ha desarrollado una buena técnica para fundar correctamente un fallo en otros. No hemos sido ni estamos adiestrados en el manejo de la jurisprudencia como fuente de decisiones. Somos diestros, en cambio, en el manejo de la ley. En lugar de analizar los hechos de casos anteriores para verificar con la mayor precisión posible qué fue lo que realmente se decidió, preferimos deducir de párrafos sueltos, muchas veces tomados fuera de contexto, la solución del problema o del caso que tenemos a examen (6).

Casi siempre la solución es extraída directamente de la ley, y la llamada 'doctrina' de fallos supuestamente concordantes mencionada nada más que para robustecer la fuerza de convicción de aquella inferencia independiente (7).

Claro está que ése no es un defecto imputable a nuestros jueces y juristas. Es imputable a las creencias que se encuentran a la base de nuestro sistema jurídico, el sistema propio de la Europa continental. Esas creencias asignan una importancia excesiva al papel del legislador y, paralelamente, oscurecen el de los jueces (8). Estos pagan tributo a tales creencias y no conciben otro modo de participar efectivamente en la dinámica jurídica que mediante la enunciación de normas generales... Hay una especie de atracción hacia lo abstracto, un deseo de superar el marco de los hechos del caso, utilizándolos como trampolín para saltar a construcciones de vasto alcance ... De allí también que cuando nos toca manejar normas que han nacido del contacto con los hechos, nos apresuramos a cortar el cordón umbilical que las liga con éstos, para quedarnos con la norma como sustrato de sentido independiente y autónomo ... Como dijimos más arriba, estos peligros son particularmente graves cuando la sentencia que sirve de supuesta base para las nuevas deducciones emana de un tribunal que, como la

Corte Suprema argentina, está en la cúspide de la estructura jurisdiccional y es intérprete último y custodio de la Constitución Nacional. Hay un correctivo para ello: observar celosamente una norma de cautela en la enunciación de los fundamentos de los fallos del alto tribunal. Toda línea de interpretación constitucional, lejos de asumir la forma de un despliegue analítico de algún ukase emitido por la Corte, debe dar la impresión de algo a lo que se ha arribado por grados paulatinos, sobre la base de acumular experiencia y aquilatar los resultados de decisiones anteriores"(9).

Debo destacar que la Corte pudo haber citado esos casos y muchísimos otros donde se sostuvo que, con fundamento en la división de poderes, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son inter partes, y no erga omnes, para extraer de aquéllos un principio o una doctrina que abarcara el particular supuesto bajo examen. Sin embargo, aun en tal hipótesis, debería justificarse por qué se abraza dentro de esa doctrina o principio a este caso. Ello así en tanto dicha justificación no es auto-evidente, como mínimo, en el caso sometido a decisión.

2. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad

La crítica precedente debe ser tomada dentro del contexto en que se formula. De hecho, como quedó dicho, lo afirmado por la mayoría en cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y en tanto principio o teoría sobre la división de poderes, es --en principio-- descriptivamente adecuada. Ni en el sistema de control judicial de constitucionalidad argentino ni en el norteamericano --que es el que la Constitución Nacional ha seguido-- la declaración de inconstitucionalidad de una norma produce la derogación de ella (10). Su efecto es inter partes.

Sin embargo, postular dicha teoría o principio ad hominem, sin ningún tipo de precisiones, es descriptivamente incorrecto o, si se prefiere, incompleto. Ya decía O. W. Holmes que las proposiciones generales no resuelven casos concretos (11).

Como primera aproximación y a grandes rasgos, debemos recordar que existen dos grandes variantes acerca de los efectos del control de constitucionalidad representadas por el sistema norteamericano y el europeo. En este último, el control suele tener efectos erga omnes. En caso de declararse la inconstitucionalidad de una ley, dicha declaración afecta la validez y la vigencia de la norma en todos los casos. No está ceñida a las partes del litigio (12). En el sistema norteamericano, si bien, en principio, el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es inter partes, por virtud del stare decisis, todos los casos cuyas circunstancias relevantes sean similares o análogas, deben ser resueltos de la misma manera, tanto por los tribunales inferiores cuanto por la Corte Suprema (13).

Luego de esta breve y somera referencia debemos determinar a qué sistema sigue la práctica argentina. Creo que es indiscutible que no sigue al europeo. Pero es innegable que tampoco ha adherido de modo continuado, expresa y fielmente al norteamericano, en punto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad más la doctrina del stare decisis. El nuestro parece consistir en una variante vernácula, errática y muy débil --particularmente en los casos importantes--, del último. Volvamos al caso bajo examen.

Uno de los aspectos centrales a analizar en "Albornoz" versaba sobre los alcances atribuibles a las sentencias de la Corte en las causas "Capalbo", "Bazterrica" y muchas otras, donde había declarado la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771 (Adla, XXXIV-D, 3312), en tanto penalizaba la tenencia de drogas para consumo personal. Si se consideraba, como finalmente hizo la disidencia del ministro Barra y la sala VI de la Cámara, que el derecho judicial vigente (ley, en sentido amplio) al momento de cometerse el hecho --bajo circunstancias análogas-- establecía que el art. 6° de la ley 20.771 era inconstitucional, la absolución de Albornoz era inexorable. La conducta que se le reprochaba había sido ejecutada durante la vigencia de esa línea jurisprudencial.

Si nuestro sistema está basado en el norteamericano, la solución propiciada por el ministro Barra es la que más se ajusta a esa concepción del control de constitucionalidad. En un caso análogo, la Corte Suprema norteamericana sostuvo:

"La cláusula que prohibe las leyes ex post facto es una limitación que pesa sobre los poderes de la Legislatura, ver 'Calder vs. Bull', 3 Dall. 386 (1798), y no se aplica por su propia fuerza a la rama judicial del gobierno. 'Frank vs. Magnum', 237 U.S. 309, 344 (1915). Pero el principio sobre el cual se basa esa cláusula --la noción acerca de que las personas tienen derecho a recibir una advertencia suficiente (fair warning) sobre aquellas conductas que darán nacimiento a penas criminales-- es fundamental en nuestra concepción de la libertad constitucional. Ver 'United States vs. Harriss', 347 U.S. 612, 617 (1954); 'Lanzetta vs. New Jersey', 306 U.S. 451, 453 (1939). Como tal, ese derecho es protegido frente a conductas judiciales por la cláusula del debido proceso de la Enmienda Quinta. En 'Bouie vs. City of Columbia', 378 U.S. 347 (1964), caso que involucraba similar cláusula contenida en la Enmienda Catorce, la Corte revocó las condenas ... con base en que

ellas se apoyaban sobre una interpretación inesperada de las leyes aplicadas por la Corte Suprema estadual:

Una inesperada interpretación amplia de una ley penal, aplicada retroactivamente, opera precisamente como una ley ex post facto, tal como prohíbe el art. I, § 10 ... Si la cláusula de las leyes ex post facto prohíbe a una legislatura estadual sancionar tales leyes, debe seguirse que una Corte Suprema estadual, por virtud de la cláusula del debido proceso, está impedida de alcanzar precisamente el mismo resultado a través de una interpretación judicial"(14).

Pero la mayoría no adhirió al voto del ministro Barra sino que prefirió apelar a otra argumentación. Como se dijo más arriba --y prescindiendo de la ausencia de semejanzas con los casos que cita--, sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad sólo produce efectos entre las partes y con relación a la ley y a las relaciones jurídicas que la motivaron. Sostuvo también que la declaración de inconstitucionalidad de una ley no tiene por efecto su derogación y que las variaciones jurisprudenciales no afectan la cláusula de la igualdad ante la ley. Por hipótesis imaginemos que la mayoría tiene en mira la división de poderes. Supongamos que ella estaría implicando que adoptar la visión defendida por Barra, presupondría que la declaración de inconstitucionalidad produce, de hecho, cierto efecto derogatorio de la ley. Y agreguemos, dentro de idéntica tesitura, que la división de poderes no toleraría tal efecto semi-derogatorio.

Una primer observación a lo dicho es que, así circunscripto, nuestro sistema de control de constitucionalidad, como sostuve más arriba, ni es el norteamericano ni es el europeo. Se trataría de uno "original", sería algo así como una versión criolla donde la declaración de inconstitucionalidad no trasciende el caso en el que se produce. Sólo afectaría a las partes del litigio y nada más. Y esto, desde un punto de vista institucional y social, no parece ser muy grave, desde que tal declaración quedaría circunscripta a ese caso. Tampoco debería importar, obviamente, si han existido una o decenas de casos donde tal declaración se ha efectuado ("Bazterrica" y su progenie).

¿Cree el lector que ésta es una fiel representación de nuestro sistema? Y si la respuesta fuera afirmativa, ¿cree que tendría sentido decir, como se dice desde antiguo, que la declaración de inconstitucionalidad es la ultima ratio del orden jurídico, o que es un acto de suma gravedad institucional, o expresiones equivalentes? (15) .

Sinceramente, creo que deben ser muy pocos --si los hay-- quienes adhieran a una teoría tan restringida. Creo que ni los jueces que firman el voto mayoritario sostienen seriamente una teoría tan estrecha y solitaria.

Sostengo que si la declaración de inconstitucionalidad es la ultima ratio del orden jurídico es no sólo porque, en el caso, no se aplica una norma general sancionada por los representantes del pueblo sino también y, precisamente, porque dicha declaración, en principio, se proyectará a todos los casos similares que en el futuro deba resolver el tribunal. No debe olvidarse que tal prevención (v gr., ultima ratio) fue tomada de la jurisprudencia norteamericana, donde, como se dijo, rige la doctrina del stare decisis (16).

Sostuve más arriba que creía que los firmantes del voto mayoritario no participaban de una teoría tan estrecha como la enunciada. Sólo me falta proporcionar argumentos que avalen esa creencia.

Para lograr este cometido me sumergí en la búsqueda de sentencias de la Corte actual donde se hubiera declarado la inconstitucionalidad de alguna ley. Sólo encontré un caso, donde por remisión a otro resuelto por la Corte en su integración anterior, sumariamente y sin añadir argumento o salvedad alguna, se procedía en tal sentido (17). Obviamente, si bien era un indicio, esto no era suficiente para argumentar que la mayoría no piensa como en este caso parecería que piensa.

Consecuentemente acudí a otros casos que --en tanto ejercicio del control de constitucionalidad-- constituyen la contracara de la declaración de inconstitucionalidad. A saber, casos donde se declara, legitima o convalida constitucionalmente una ley o algún decreto. Esta función legitimante es, a no dudarlo, tan importante como la invalidante (18). Y aquí confirmé mi creencia.

Las expresiones de la mayoría actual de la Corte son concluyentes. En autos "Gaggiamo", por ejemplo, el alto tribunal debió pronunciarse en un caso en que por ley provincial del año 1984 se había derogado una ley anterior del gobierno militar (de 1983). Además, consideraba caducos todos los derechos nacidos de esta última. La ley derogada se trataba de una de las llamadas "jubilaciones de privilegio" y H. J. C. Gaggiamo era uno de sus beneficiarios. La Corte Suprema, por mayoría de 5 a 3, revocó la sentencia del superior tribunal santafesino que había convalidado la constitucionalidad de la ley de 1984. En el considerando 12, refiriéndose a lo expresado por el tribunal provincial en cuanto a esa ley de facto y a la validez constitucional de la ley posterior que declaraba la caducidad de los derechos emanados de la primera, sostuvo:

"Que, a título confirmatorio, interesa poner de relieve que el mantenimiento de la doctrina del a quo privaría de real consistencia jurídica y convertiría en revocables en cualquier momento --por acto absolutamente

discrecional e inmodificable del Estado de jure-- a los centenares y centenares de miles de jubilaciones durante los dilatados períodos de facto --14 de los últimos 25 años-- que los argentinos han conocido; y ello sin que los perjudicados pudieran invocar derecho subjetivo alguno ni tutela constitucional. Sería éste uno de los resultados 'disvaliosos' que los jueces, en tanto les sea posible, deben rechazar con energía (caso 'Saguir y Dib', Fallos: 302:1284 --LA LEY, 1981-A, 401-- y los muchos que en él se inspiran). A este respecto es ilustrativa y orientadora la clásica frase que Oliver Wendell Holmes escribió hace muchísimo tiempo: 'es un deber de los jueces ponderar las consecuencias sociales de su decisión' ('The path of the law', Harvard Law Review, vol. 10, p. 467)"(19).

El párrafo transcripto es elocuente. Al adherir a lo expuesto por Holmes, la mayoría de la Corte no ignora, presumo, que Holmes escribe desde su visión del Derecho, esto es, desde el sistema norteamericano, stare decisis mediante. Pues, en principio, sólo puede hablarse de "consecuencias sociales" de "una" decisión judicial, cuando la decisión de un tribunal tiene efecto vinculante respecto de los demás casos similares que deberá resolver ese tribunal y los inferiores. Por último, la afirmación relativa a la ausencia de consistencia jurídica de centenares de miles de jubilaciones (más allá de su exageración) produce un doble efecto confirmatorio. Por un lado, tal aserto sólo sería concebible en materia de control de constitucionalidad, si se entiende que este control (sea, a la postre, convalidatorio o desestimatorio de la norma) trasciende el caso sometido a decisión y sirve de precedente para los análogos subsiguientes. Por el otro, aquella afirmación permite inferir, a contrario sensu, que para esa mayoría de la Corte, la desestimación de la doctrina mantenida por el tribunal provincial, otorgaría real consistencia jurídica a los centenares de miles de jubilaciones aludidas.

Finalmente, ecos similares resuenan en el famoso caso "Peralta" (LA LEY, 1991-C, 158), donde se cuestionó el decreto del Poder Ejecutivo nacional 36/90 (Adla, L-A, 58). Allí, en el considerando 59, se dijo:

"Que de lo expuesto surge la validez de los poderes puestos en juego por el legislador (sic) y la razonabilidad del modo como los ha ejercido. El mérito, oportunidad o conveniencia de su decisión no es tema que incumba decidir al Poder Judicial. No escapa empero a esta Corte la lamentable situación en que puedan hallarse muchos de los afectados"(20).

El párrafo en bastardilla pone de relieve que al resolver el caso "Peralta", la mayoría de la Corte tiene en miras un efecto, más allá de las partes involucradas, de su pronunciamiento convalidatorio sobre las situaciones jurídicas análogas que involucren la interpretación de ese decreto. De lo contrario, tal expresión carecería de sentido.

A la luz de lo expresado por la mayoría en estos precedentes, espero haber demostrado que mi creencia acerca de la idea que del control de constitucionalidad tienen esos integrantes del alto tribunal, es acertada. En importantes precedentes, a través de locuaces dicta, han dejado traslucir su pensamiento acerca de los efectos del control de constitucionalidad, en el sentido que éste trasciende el caso sometido a decisión (21).

A esta altura, sin embargo, queda por responder un interrogante. Si la mayoría, en otros casos, ha dado por sentado que los efectos de una sentencia donde la Corte ejerce el control de constitucionalidad, vincula la decisión de otros casos similares, por qué en el caso "Albornoz" ha defendido la tesis contraria.

Como la Corte no se ha manifestado expresamente sobre el punto, estamos obligados a evaluar, especulativamente, qué valores podrían soportar tal aparente contradicción. Una respuesta inicial podría intentar distinguir cualitativamente los casos donde la Corte convalida constitucionalmente una norma y aquéllos donde la desestima. Sin embargo, no he podido hallar algún fundamento constitucional y valorativo serio que tolere tal distingo. A mi modo de ver, desde un punto de vista teórico y práctico, tan trascendente es una actividad como la otra. Si no hay violación a la división de poderes en un caso, no la existe en el otro.

A la luz de lo expuesto, la teoría que con pretensión descriptiva defendiera sin cortapisas que las sentencias de un tribunal que ejerce control de constitucionalidad, sólo surten efectos "inter partes" y no vincula las posteriores decisiones del mismo tribunal y la de los inferiores, en casos análogos, es pasible de una de las críticas más severas que se pueden formular contra una teoría. A saber: no actúa sobre la realidad. Los casos a que he hecho referencia ponen de manifiesto que la Corte Suprema actual juzga que sus decisiones constitucionales trascienden el caso en que se pronuncian.

Una de las enseñanzas que pueden deducirse de lo expuesto es que las expresiones de cualquier tribunal jamás deben ser sacadas de contexto. La Corte, muchas veces ha dicho que la declaración de inconstitucionalidad no tiene efecto derogatorio genérico de una ley. Ello debe ser aprehendido dentro del contexto en que se pronuncia. Obviamente, en el orden federal, una ley sólo puede ser derogada por otra. Pero ello no excluye que, dentro del Poder Judicial y ante casos análogos, el tribunal llamado a decidir deba hacerlo del mismo modo que en el caso anterior. No por efecto de la cosa juzgada, sino por efecto de la obligatoriedad de los precedentes. Para los tribunales o, como mínimo, para la Corte Suprema (incluyendo a la actual), la

doctrina que emana de sus precedentes es el derecho vigente.

3. Conexión entre los cambios de jurisprudencia y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad

En el acápite anterior, intenté demostrar que, con carácter general, la declaración de inconstitucionalidad (o de constitucionalidad) trasciende el caso concreto, como consecuencia de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes. La ley no es derogada. Pero, dentro de la órbita de otro de los órganos de Gobierno que establece la Constitución, el Poder Judicial, o, como mínimo, en su cúspide, y en tanto los casos subsiguientes sean similares al leading case, ellos serán resueltos del mismo modo que aquél. El ejemplo que más se ajusta a este aspecto de la cuestión (y hay decenas más) es el que brindan todos los casos análogos y posteriores a "Bazterrica", que fueron decididos en el mismo sentido que éste.

Pero el caso "Albornoz" plantea un conflicto diferente, sin bien íntimamente relacionado. Para abordarlo no podemos eludir el hecho que algunos acontecimientos trascendentes ocurrieron entre 1986 y 1992.

Como se recordará, en 1990 se amplió el número de integrantes de la Corte Suprema de cinco a nueve miembros. Como consecuencia de ello, a lo que se añadió la existencia de dos vacantes, el gobierno del Presidente Menem tuvo la oportunidad de llenar seis cargos. Varios precedentes importantes resueltos por la Corte en su anterior integración fueron abandonados por la nueva mayoría. Entre éstos figura "Bazterrica", cuya doctrina fue dejada de lado hacia fines de 1990, en la causa "Montalvo". La línea jurisprudencial que marcan "Bazterrica" y su progenie y "Montalvo" y su progenie, sirve para ejemplificar la mayor o menor fuerza de la teoría de la obligatoriedad del precedente, dentro de nuestro sistema, ante un cambio abrupto en la integración del cuerpo.

El caso "Albornoz" planteaba entonces una situación conexa pero distinta. En el momento en que fue arrestado por tenencia de estupefacientes (para consumo personal), dicha conducta no era punible dentro de la órbita del Poder Judicial. La Corte en muchos casos desde 1986 había juzgado que esa acción estaba amparada por el art. 19 de la Ley Fundamental.

Pero al momento de dictar sentencia, la Corte, en su nueva integración, había cambiado la jurisprudencia. Por lo tanto, y dentro de este contexto, la cuestión a resolver en este caso versaba sobre la obligatoriedad de los precedentes establecidos por la misma Corte, pero distinta integración, respecto de una conducta amparada por aquéllos y desarrollada cuando esos principios estaban vigentes. A ello corresponde agregar que dichos precedentes habían sido abandonados con posterioridad al hecho que motivó el proceso.

La Cámara de Apelaciones y la disidencia del ministro Barra consideraron que el derecho constitucional vigente al momento del hecho inmunizaba la conducta reprochada (22).

Con ello, evidentemente, jerarquizaban la fuerza vinculante de los precedentes. De hecho, hacían prevalecer la doctrina del precedente por sobre el texto contrario de la disposición legislativa. Al margen de la fundamentación que ambos otorgan a su postura, no puede olvidarse que lo establecido en esos casos, en definitiva, se basaba en la interpretación de una norma de rango superior a la ley, v. gr., el art. 19 de la Constitución Nacional (según como la interpretaba la Corte Suprema al momento de hecho). Este era el derecho judicial vigente a ese entonces. Su aplicación, especialmente en materia penal y considerando que se trataba de la inmunidad del encartado, bien podría haberse reforzado con apoyo en el principio que subyace al art. 18 de la Constitución Nacional. No parece razonable que, a través de una sentencia, se logre el propósito que la Ley Fundamental expresamente ha vedado. Si para castigar penalmente a alguien es necesario que la conducta esté tipificada en una norma y si, además, dicha norma debe ser anterior a la ejecución de la acción, parece ser un corolario válido de tal mandato que nadie pueda ser penado, sin juicio previo, fundado en una interpretación judicial de la ley, anterior al hecho del proceso. Y esta interpretación, en el caso, eximía de reproche penal al inculpado. A ello podría agregarse que el derecho de defensa del inculpado se vería gravemente comprometido. Pues, en definitiva, él poseía estupefacientes para consumo personal amparado por la jurisprudencia vigente a ese momento.

Si con posterioridad, esa interpretación es abandonada y se adopta otra que convalida constitucionalmente ese precepto y --más allá de que se comparta o no la fundamentación de tal cambio-- no debería reconocérsele efecto retroactivo. Pues es evidente que se estaría convalidando en favor del Poder Judicial una conducta que le está vedada expresamente al Poder Legislativo. Y no se advierten razones de peso suficiente como para admitir tal posibilidad en favor del primero.

a. Una objeción y su refutación

Esta argumentación podría ser merecedora del siguiente reproche. A través de una falacia se estaría colocando a la jurisprudencia por sobre la ley. Puesto que el efecto que se logra es, precisamente, el de conferirle al precedente la cualidad derogatoria de la ley que siempre se le ha negado.

A ello cuadra la siguiente refutación.

Reiterando lo ya expresado más arriba, la obligatoriedad de los precedentes, siempre ha sido tenida en cuenta, con mayor o menor intensidad, por el alto tribunal. Esa obligatoriedad produce el seguimiento de los principios establecidos en un caso anterior. Si en él se declaró la inconstitucionalidad de una norma, en los casos análogos se reiterará tal consecuencia y se prescindirá de su aplicación en el caso concreto.

El uso del vocablo "derogatorio" es notablemente persuasivo. En nuestras creencias jurídicas se rechaza la idea que la fuerza de un precedente "derogue" una ley (como también se la rechaza en el sistema norteamericano). Pero quienes adherimos a la obligatoriedad de los precedentes no creemos que su efecto sea la "derogación" de la norma legal. Ese término debe ser confinado a la órbita legislativa, pues allí es donde opera con significado. Predicar que un precedente "deroga" una ley involucra un empleo desatinado del lenguaje. Ese mal uso constituye un sin sentido jurídico. Para clarificarlo con un ejemplo de Genaro R. Carrió, afirmar tal efecto derogatorio es tan absurdo como afirmar que un grupo armado tiene "competencia" para efectuar un golpe de Estado (23).

Cuando se declara la inconstitucionalidad de una norma ella no es "derogada" por esa declaración, del mismo modo que ella tampoco es "promulgada" o "sancionada" por efecto de una sentencia que la convalida o legitima constitucionalmente. Esta última observación pone de relieve el uso persuasivo al que aludí más arriba. Jamás se ha sostenido que la sentencia que convalida constitucionalmente una ley la "sancione" o la "promulgue" o tenga ese efecto. Creo que es un sentimiento compartido el que tal idea sería un disparate. Sin embargo, para ser congruentes y si se coincide en que la invalidación y la convalidación constitucionales son dos caras de un mismo fenómeno, v. gr., el control de constitucionalidad, tales expresiones deberían ser vistas como adecuadas.

III. Conclusión

Debo destacar que he intentado denodadamente encontrarle un justificativo razonable a la posición de la mayoría, a la luz de las declaraciones, derechos y garantías consagradas en la Constitución. No pude hallarlo. Igual imposibilidad encontré, como quedó dicho, considerando el principio de la división de poderes. Creo haber demostrado, por otra parte, que la fundamentación ofrecida por los cinco jueces referidos no era la adecuada para resolver este caso.

La declaración judicial de inconstitucionalidad de una norma, reitero, no produce ni su derogación ni su desaparición del Boletín Oficial. Pero, del mismo modo, el cambio de jurisprudencia tampoco borra la jurisprudencia anterior ni la obligatoriedad de ella, como mínimo, respecto del mismo tribunal.

Atenta contra la seguridad jurídica y contra el principio de tratar los casos iguales del mismo modo, el que un tribunal prescinda de la fuerza vinculante de sus propios precedentes, al punto de cambiar la jurisprudencia y aplicar los nuevos principios retroactivamente, en materia penal, como si nada hubiera pasado en los cuatro años anteriores y como si, además, la Constitución Nacional careciera de cláusulas que pueden ser válidamente interpretadas como obstáculo a tal aplicación.

Durante dicho lapso el mensaje que sobre este tema la Corte Suprema transmitía a la sociedad fue suficientemente claro. No iba a convalidar el castigo de conductas como la analizada, puesto que consideraba que dicho castigo era inconstitucional. Parece más que razonable que, al amparo de dichos principios, los habitantes se hayan sentido protegidos por tales declaraciones. Es más. Si un cliente venía a su estudio jurídico en 1990, y le preguntaba cuál era la consecuencia jurídica de tener droga, en escasas cantidades, para consumo personal, ¿Ud., le habría dicho que si era aprehendido iba a ser condenado? Creo que la respuesta de muchos, más allá de sus reparos morales (o no), habría sido negativa. Le hubiéramos informado que en tanto su conducta no trascendiera de su intimidad, la Corte consideraba que era inmune a la autoridad represiva del Gobierno. Con igual perspectiva enfocaríamos hoy el problema de cualquier cliente perjudicado por el llamado Plan Bónex (caso "Peralta"). La Corte, en su actual integración, ha convalidado constitucionalmente el decreto del Poder Ejecutivo. Esta es la realidad. Nos guste o no. No tendría ningún sentido alentar a un cliente a iniciar la vía judicial, sin advertirle que es muy probable que si los integrantes de la Corte siguen siendo los mismos, su reclamo no prosperará por más incorrectamente fundada que consideremos esa decisión (24). El resto, son meras formulaciones abstractas.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1)Sobre la distinción entre los efectos de la cosa juzgada y el stare decisis ver BATOR, Paul M., MELTZER, Daniel J., MISHKIN, Paul J., SHAPIRO, David L., "Hart and Wechsler's the federal courts and the federal system", p. 1598, nota 2, Foundation Press, 3rd. ed. 1988, FIELD, Oliver P., "The effect of an unconstitutional statute", p. 158, The University of Minnesota Press, 1935; CUETO RUA, Julio C., "El

Common Law. Su estructura normativa-Su enseñanza", LA LEY, 84-765; 816; 910 y 85-800 y 881.

(2)Ver, GARAY, Alberto F., "La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes (aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión y su relación con el caso 'Montalvo'), JA, 1991-II-870 y 'Efectos ex nunc' de un cambio de jurisprudencia: el caso "María Esther Tellez c. Bagala S. A.", ED, 146-967. (Ver LA LEY, 1986-C, 166).

(3)Dice el art. 2° del Cód. Penal: "Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho".

(4)Dice dicho artículo: "Habrá lugar al recurso de revisión contra las sentencias pasadas en autoridad de cosas juzgada, aunque haya sido pronunciada por la Suprema Corte de Justicia, en los casos siguientes: ... Cuando una ley posterior haya declarado que no es punible el acto que antes se consideraba como tal o haya disminuido su penalidad".

(5)Ver GARAY, Alberto F., "Efectos 'ex nunc' de un cambio de jurisprudencia: El caso "María Esther Tellez c. Bagala S. A.", ED, 146-967, 982, nota 54.

(6)(Nota 25 del texto transcripto) Tal actitud significa echar en olvido que, como señala Cardozo en "The nature of the judicial process" "los casos no despliegan el principio que los inspira con facilidad. Ellos dejan ver su médula lenta y penosamente. El ejemplo no puede servir de base a una generalización hasta que no lo conocemos tal cual es. Esa no es tarea sencilla. Porque el tema de la decisión se da muchas veces enmarañado con dicta, que deben ser arrancadas y dejadas a un lado" (la bastardilla es nuestra).

(7)(Nota 26 del texto transcripto) En el trabajo citado en la nota 22 de este capítulo dice Eugen Ehrlich: "Es menester de la ciencia jurídica enseñar el derecho tal como funciona. Quienquiera que conozca únicamente 'la intención del legislador' está todavía muy lejos de conocer el derecho realmente vigente. En este sentido la concepción dogmática tradicional, debe ser contrapuesta a una concepción dinámica. Para esta última el problema no consiste simplemente en saber qué significa una regla, sino cómo vive y opera, cómo se adapta a las diferentes relaciones de la vida, cómo se busca eludirla, y cómo ella consigue impedir que tal cosa ocurra. Aquí debemos mirar ante todo las decisiones de los tribunales. Principalmente de las mismas podemos aprender el ius quod est, solamente de ellas podemos inferir qué reglas de decisión han ingresado efectivamente en la vida cotidiana, y cómo han llegado a hacerlo. Pero no es suficiente citar fallos en un texto, o en notas, y aprobarlos o reprobarlos según se los considere correctos o incorrectos (§ 22, ps. 77-78) (la bastardilla es nuestra).

(8)(Nota 27 del texto transcripto). "Nos ocupamos de este tema en el artículo titulado 'Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho', que publicamos en 'Lecciones y Ensayos', año 1957, N° 6, ps. 27-37". En nuestro medio cultural, es mérito de Cossio y de sus discípulos haber puesto en claro las limitaciones inherentes al enfoque del derecho propio de la actitud dogmática, y haber tratado de fundamentar una nueva ciencia jurídica: "El origen de las creencias que están a la base de la dogmática está claramente expuesto por Puig Brutau (op. cit., ps. 130 y sigts.). Dice este autor: "La jurisprudencia, en el sentido de ciencia jurídica romana, no coincide con la Rechtwissenschaft de los alemanes. Hace notar Schulz que los juristas romanos no sentían la menor inclinación por la teoría abstracta y sus responsa obedecían, como ya hemos dicho, al método que resume el aforismo solvitur ambulando. En cambio, advierte el mismo autor, la moderna ciencia del derecho en Europa tuvo su origen en Bolonia y no puede desmentir o negar su progenie. Así como para un jurista romano clásico la interpretación del escaso material legislativo constituía una tarea secundaria, los profesores de Bolonia fundaban todo su método y su entera ciencia en la interpretación de los textos justinianeos. Por ello, toda la doctrina jurídica del derecho continental europeo muestra la tendencia a fundar la ciencia del derecho en la interpretación de un texto legislativo" (ps. 132-133). Y poco más abajo señala, en consonancia con esto, que "... el método propio del jurista romano clásico no es, precisamente, el de los derechos romanizados de Europa, sino el que caracteriza el case law o derecho del caso anglosajón".

(9)Párrafos extraídos de CARRIO, Genaro R., "Recurso de amparo y técnica judicial", ps. 174-178, Ed. Abeledo-Perrot, 2ª ed. aumentada, 1987.

(10)En cuanto al sistema argentino ver, entre muchos otros, BIDART CAMPOS, Germán J., "El derecho constitucional del poder", t. II, p. 318, Ed. Ediar, 1967; SAGÜES, Néstor P., "Recurso extraordinario', t. 1, ps. 182, § 78 y sus citas, Ed. Astrea, 1992; BIANCHI, Alberto B., "Control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales", p. 232, Ed. Abaco, 1992. En cuanto al sistema norteamericano, dice Gerald Gunther: "Bajo la teoría clásica establecida en "Marbury", un tribunal confrontado con una ley inconstitucional simplemente se niega a ejecutar dicha ley en el caso sometido a consideración. En los países de tradición

romanista (civil law countries), por el contrario, un tribunal que ejerce control de constitucionalidad dicta una sentencia de invalidez general de la norma, que obliga en todos los casos y no solamente en el que tiene a decisión. Pero aquí también, el derecho civil y el norteamericano se hallan más cerca en la práctica que en la teoría. Decir, como dijo una vez un tribunal norteamericano, que una decisión sobre la constitucionalidad de una norma "afecta sólo a las partes, y que no hay sentencia en contra de la ley", "Shephard vs. Wheeling", 4 S. E. 635 (West Virginia, 1887) no refleja la historia completa del asunto. Por ejemplo, el alcance práctico de una decisión judicial más allá de las partes del litigio es de algún modo asegurado por la ordinaria adhesión judicial al stare decisis.

Pero decir que una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma afecta más allá de las partes del litigio no es decir que sería lo mismo que si se borrara a la norma de los libros. Afirmar un impacto tan amplio de una sentencia es tan impreciso como sostener uno demasiado estrecho (Constitutional law, p. 28, 12 th. ed., 1991, Foundation Press). Ver también TRIBE, Laurence H., American constitutional law, 2nd. ed., 1988, ps. 27-29). "Hart and Wechsler's", op. cit., supra nota 1, ps. 69 y 79 y siguientes.

Para una comparación entre el sistema norteamericano y las variantes europeas, ver CAPELLETTI, Mauro, COHEN, William, "Comparative constitutional law, cases and materials", p. 96, The Michie Company, 1979.

(11)"Louchner vs. New York", 198 U. S. 45, 74 (1905).

(12)Ver SAGÜES, Néstor P., op. cit., supra nota 10, p. 93.

(13)Ver GUNTHER, op. cit., supra nota 10. En Estados Unidos no se discute que la doctrina del stare decisis rija, en términos generales, en materia constitucional. Sin embargo sí se discute la extensión de ella. Más precisamente, y sobretodo en nuestros días, suele cuestionarse el mayor o menor grado de flexibilidad de la obligatoriedad del precedente y la posibilidad de abandonar la jurisprudencia vigente por otra nueva.

(14)"Marks et. al vs. United States", 430 U. S. 191-192 (1976). La sentencia, de la Corte, redactada por el juez Powell, en el punto transcripto mereció voto unánime de todos sus integrantes, incluidos los miembros más conspicuos del ala conservadora, como Burger, Rhenquist y White. El caso versaba sobre el procesamiento de los involucrados por transportar materiales obscenos. Si la cuestión era juzgada según el test que la Corte había elaborado en "Memoirs" (383 U. S. 413, año 1966) los procesados debían ser absueltos. Pero el tribunal inferior aplicó un test más exigente que aquél, elaborado por la Corte con posterioridad al hecho, en "Miller" (413 U. S. 15, año 1973). Por aplicación de dicho test, habían sido condenados. Ver también "Cox vs. Louisiana", 379 U. S. 559, 568-575 (1969); "James vs. U. S., 213, 221-222, citados por FALLON, Richard H., Jr. y MELTZER, Daniel J., "New law, non-retroactivity and constitutional remedies", 104 Harvard Law Review 1733, 1745, nota 65 (1991).

(15)Ver, entre muchos otros, Fallos: 307:1656, 1660 (1985), "D. N. R. P. vs. La Cantábrica S. A."; Fallos: 288:325, 333 (1974), "Alberto Bonfante c. Junta Nacional de Carnes"; Fallos: 200:180, 187 (1944), "Provincia de Buenos Aires c. Elvira C. de Lacour", con cita del caso norteamericano registrado en 285 U. S. 22.

(16)Ver la opinión concurrente --y sus citas-- del juez Brandeis en "Ashwander vs. TVA", 297 U. S. 288, 346 (1936).

(17)Ver "Aranda Camacho, Carlos c. Dirección Nacional de Vialidad s/ expropiación irregular", del 7 de abril de 1992, donde se remite a la causa "Bianchi, Héctor A. y otro c. Dirección Provincial de Vialidad", del 12 de diciembre de 1985. La búsqueda realizada abarca el período abril 1990/ junio 1992.

(18)Ver CARRIO, Genaro R., "Nota sobre el caso de los números vivos", Revista del Colegio de Abogados de La Plata, t. III-1961, ps. 49, 74-75. BICKEL, Alexander M., ("The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics", p. 29, Yale University Press, 2nd. ed. 1986) citando a BLACK, Charles Jr. L. , ("The people and the court", ps. 34 y sigts., McMillan, 1960), a quien también se remite Carrió, sostiene: "El control de constitucionalidad (judicial review) no sólo significa que la Corte puede derribar una disposición legislativa por ser inconstitucional sino también que ella puede convalidarla con sustento en que representa el ejercicio de poderes conferidos por la Constitución y que no viola limitaciones constitucionales. Black, seguidamente, agrega que la función legitimante no podría desarrollarse si no existiera también la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma ... La realidad es que la función legitimante es un subproducto inescapable de la función de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, aun cuando no se lo haya querido".

(19)Gaggiamo, Héctor J. C. c. Provincia de Santa Fe", sentencia del 19 de noviembre de 1991.

(20)"Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía (BCRA)", del 27 de diciembre de 1990, ED, 141-519, 544 (LA LEY, 1991-C, 158). En la nota a fallo de Bidart Campos, este autor también da por sentado el efecto vinculante de esta decisión. Sostiene: "Comprendemos que era duro, muy duro, para el más alto tribunal judicial, desmoronar una política económica de proyecciones generales que afectó a muchísima

gente con el decreto 36/90" (BIDART CAMPOS, Germán J., "El fallo de la Corte sobre el plan bónex (el amparo: airoso; la propiedad: desprotegida; la constitución: entre paréntesis)", ED, 141-519, 521 (1991). Pero que dicho autor adhiera implícitamente al efecto vinculante del control de constitucionalidad no es novedad. Ya en su obra "El derecho constitucional del poder" (t. II, ps. 268 y 280, § 907 y § 926, Ed. Ediar, 1967) elaboraba su posición en tal sentido.

(21)A mayor abundamiento, debe recordarse también lo dicho por los ministros Levene, Cavagna Martínez, Fayt, Barra y Boggiano en la causa "López, Antonio M. c. Explotación Pesquera de la Patagonia S A.", fallada el 10 de junio de 1992. En dicha causa se debatía la tasa de interés aplicable al capital de condena, con posterioridad al 1° de abril de 1992. Existían fallos contradictorios de las distintas Cámaras de Apelaciones. En el considerando 3, se dijo: "Que la determinación de la tasa reviste significativa trascendencia para el desarrollo del crédito y la seguridad jurídica y corresponde, en consecuencia, que esta Corte resuelva el fondo del asunto en uso de la facultad que le confiere el art. 16 de la ley 48, a fin de poner un quietus en la evolución de las encontradas tendencias jurisprudenciales que conspiran contra la requerida certeza del tráfico en la materia".

En el caso, la mayoría consideró que se trataba de un conflicto de interpretación de una ley (N° 23.928) y un decreto (N° 941/91) federales. Explícitamente se sostiene que su decisión trasciende el caso a resolver.

(22)Aquí cobra relevancia el que el ministro Barra sea el único disidente de los nuevos integrantes, pues él había adherido al voto mayoritario en "Montalvo". También cobra relevancia el que el ministro Fayt firme con la mayoría. Si bien él había compartido el voto mayoritario en "Montalvo", también había votado en disidencia, junto a Barra y Petracchi, en "Villada" y, junto a la mayoría de la Corte, en "Tellez". Estos precedentes, como se recordará, constituyen el sustento del voto del ministro Barra.

(23)CARRIO, Genaro R., "Sobre los límites del lenguaje normativo", p. 30, Ed. Astrea, 1973.

(24)La sentencia del caso "Peralta" ni siquiera relata cuáles eran los hechos del caso lo cual constituye un defecto técnico grave. Si como ha dicho reiteradamente la Corte, una ley puede ser constitucional o inconstitucional, según las circunstancias de cada caso, una sentencia donde se juzga la validez de la norma que regiría la cuestión debe contener la descripción del supuesto que está juzgando.

Anexo 09

Título: El recurso extraordinario por sentencia arbitraria. Propuesta para un manejo más ágil
Autor: Garay, Alberto F.
Publicado en: Sup. Const- 2010 (agosto), 05/08/2010, 27
Cita Online: AR/DOC/5209/2010

Sumario: 1. Introducción. 2. El recurso extraordinario del artículo 14 de la ley 48. 3. La aparición y el posterior desarrollo del recurso extraordinario por sentencia arbitraria. 4. ¿Cómo detener la marea? 5. Conclusión.

El recurso extraordinario basado en la arbitrariedad de las sentencias no fue creado expresamente por el legislador, quien lo ignoró sistemáticamente hasta el día de hoy. Es fruto de una labor interpretativa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a pedido de centenas o miles de abogados que golpearon sus puertas pidiendo, equivocada o acertadamente, justicia, respeto a la ley y a la Constitución Nacional.

1. Introducción

En las páginas que siguen intentaré reflexionar acerca de la doctrina de las sentencias arbitrarias y su alegada relación con el pronunciado exceso de trabajo que tiene la Corte Suprema. Esa demasía, que está fuera de discusión y que tomaré como un hecho, no ha ocurrido de un día para otro, obviamente. (1) Desde hace mucho tiempo atrás los autores vienen advirtiendo el aumento de trabajo, pero éste no cesa. (2) El problema ha venido incrementándose año tras año, y es fruto de múltiples causas.

En los últimos tiempos se ha sindicado a la doctrina de las sentencias arbitrarias como la causante decisiva de este desborde. Sin embargo pocos han sustentado empíricamente esa afirmación y menos se han preguntado (y respondido) qué causa que, eventualmente, ésa sea la causa. (3) Montados en esa suposición, algunos creyeron, un poco simplista y exageradamente, que la solución sería "resignificar" la "misión" de la Corte Suprema como tribunal constitucional y en esa línea, eliminar —de hecho— el recurso extraordinario por sentencia arbitraria. Es evidente que si se quiere hacer tal cosa debiera reformarse la Constitución o, como mínimo, la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364). Es decir que un proyecto tal no podría encontrar solución a través de un simple cambio de hábitos. Pues en tanto esa doctrina siga anclada en la Constitución Nacional, como desde su origen se la aferró, sería imposible evitar emplearla cuando ello corresponde. A menos, claro está, que se modificara esa jurisprudencia, negándole aquél fundamento. Creo no obstante, que toda la rica experiencia judicial (con aciertos y errores) reunida a lo largo de unos sesenta años, fruto del trabajo incesante de muchos profesionales y magistrados no puede echarse íntegramente por la borda. Me parece más serio estudiar cada una de las causales, ver cuáles de ellas ha facilitado excesos y porqué (en los casos que corresponda) y a partir de esa pormenorizada evaluación, sugerir cursos de acción.

También se afirma que la Corte debería resolver pocas causas trascendentes y se da como ejemplo el caso de la Corte Suprema norteamericana, con el engañoso argumento de que resuelve menos de cien causas por año. (4) Esto también implicaría un cambio radical.

Creo que, en general, esta visión que vengo relatando es parcialmente equivocada y en los párrafos que siguen intentaré dar mis razones para concluir de tal modo.

El orden de exposición será el siguiente. En primer lugar efectuaré un necesario repaso sobre algunas nociones básicas acerca del recurso extraordinario federal expresamente reglado en el artículo 14 de la ley 48 y en su derivado pretoriano, el recurso extraordinario por sentencia arbitraria. Luego indagaré la vitalidad de esas nociones en la jurisprudencia actual de la Corte Suprema. Finalmente conectaré esos temas con el exceso de tareas y posibles propuestas de solución.

2. El recurso extraordinario del artículo 14 de la ley 48

El recurso extraordinario federal está legislado en el artículo 14 y siguientes de la ley 48 (1863). Esta apelación fue pensada para mantener la supremacía del orden federal. Ese era el fin primordial que se persiguió en su diseño. Entre las normas que lo regulan, hoy debe incluirse también al reglamento sancionado por la Corte Suprema a través de la Acordada 4/2007.

En consecución de aquel objetivo de mantener la supremacía del orden federal, el legislador no habilitó la competencia apelada de la Corte Suprema para todos los casos constitucionales que podían extraerse de las menciones contenidas en los artículos 31 y 116 de la Constitución Nacional (ex artículo 100). En su lugar, siguiendo el modelo de la Judiciary Act norteamericana de 1789, ciñó su alcance a un grupo de ellos y los vinculó al modo en que eran resueltos por los tribunales superiores. (5) Característico de ese propósito es el recaudo de resolución contraria que prevén los incisos 1 y 2 del artículo 14 de esa ley. (6)

Años más tarde el Congreso Nacional decidió establecer tribunales de apelación respecto de los juzgados de primera instancia, tanto federales cuanto ordinarios de la Capital Federal. De ese modo le quitarían a la Corte la

pesada carga de funcionar ella como órgano de apelación ordinario de esos juzgados, cosa que hacía hasta entonces. Así, luego de la federalización de Buenos Aires, en 1886 se sancionó la ley n° 1893 (Adla, 1881-1888, 200), que creó la alzada para los juzgados civiles y comerciales de primera instancia. Y, unos años después, en 1902, la 4055 (Adla, 1889-1919, 533), que estableció las cámaras federales. Muchos años después vino la ley 24.050 (Adla, LII-A, 44) e incorporó a la Cámara Nacional de Casación, como superior tribunal en materia penal.

Esas leyes, a través de los artículos 90, la primera y 6, la segunda, extendieron la posibilidad de apelar ante la Corte pero, solamente, en los supuestos genéricamente descriptos en los tres incisos del artículo 14 de la ley 48. En estos casos, el recurso también fue sujetado a la primera parte del artículo 14, es decir, que sólo procede contra las sentencias definitivas que dicten aquellos tribunales. Idéntico régimen rige con relación a las sentencias pronunciadas por la Cámara de casación aludida.

Como mencioné más arriba, el artículo 14 de la ley 48 describe cuáles son los casos ante cuya presencia puede acudirse a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, luego de que un superior tribunal provincial ha dictado sentencia definitiva u otra decisión equiparable a ella.

El primero de estos supuestos es cuando en el pleito se ha puesto en cuestión la validez de una ley del Congreso o un decreto del Poder Ejecutivo o autoridad ejercida en nombre de la Nación, o de un tratado celebrado por la Nación y la sentencia apelada ha sido contraria a la validez de alguna de esas normas. (7)

Un ejemplo simple que cae dentro de las previsiones de esta sección se configura si en un juicio tramitado ante la jurisdicción provincial, el tribunal superior resuelve que el artículo 1505 del Código Civil es contrario a lo preceptuado en el artículo 17 de la Constitución Nacional. En tal caso, un artículo de una norma nacional (verbigracia, el art. 1505 del Código Civil) es descalificado constitucionalmente. Es la verificación de esa circunstancia —independientemente del acierto o error de la declaración— lo que autoriza acudir ante la Corte Nacional vía este recurso. (8) Este tipo de conflicto normativo es lo que, en el ejemplo, configura por sí mismo la cuestión federal. En esto consiste, en el caso, la cuestión federal que habilita la interposición del recurso extraordinario: en el haberse declarado que una ley nacional es contraria a la Constitución Nacional, independientemente, como se dijo, de que esa declaración sea o no sea acertada.

Otro supuesto que corresponde encuadrar en este inciso es, por ejemplo, si una Cámara Federal decide que una resolución adoptada por una autoridad nacional (v.gr., Administración Nacional de Aduanas) basada en otra resolución del Ministerio de Economía, por la cual se reclamó a una empresa el pago de ciertos derechos de exportación, es contraria a diversos artículos de la Constitución Nacional (por ejemplo, los arts. 4, 17, 52, 75 inc. 1 y 2 y 76). En tal caso, la cuestión federal consiste en la declaración judicial de inconstitucionalidad de la resolución del Ministro (acto este ejercido en nombre de la Nación) y de las de la Aduana que se apoyan en ella. (9) De nuevo, independientemente del acierto o error de la declaración judicial de inconstitucionalidad de esos actos de la autoridad federal, el sólo hecho que la sentencia se haya pronunciado en contra de la validez constitucional de ellos es razón suficiente que autoriza el remedio procesal bajo examen.

El segundo inciso del artículo 14 habilita la instancia extraordinaria en aquellos casos en que el superior tribunal provincial declaró la conformidad de una ley u otra norma o acto provincial con una nacional o federal. (10) Imagínese un juicio de repetición de un impuesto provincial abonado por un contribuyente, donde éste hubiera cuestionado la validez constitucional de la norma local por considerar que invadía una competencia que la Constitución Nacional reserva al Gobierno federal (verbigracia, el art. 75, inc. 13) y otras disposiciones de la Constitución provincial. Supóngase también que el superior tribunal de provincia declaró la constitucionalidad de esa norma. En una controversia tal, el actor, agraviado por la sentencia adversa, estaría habilitado para acudir a la Corte Suprema Nacional por vía del recurso del artículo 14. Aquí, la cuestión federal estaría dada por el hecho que se ha declarado la validez constitucional (federal) de la norma provincial atacada por el contribuyente, independientemente del acierto de esta declaración.

Por último, el tercer grupo de casos conviene simplificarlo para comprenderlo mejor. La redacción del inciso es compleja y abarca muchos supuestos. (11) Me referiré sólo a algunos pocos. Según el inciso tercero, procede el recurso extraordinario si la decisión del superior tribunal es contraria a una exención fundada en una norma federal. Esta es la cuestión federal. Ese tipo de conflicto normativo (exención sustentada en una norma federal) junto con la decisión judicial que le desconoce ese privilegio esgrimido con ese sustento es lo que configura la cuestión federal. Como ejemplo de un caso semejante basta con imaginar un juicio de repetición de un impuesto federal donde el contribuyente alega —con sustento en la norma federal que establece el tributo— estar exento de su pago, situación excepcional que la sentencia de Cámara le niega. Ese caso configura en sí mismo la cuestión federal, con independencia, una vez más, del acierto o error de la sentencia protestada.

Como bien sabe el lector, podrían suministrarse centenas de ejemplos que ilustraran sobre los distintos casos

subsumibles en cada inciso. Creo que con los provistos es suficiente para formarnos una idea general e inicial acerca de qué se entiende por cuestión federal a los efectos de la interposición de un recurso extraordinario.

Conforme se ilustró precedentemente, no todas las disputas relacionadas con la interpretación de la Constitución Nacional o de las leyes de ese orden o los tratados merecen ser consideradas como cuestiones federales, a los efectos de este recurso. Para que exista cuestión federal, en los términos establecidos en el art. 14 de la ley 48, debe existir una sentencia contraria al derecho federal invocado por el recurrente. Si no existe ese tipo de decisión judicial previa, no habrá cuestión federal. Y ello es así pues, como dijera Espil hace casi un siglo (e innumerables sentencias de la Corte Suprema antes y después), el propósito de este recurso "es el mantenimiento de la supremacía de la Constitución y de las leyes nacionales, por lo que no es procedente cada vez que dicha supremacía haya sido reconocida, es decir, que la decisión del tribunal de provincia [o, agrego, de la Nación], lejos de desconocerla, resuelva a su favor". (12) El rigor de estas afirmaciones, como advertí anteriormente, debe ser atenuado, pues ha habido muchos casos en los que, a pesar de no existir resolución contraria, la Corte ha admitido su competencia. En estos supuestos se suele invocar el inciso 3 de la ley 48, con lo cual el 1 y el 2 pasan a ser letra muerta. (13)

Tampoco puede la Corte entender en cuestiones de interpretación y aplicación de los códigos de fondo, esto es, en casos regidos por el derecho común. Los artículos 116 de la Constitución Nacional y 15 de la ley 48 vedan expresamente esa posibilidad. De aquí que la Corte desde su inicio se negara por regla a intervenir en cualquier cuestión regida por el derecho común y que involucrara la interpretación de leyes o códigos de ese orden.

En igual imposibilidad se halla si la cuestión involucra temas procesales locales. Se juzgó que esas cuestiones no eran mencionadas por la ley 48 y, además, pertenecían a la esfera exclusiva de las Provincias. Parejamente, se adoptó igual negativa respecto de las cuestiones procesales federales, en tanto no se tratara de la denegatoria de ese fuero. Pero si se logra acceder al primer caso en que la Corte afirmó tal cosa, se advertirá que la decisión no tiene fundamento constitucional serio. (14)

Además de la delimitación que la Constitución y la ley 48 impusieron a la competencia del Alto Tribunal argentino, diversas doctrinas restrictivas de su competencia, construidas fundamentalmente por la Corte Suprema de los Estados Unidos, fueron ejerciendo su influencia sobre aquél y dieron lugar a la introducción pretoriana de elaboraciones similares a las del país del Norte, tales como la de las cuestiones políticas, las abstractas, las consultivas y las no maduras; el interés para pedir la declaración de inconstitucionalidad de una norma; la oportunidad del planteo federal y su mantenimiento y otras tantas. La función que esas doctrinas pretorianas cumplen es, como anticipé, restringir aún más los casos en los que la Corte puede intervenir.

Estos casos configuran, en términos generales, el ámbito central del recurso extraordinario reglado en el artículo 14 de la ley 48. Como se advierte de esta rápida reseña, el plan inicial fue que, por la vía del recurso extraordinario, la Corte Suprema ejerciera su misión ante ciertas y determinadas cuestiones federales. Y en esa delimitación contribuyó luego la Corte quien, al adoptar las doctrinas recién aludidas, restringió más aun su competencia.

3. La aparición y el posterior desarrollo del recurso extraordinario por sentencia arbitraria

El recurso extraordinario basado en la arbitrariedad de las sentencias —a diferencia del considerado anteriormente— no fue creado expresamente por el legislador, quien lo ignoró sistemáticamente hasta el día de hoy. Es fruto de una labor interpretativa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a pedido de centenas o miles de abogados que golpearon sus puertas pidiendo, equivocada o acertadamente, justicia, respeto a la ley y a la Constitución Nacional.

En un principio a los abogados les costó bastante asimilar el hecho que la Corte Suprema Nacional no era una última instancia ordinaria y empleaban este recurso con el propósito que la Corte revisara interpretaciones de derecho común o local con las cuales ellos simplemente discrepaban. En sucesivas sentencias el Tribunal les recordaba pedagógicamente cómo funcionaba el recurso extraordinario y el sistema federal en este aspecto.

Por otro lado, al margen de esos supuestos, existieron otros en los que la misma vía recursiva comenzó a ser utilizada en juicios que no versaban sobre las cuestiones federales típicas descriptas precedentemente. Eran casos regidos fundamentalmente por normas de derecho común o procesal (por ejemplo, juicios de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual o contractual, ejecuciones, despidos, condenas penales, prisiones preventivas o denegatorias de excarcelaciones, etc.) que ponían en evidencia aspectos anómalos del funcionamiento de los tribunales inferiores. Deficiencias que —igual que las doctrinas restrictivas antes mencionadas— los legisladores de la etapa fundacional, todo parece indicar, no habían tenido presente. (15)

La Corte no eludió el tratamiento de esos problemas y comenzó a exhortar a los tribunales acerca de que

cierto tipo de anomalías podían llegar a ser constitucionalmente intolerables. (16) Sin embargo, esas admoniciones no contuvieron a esa irregular e insoportable forma de administrar justicia. Esos casos anómalos seguían llegando a sus estrados. ¿Qué hacer, entonces?

Dentro de estas extrañezas es oportuno recordar que algunas sentencias apeladas, por ejemplo, omitían referirse a cuestiones federales planteadas oportunamente en la causa. Lisa y llanamente las ignoraban, a pesar de tratarse de alguno de los casos del artículo 14 de la ley 48. En estos supuestos, la Corte elaboró la doctrina según la cual debía considerarse que implícitamente esa o esas cuestiones habían sido denegadas. Luego, revisaba si se trataba de alguno de los supuestos previstos en la ley 48 y actuaba en consecuencia.

Sin embargo, otras sentencias —que versaban sobre temas regidos por el derecho común o local y que trataban alguno de los conflictos normativos tan típicamente expresados en el artículo 14 de la vieja ley— exhibían defectos tan variados y de tal magnitud que podía interpretarse que violentaban claramente el derecho de defensa o el de propiedad de los recurrentes. Esos actos judiciales, se alegaba, no podían ser considerados sentencias, en términos constitucionales, pues ni siquiera estaban basadas sinceramente en la ley que invocaban o en la prueba cuya existencia afirmaban. Y esta forma de ver las cosas, ante decisiones reñidas con la verdad que declamaban, no era exclusiva del tribunal argentino. Un problema análogo enfrentaban diversos tribunales superiores del mundo, no sólo en Estados Unidos —jurisprudencia metódicamente consultada por entonces— sino también en España. Y evidencia de ello les traía Caravantes, autor consultado en distintas épocas por nuestra Corte (17) y sus principales especialistas y magistrados. (18)

Puestos ante la disyuntiva de rechazar los recursos deducidos contra decisiones que poseían esas características o concederlos, el Alto Tribunal —sin elaborar demasiado cuál era el soporte normativo que le adjudicaba competencia para revisar esas decisiones— se decidió por declarar la procedencia de los recursos extraordinarios y aceptar los planteos contenidos en ellos. (19) Fue así, que la Corte comenzó, caso por caso, lentamente, a intervenir en este tipo de situaciones, preparando la simiente de lo que hoy conocemos como la doctrina de las sentencias arbitrarias.

En sus comienzos, esta apertura dio lugar a ilustrados debates, siendo quizá el más recordado el habido en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en oportunidad de disertar sobre el tema Juan Francisco Linares. (20) A partir de allí y a lo largo de los años, la jurisprudencia del Alto Tribunal fue identificando diversas anomalías que viciaban las sentencias apeladas. Esas anomalías fueron clasificadas tiempo después por Genaro R. Carrió en trece causales que autorizaban este recurso. Sentencias basadas en leyes derogadas o aun no vigentes; otras que volvían sobre decisiones anteriores firmes, en violación de la cosa juzgada; o decisiones que resolvían un caso invocando prueba inexistente, entre otras, comenzaron a ser rotuladas como "sentencias arbitrarias", expresión esta que vino a funcionar como descalificador sui generis. (21)

Según recuerda el mismo Carrió, en los años sesenta hubo un incremento importante en el caudal de recursos que con este fundamento llegaban a la Corte, lo cual habría hecho decir a los Ministros ingresantes en el Tribunal luego del golpe de estado de 1966, que restringirían severamente este drenaje. (22) No obstante, ello no ocurrió y la Corte siguió admitiendo recursos extraordinarios que traían quejas frente a sentencias insostenibles. Esta tendencia se mantuvo firme durante los años subsiguientes.

Las diferencias de opinión acerca de si en estos casos la Corte se inmiscuía en cuestiones propias del derecho común, local o procesal continuaron, y el aumento de trabajo del Tribunal era atribuido, un poco mecánicamente, a los recursos con este fundamento. En realidad, no existían tampoco investigaciones empíricas que analizaran seriamente dónde estaba el problema. En los años ochenta el ingreso de causas mantuvo su tendencia ascendente. Y así fue en los siguientes. No había forma de detener ese avance.

En época reciente la cantidad de recursos que llegaron a la Corte Suprema excedió toda proporción y volvió a responsabilizarse, erradamente, al recurso por sentencia arbitraria de ese incremento. Ello produjo ciertos movimientos dentro de la Corte que obedecen, confesadamente o no, al intento de poner freno a esa inundación. Así, ésta ciñó drásticamente su competencia originaria, aumentó cinco veces (de $1000 a $5000) la tasa que debe abonarse cuando se acude a esta instancia por Recurso de Hecho y dictó la Acordada 4/2007 que reglamenta las características que debe respetar todo escrito de interposición de recurso extraordinario, su contestación y el recurso de queja a través de un esquema rígido, riguroso y, en ocasiones, ambiguo para quien debe redactar un escrito de este tipo.

Una crítica que recibe la Corte Suprema por ingresar en estos asuntos —crítica que generalmente suele escucharse de jueces o funcionarios de instancias inferiores o de sectores que quieren eliminar esta variante del recurso para generar espacio para los temas de su interés o actividad— gira en torno a que, según se afirma, se trata de cuestiones propias de los jueces de la causa y regidas por normas de derecho común, local o procesal. (23)

Generalmente quienes así se expresan no aluden a las auténticas arbitrariedades. Tienen en mente algún caso muy puntual (lo cual descarta su consideración) o algunas de las causales cuya comprobación puede hacer inmiscuir excesivamente al Alto Tribunal en consideraciones de prueba o derecho común. Me refiero a las causales que hablan del "exceso" ritual manifiesto o la que prescinde de argumentos "decisivos" o de prueba "decisiva" o la que reprocha a los jueces arrogarse al fallar el papel del legislador o fundar su decisión en pautas de excesiva latitud. Estas causales, vale aclararlo, pueden dar lugar a criterios de aplicación opinables y, por ello, anómalos. En ocasiones, esa anomalía puede deberse a que las sentencias no describen adecuadamente cuál sería el vicio incurrido u otras que, describiéndolo, no demuestran que sea a ese punto reprochable o que no se esté ante una alternativa hermenéutica imposible o insostenible.

No obstante, la arbitrariedad, alegada o real, referida a esas causales es sistemáticamente reclamada por los recursos que con ese soporte siguen llegando al Tribunal y éste continúa admitiendo apelaciones con ese fundamento. Pruebas al canto.

3.1. Excesivo rigor formal.

Como sostuve más arriba, una de las causales de arbitrariedad más vulnerables a la crítica es aquella que descalifica una sentencia por haber incurrido en lo que adjetiva como un manifiesto, excesivo, inadmisible rigor formal. Creo que, de todas las causales, ésta debe ser de las más sensibles a la crítica, debido al factor ponderativo que la caracteriza. ¿Cuándo la exigencia de la ley, procesal o sustantiva, es "excesivamente rigurosa"? ¿Cuándo la interpretación ha pecado de un excesivo formalismo? La respuesta a ello debe ser directa, exenta, en lo posible, de ambigüedad y/o vaguedad. Y ella debe ser suministrada por la Corte Suprema, de esa manera, para que los litigantes, aprovechándose de textos que no contienen una descripción diáfana de la conducta considerada arbitraria o redactados ambigua o vagamente, los empleen para llevar a la Corte casos que, bien definidos, jamás podrían haber llegado a esa instancia. La Corte ha empleado esta causal en varios casos recientes.

Así, en "Yapur", por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, acudió a esta causal de descalificación y obvió, además, la ausencia de sentencia definitiva propiamente dicha, equiparando la apelada a una de difícil reparación ulterior. (24) Se trataba de un caso en el cual el peticionante reclamaba se le reconociera la pensión de su concubino. El superior tribunal provincial había juzgado que el recurso empleado —de inconstitucionalidad local— era inadecuado para el fin propuesto. Debía ser el de inaplicabilidad de la ley. Por esa razón no trató el fondo del asunto. Se consideró que no haber obviado el nomen iuris del remedio utilizado era un excesivo rigor formal por parte de la corte provincial, frente al derecho fundamental que estaba en juego.

3.2. Prescindencia del texto legal aplicable

En estos casos, el reproche suele consistir en que el tribunal cuya sentencia es apelada no ha aplicado el texto normativo que rige el caso, dijo aplicarlo pero lo falseó o aplicó otro. En principio, estos casos son ajenos a la competencia extraordinaria pues involucran problemas de subsunción del caso en el derecho común o local, tarea extraña al trabajo del Alto Tribunal. Pero hay casos excepcionales en los que él ha considerado preciso intervenir.

Como en el supuesto anterior, se trata de una causal cuya invocación exige ser particularmente descriptivo de la arbitrariedad. Pues, muchas veces, existe una línea difusa entre la prescindencia de aplicar el texto legal y la ausencia de prueba del presupuesto de hecho que condiciona su operatividad; o entre considerar el caso regido por cierta norma y no por otra; o invocar que un artículo autoriza a hacer lo que, en realidad, no autoriza. Otras veces, se trata del empleo o prescindencia de estándares cuya pertinencia surge sólo en casos de duda (v. gr., art. 216, inciso 6 del Código de Comercio).

En "Giacomuzo" se resolvió un caso donde la arbitrariedad no dejaba lugar a dudas. El tribunal superior, so pretexto de "aclarar" una regulación anterior y corregir un error material, la había llevado de $250.000 a $450.000, lo cual, según la Corte, consistía en un "flagrante apartamiento del art. 166, 2º del Código Procesal". (25) Es decir que el Tribunal —ante lo que consideró un indiscutible desvío del a quo— no vaciló en dejar sin efecto el pronunciamiento, a pesar de que se trataba de una cuestión de derecho procesal, v.gr., recurso de aclaratoria y regulación de honorarios. Por lo demás existe una línea jurisprudencial pacífica —mencionada en el fallo— que ha condenado desvíos similares. (26)

3.3. Omisión de considerar argumentos decisivos

Esta causal de arbitrariedad también se presta a controversias. Ello así, por cuanto determinar qué argumentos son decisivos y cuáles no lo son, en temas regidos por el derecho común, exceden del ámbito del recurso extraordinario federal. Es una actividad propia de los jueces de la causa. De modo que si la Corte acepta una apelación con este fundamento, el caso —como todos los de arbitrariedad— debe estar más allá de lo

opinable.

En "García", (27) el apelante había sido condenado por robo y sus recursos no habían sido adecuadamente atendidos por el Tribunal de Casación ni por la Corte de la Provincia de Buenos Aires, a pesar de que, según relata el dictamen del Procurador Fiscal, esas apelaciones estaban fundadas e inclusive se apoyaban en Fallos de la Corte Suprema recaídos en supuestos considerados análogos. La Corte, por remisión al dictamen, revocó.

3.4. Afirmaciones dogmáticas y pautas de excesiva latitud

En "Putallaz" (28) la Corte, por remisión al dictamen, reprochó al tribunal apelado haber basado su decisión en meras afirmaciones dogmáticas acompañadas de pautas de excesiva latitud y prescindencia de la consideración de argumentos conducentes para la correcta solución del conflicto. Se trataba de un caso de daños y perjuicios reclamados con base en la responsabilidad del Estado por prolongación indebida de una prisión preventiva, fallado a favor de la parte actora. La Corte revocó.

3.5. Apartamiento de las constancias de la causa.

En "Orias", (29) los temas en discusión versaban sobre el cómputo del plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado y la idoneidad de la prueba producida para determinar la configuración de daño, causalidad e imputabilidad. La Corte revocó la sentencia apelada, por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, por considerar que en la causa no se había probado la concurrencia de los presupuestos que condicionan la admisibilidad de la responsabilidad estatal en supuestos similares. También remite a precedentes análogos. (30)

3.6. Exceso de jurisdicción

Un vicio que no es de muy difícil comprobación ni expone innecesariamente al Tribunal, es el relacionado con aquella actividad de los tribunales superiores llevada a cabo en exceso de jurisdicción, sea fallando más allá de lo pedido por el apelante (extra petita), sea haciéndolo fuera del plazo que la ley le otorga para expedirse.

Una situación como la última fue decidida en el caso "Pastrana", (31) donde el tribunal superior modificó los términos de la sentencia de condena, so pretexto de corregir un error material, a pesar de que el segundo pedido de aclaratoria había sido formulado fuera del plazo legal.

3.7. Conclusión

Creo que los casos precedentes, en su mayoría referidos a las causales más controversiales y todos posteriores a la vigencia de las reglas impuestas por Acordada 4/2007 a la presentación del escrito interponiendo recurso extraordinario o su queja, son muestra suficiente de la vitalidad de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia. Ella está vigente y no debe ser abandonada por la Corte Suprema. Esta policía de la administración de justicia, como la llamó Genaro R. Carrió, a la luz de los desafueros jurisdiccionales intolerables que nulifican, es indispensable. Y un signo de que ese abandono no está previsto que ocurra, al menos, en breve, es que por Acordada 51/2009 el Alto Tribunal encomendó a la Dirección de Biblioteca que elabore un listado de los tribunales cuyas sentencias son dejadas sin efecto con base en esta doctrina.

4. ¿Cómo detener la marea?

Decía en el apartado 2, que me parecía infundado sostener que los recursos extraordinarios por sentencia arbitraria son los que consumen la mayor parte de las energías de la Corte y que, debido a ello, el Tribunal debe abandonar su consideración para hacerlo en casos trascendentes. La lectura de las estadísticas de los últimos años bastan para comprobar que —a diferencia de otras épocas—, el extraordinario reglado en el artículo 14 de la ley 48 y los recursos de hecho (dentro de los cuales están los basados en la arbitrariedad) se reparten la tarea. (32)

Depositar la mirada en los recursos por arbitrariedad y actuar sobre ellos, es tanto como matar al enfermo para acabar con la peste. Como se sabe, si no se actúa sobre las causas que originan esa contaminación, ese esfuerzo no sólo importa el sacrificio de una víctima que pide un remedio. También será coyuntural y, a la larga, estéril. En cambio, si realmente nos preocupa la administración de las apelaciones que traen este fundamento, nuestra atención debe volcarse en la búsqueda de algún mecanismo o de varios que permitan, por un lado, el rápido examen de las causas y, por el otro, la disminución del ingreso.

4.1. La Reforma del año 1990.

Consideremos, primero, lo relacionado con el rápido examen y resolución de ciertas causas. Cuando el legislador sancionó la reforma de los artículos 280 y 285 del Código Procesal, lo hizo para poner a disposición de la Corte una herramienta que le permitiera desembarazarse rápidamente de parte de su trabajo. En ese orden de ideas, si el recurso contiene un agravio federal insuficiente, insustancial o carente de trascendencia, la Corte puede rechazarlo con la sola invocación de la norma pertinente; esto es, sin fundar la sentencia

pormenorizadamente, refutando los argumentos centrales sobre los que se apoya.

El mecanismo ideado por el legislador, sin embargo, no agilizó suficientemente el recorrido ni suprimió la actividad que aspiraba a evitar. Tres razones explican este fracaso.

Por un lado, esa reforma —mal identificada como el certiorari argentino— actuó sobre la redacción de la sentencia propiamente dicha. Sin embargo, ésta no era la causa determinante de su pesada marcha.

Por el otro lado, el legislador no operó sobre la circulación del proyecto, esto es, el trabajoso recorrido que hace todo borrador de sentencia a fin de obtener el concurso de voluntades necesarias para que sea aprobado.

Por último —y reconozco la antipatía que este punto puede despertar— la Corte no tiene plazo para pronunciar sentencia y algunos casos demoran demasiado.

Si se coincide con esta evaluación es evidente que la reforma equivocó el medio empleado para obtener el fin deseado. El ABC de la irrazonabilidad podría recordarnos Juan Francisco Linares.

4.2. Proyecto de sentencia expeditivo y rechazo por defecto

Intentaré ahora desarrollar algunas ideas relacionadas con la velocidad de procesamiento de las causas. Desde ya que estas seguramente pueden ser mejoradas. Pero, en realidad, no me sentiría bien advirtiendo que tenemos problemas (pues esto es un problema para todos los que actúan en o ante la Administración de Justicia o para aquellos que se dedican a la docencia) y no proponer ninguna solución. La contribución que aquí ofrezco es modesta en su alcance; ella no pretende solucionar todos los problemas de un solo golpe. Me excuso de antemano si lo que sigue ya ha sido puesto en práctica (cosa que desconozco), es juzgado como demasiado obvio o impracticable. Me explico.

Como se sabe, no todos los recursos poseen el mismo status ni ofrecen el mismo grado de dificultad. Creo que el Tribunal debiera imponerse plazos al menos para proyectar rápidamente, los recursos de hecho menos dificultosos.

En esta clase debieran agruparse aquellos que son desestimados por razones formales (deficiencias estas atribuibles a la queja o al extraordinario) o por referirse a temas respecto de los cuales ya existe jurisprudencia en causas que guardan analogía con los hechos relevantes del caso a resolver.

En los supuestos recién mencionados debe eliminarse la circulación, tal y como se la conoce en la actualidad y reemplazársela por otra vía más expeditiva. No sólo lleva tiempo, a veces mucho tiempo, elaborar el memorándum que acompaña al proyecto de sentencia, sino que luego de ello debe comenzar ese largo peregrinar entre las vocalías buscando la conformidad de los Ministros (no menos de cuatro). En la actualidad y si el exceso de tareas preocupa seriamente, esa circulación del proyecto, en casos como éstos, es un despropósito.

Me parece que, efectuado el proyecto desestimatorio por la Secretaría correspondiente, existen dos alternativas. Primera. El proyecto de sentencia desestimatoria es impreso en original y pasa directa y expeditivamente al Acuerdo. Segunda. El proyecto de sentencia desestimatoria es enviado al despacho de cuatro Ministros, junto con una copia del recurso extraordinario (y eventualmente de la queja). Si ninguno de éstos objeta esa disposición dentro de las dos semanas de recibidas las copias, el caso es llevado al Acuerdo. (33)

Si, puesto en marcha este mecanismo, él demuestra ser eficaz y no recibe críticas serias del foro, en una segunda etapa podría pensarse en una reformulación de algunos otros hábitos que son anacrónicos o inconvenientes.

4.3. Las causas de la sobrecarga y el mensaje al litigante

Mi última observación se dirige a las causas que originan el exceso de recursos ante la Corte y el mensaje que la jurisprudencia de la Corte Suprema envía al litigante. No pretendo efectuar una enumeración pormenorizada de todas las razones que determinan esta saturación. Seguramente debiera encarar otro tipo de estudio para hacerlo. Sólo referiré lo que me parecen causas exógenas y otras endógenas del problema. Y estas últimas tendrán de particular que mirarán el problema del exceso de expedientes desde afuera. Esto es, desde la perspectiva que puede tener el abogado que ejerce la profesión y debe decidir si aconseja a su cliente presentar un recurso extraordinario o no.

4.3.1. Causas exógenas al Poder judicial

Entre las causas exógenas que han determinado este desborde recursivo no pueden dejar de considerarse las siguientes:

(i) Desde mediados de los años ochenta hubo dos políticas públicas que generaron una gran cantidad de juicios. Una fue el cambio de moneda por el Austral y el desagio consecuente de los contratos. La otra fue el

relegamiento del monto del haber previsional y las demandas persiguiendo su recomposición. Años después, la hiperinflación también fue facilitadora de litigios.

(ii) Desde comienzos de los noventa diversas políticas públicas generaron una altísima litigiosidad. Entre ellas, nuevamente, el relegamiento del haber jubilatorio y los juicios que perseguían su actualización (recurso ordinario a la Corte, mediante), la convertibilidad del peso, la consolidación de deudas del Estado, las privatizaciones, los reclamos laborales consecuentes, los conflictos generados a partir de las cuasi-monedas que imprimieron la mayoría de las Provincias.

(iii) Entrados en el tercer milenio, la salida de la convertibilidad y la pesificación asimétrica de la economía generó una litigiosidad que no tuvo precedentes en toda la historia argentina. Esta, los problemas previsionales y el arrastre de causas de años anteriores, fueron la determinante de la sobrecarga de trabajo que actualmente registra.

(iv) Impericia abogadil en el manejo de los precedentes de la Corte, en sus habilidades argumentativas y en su razonamiento jurídico.

(v) Aumento de la población.

4.3.2. Causas endógenas

La elevada cantidad de apelaciones que llegan a la Corte reconoce también otras razones. Ellas se vinculan con la percepción que tiene el abogado de la suerte que puede correr su recurso. En este caso partiré de la siguiente presuposición controvertible, a saber: cuando aluda al abogado que mencioné anteriormente, imaginaré ahora que se trata de una persona estudiosa, responsable y con buen conocimiento del Derecho y de cómo argumentarlo. Reconozco que es discutible que este ser imaginario represente a la media de quienes patrocinan los miles de recursos que acceden al Alto Tribunal, pero asumamos por hipótesis que es así.

Creo que cuando el foro percibe los comportamientos que menciono a continuación, pierde de vista la excepcionalidad del recurso extraordinario y la ultra excepcionalidad del basado en la doctrina de las sentencias arbitrarias y evalúa que existe un margen razonable de obtener una sentencia a su favor. Esos comportamientos, generalmente, abarcan un período prolongado. Salvo en el caso de decisiones actuales muy publicitadas, los abogados no tienen en cuenta los fallos más recientes (a veces tampoco tienen acceso a los volúmenes de jurisprudencia actualizados) y su estudio abarcará un período considerable de tiempo. Los comportamientos judiciales que tengo en mente son los siguientes:

i) indefiniciones en cuanto a si el Alto Tribunal se siente obligado o no por sus propios precedentes;

ii) dispersión de votos en las sentencias (demasiados votos concurrentes y disidentes);

iii) multiplicidad de criterios en competencia;

iv) situaciones en las que constata la existencia de fallos en los que la Corte ha procedido a la eliminación o morigeración de ciertos recaudos obstativos a la competencia (originaria o) extraordinaria. Sea que se refieren a cuestiones procesales o sustantivas (por ejemplo, sentencias interlocutorias equiparables a definitivas, legitimación para impugnar la constitucionalidad de una norma; cuestiones de hecho inseparables de las federales, real malicia, gravedad institucional del caso, cuestiones abstractas pero susceptibles de reiterarse en el futuro; prescripción en materia penal; procesos criminales injustificadamente prolongados, etc.).

v) Sentencias que se expresan de manera ambigua o vaga serán fuente real o potencial de mayor trabajo.

vi) Fallos relacionados con la mayor o menor convicción con que el Alto Tribunal exige a los tribunales inferiores el seguimiento de sus doctrinas constitucionales.

vii) Todo leading case, como se afirma en el Common Law, tiende a la expansión. (34) En consecuencia, si esos precedentes no son obligatorios respecto de los tribunales de menor jerarquía, es probable que su establecimiento no haga sino incrementar el caudal de recursos ante la Corte, ante las sentencias que se rebelan al precedente.

viii) Recursos extraordinarios por sentencia arbitraria de cuyo texto no surgen descriptos con nitidez y puntillosidad los hechos relevantes del caso o la excepcionalidad de la arbitrariedad denunciada.

ix) Vaivenes y contradicciones jurisprudenciales entre casos considerados análogos.

En suma, si el abogado percibe la concurrencia de alguna o de una combinación de estas causas, es muy probable que aconseje a su cliente deducir el recurso.

5. Conclusión

A lo largo de este ensayo he intentado historiar un poco rápidamente el recurso extraordinario y su variante

pretoriana, el recurso extraordinario por sentencia arbitraria. He procurado demostrar que algunas de las críticas que se alzan contra este último no se corresponden con la realidad.

He defendido también que la Corte, por el momento, no debe abandonar ciegamente la consideración de los casos de arbitrariedad. Esas sentencias descalificatorias, bien entendidas, son medidas profilácticas que depuran el sistema judicial de decisiones nocivas. Más allá de la injusticia en el caso individual, no puede perderse de vista que, de no revocarse la sentencia, puede alentarse la idea de que se está trabajando bien. Ese mismo caso puede ser empleado como precedente de otro y así sucesivamente, logrando consolidar un principio contrario a la Constitución Nacional.

Al mismo tiempo me ocupé de la relación entre este recurso y el indudable y preocupante exceso de trabajo que tiene la Corte. Algo debe hacerse y presenté a la crítica algunas ideas al respecto.

A mi modo de ver, para atacar el problema de la sobrecarga debe evitarse el diagnóstico de coyuntura y debe perseguirse uno de mayor alcance. El problema debe ser abordado de modo integral y no parcial. Las llamadas razones exógenas no deben perderse de vista, aun cuando no pueda actuarse directamente sobre ellas. Y, las endógenas, juegan de manera decisiva en los litigantes y también son causa del exceso de tareas que tanto nos preocupa a todos. Algunas de esas razones son consecuencias no deseadas pero inevitables. Otras, son el precio que se debe pagar por vivir en una sociedad más apegada a la Constitución y a la ley. Un puñado final, son corregibles. Y todas ellas, en mayor o menor medida, contribuyen a que, al momento de decidir si presentar o no un recurso extraordinario, el abogado aconseje su presentación.

Razones exógenas excepcionales aparte, no tengo dudas de que si la Corte no se preocupa seriamente por limar algunas de esas asperezas, no podrá impedir que, año tras año, sigan ingresando miles y decenas de miles de nuevos recursos. Esto sería catastrófico. Hay que actuar reflexiva y prontamente sobre las causas.

(1) Sin computar los casos previsionales, en el año 2008 existía un arrastre de causas sin resolver de años anteriores, que ascendía a las 33.212. Ese año ingresaron 12.574 más. Por otro lado, se dictó sentencia en algo más de 29.000 causas y quedaron en trámite 17.025. De estos últimos, el 52,94% son Recursos Extraordinarios y el 46,65% son Recursos de Hecho. La estadística no discrimina cuántos de los mencionados en último término pertenecen a recursos extraordinarios por sentencia arbitraria.

(2) VALIENTE NOAILLES, Carlos, "Cómo Fundar un Recurso Extraordinario", LA LEY, 144-1043 (1966); CARRIO, Genaro R., "Don Quijote en el Palacio de Justicia", LA LEY, 1989-E, 1131.

(3) Carrió y Valiente Noailles son de los pocos autores que en los artículos mencionados se ocuparon, en parte, de esta cuestión.

(4) Obviamente, eso no es lo que el superior tribunal del Norte hace. Resuelve más de nueve mil causas, rechaza lacónicamente, sin fundamento, la mayoría y sólo se expide fundadamente en alrededor de cien (la cifra puede incrementarse dependiendo de que en esa cuenta se computen las llamadas memoranda decisions, las summary affirmances y las g.v.r. decisions). Debe recordarse, además, que la concesión del equivalente norteamericano a nuestro recurso extraordinario, es —a diferencia del reglado en el artículo 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364)— absolutamente discrecional de la Corte, en la amplia mayoría de los casos. Esta afirmación no es desmentida por lo dispuesto por los arts. 280 y 285 del CPCCN, pues la posibilidad denegatoria que esas normas autorizan sólo puede ejercerse en los tres supuestos que ellas contemplan.

(5) Si el Congreso, basado en las facultades reglamentarias mencionadas en el art. 117 de la Constitución, no hubiera limitado la competencia apelada de la Corte, la tarea del Tribunal hubiera sido abrumadora desde el inicio. Piénsese que si lo previsto en esos artículos se hubiera tomado en toda su extensión, ella habría debido entender por apelación en (i) todas las causas en las que el Estado fuera parte; (ii) todas las de almirantazgo y jurisdicción marítima; (iii) todas las que versaren sobre puntos regidos por la Constitución, (iv) aquellas regidas por las leyes de la Nación (a excepción de los códigos) (v) o por los tratados, (vi) los conflictos de prelación suscitados entre normas provinciales y nacionales y (vii) todas las litigadas entre vecinos de diferentes provincias.

(6) Este tema, jurisprudencialmente, ha merecido soluciones diversas y hasta contradictorias a través de los años. En la actualidad, muchas veces la Corte prescinde de su exigencia e interviene en ausencia de él (ver GARAY, Alberto F., "Recurso Extraordinario y Resolución Contraria", LA LEY, 1993-D, 946 y sus citas).

(7) Dice el inciso 1º: "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".

(8) Un caso así fue resuelto en Fallos: 133:384 (1924), "Cornú c. Ronco".

(9) Un caso con estas características básicas fue resuelto por la Corte Suprema el pasado 27 de abril de

2010 en autos "Sancor CUL".

(10) Dice el inciso 2º: "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 a favor de la validez de la ley o autoridad de provincia".

(11) Dice el inciso 3º: "cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del Congreso, o de 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".

(12) ESPIL, Felipe A., La Suprema Corte Federal y su jurisdiccioón extraordinaria, Imprenta de Coni Hnos. 1915, p. 113. GARCIA MEROU (h.), Enrique, El recurso extraordinario, Imprenta de Coni Hnos., 1915, p. 37 ("Esta jurisdicción importantísima ... es la que se confiere ... a nuestra corte suprema, para conocer, por medio del recurso extraordinario, de las sentencias definitivas de cualquier tribunal o juzgado de la república que resuelva una "cuestión federal" en contra de derechos invocados ante ellos, al amparo de la constitución, de las leyes nacionales propiamente dichas o de los tratados").

(13) Ver supra nota 6.

(14) Caso "Pini c. Martel", Fallos: 95:133 (1902). Se sostuvo que la interpretación de las leyes procesales federales era ajena al recurso extraordinario "porque no afectan el fondo de las instituciones fundamentales que ese recurso se propone salvaguardar".

(15) Desde 1863 hasta el primer cuarto del siglo XX, el legislador reguló la competencia extraordinaria y originaria de la Corte (ley 48 —Adla, 1852-1880, 364—), le atribuyó jurisdicción para resolver conflictos de competencia entre diferentes tribunales, también incluyó su resolución de casos llamados de denegación de justicia y conflictos de competencia entre tribunales que carecen de un superior jerárquico común (ley 4055 —Adla, 1889-1919, 533—). También se instituyó el recurso ordinario, para los juicios contra el Estado Nacional o sus reparticiones, donde el monto involucrado superara cierta suma (ídem ante). Ninguna de estas leyes se hizo cargo de las doctrinas a que se hizo alusión en el texto principal.

(16) El caso arquetípico de esta situación fue el famoso caso "Rey c. Rocha", Fallos: 112:384 (1909) y los casos "Milcíades Castro en los autos sucesorios de Juan Silvestre Miño", Fallos: 131:387 (1920) y "Quebrachales Fusionados S.A. c. El Capitán, Armadores y dueño del Vapor Nacional, 'Aguila'", Fallos: 150:84 (1927), recordados en IMAZ, E. y REY, R., El recurso extraordinario, Nerva 1962, 2ª ed. actualizada por Ricardo Rey y Lino Enrique Palacio, p. 101, nota 73. Ver también los primeros casos citados por LUGONES, Narciso J., El recurso extraordinario, Depalma, 1992, p. 276 y ss.; y D'alessio, Andrés J., "Origen, Desarrollo, Apogeo y desmadre del recurso extraordinario por sentencia arbitraria", JA, 2006-III-1378.

(17) CARAVANTES, José, Tratado histórico crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, t. IV, Gaspar y Roig, Madrid, 1856, nro. 1589, p. 154. En el lugar citado, Caravantes analiza el recurso de casación del derecho español de entonces. Allí, este autor destaca que las cuestiones sobre las que esta apelación puede versar son siempre de derecho y, en esto, es similar a nuestro recurso extraordinario que revisa solamente conflictos normativos (pero federales). Pero esta afirmación no excluye que, en oportunidades, deba entrarse a analizar aspectos de hecho. Vale la pena transcribir el siguiente párrafo, por la influencia que, quizá, pudo haber tenido en la Corte respecto del tema que nos ocupa: la arbitrariedad. Apoyándose en Dalloz, limita la imposibilidad del tribunal de casación para entrar en el análisis de cuestiones de hecho decididas por el tribunal inferior. En tal sentido expresa: "La facultad concedida al tribunal a quo, de apreciar soberanamente los hechos y las circunstancias materiales de los actos y contratos, de declarar su existencia y la voluntad o la intención de las partes ¿alcanza hasta a conferirles el derecho de apreciar igualmente, de un modo discrecional los actos y contratos, en sus relaciones con la ley, hasta conferirles el derecho de dar arbitrariamente a estos actos y contratos una calificación legal cualquiera sin que pueda ser nunca anulada su decisión por el Tribunal Supremo? Aquí aparece la dificultad. Nada más espedito (sic) en efecto y más cómodo para los jueces que esta fórmula tan lacónica: atendiendo a lo que resulta de los hechos y circunstancias, etc. Con estas mágicas palabras se cree haber contestado a todo; pero bien mirado, se experimenta la necesidad de darse razón de estas fórmulas; se apodera de ellas la crítica y en breve se comprende la necesidad de hacer distinciones... Si las consecuencias legales que se dan a los hechos son falsas o viciosas, si el juez ha venido a formar o a destruir un contrato creándose o figurándose circunstancias, pruebas y alegaciones a que no reconoce la ley este poder, será anulada su decisión; pues en efecto el derecho de los tribunales de investigar en los actos la intención de las partes, no puede extenderse, en nuestro juicio, hasta cambiar la naturaleza y la esencia de los contratos, ni hacer que resulte de ellos un acto diferente del caracterizado por la ley. El tribunal de casación puede pues apreciar los elementos de un acto y ver si en ellos aparecen otros caracteres diferentes de los que le atribuye el tribunal a

quo" (pp. 110/111, el destacado me pertenece.)

(18) IMAZ, E. y REY, R., "El recurso extraordinario", 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, actual, por Estudio Ymaz Abogados, sobre la segunda edición, p. 243 y ss.; ídem, primera edición, Jurisprudencia Argentina 1943, p. 227. Desde alrededor del año 1937 tanto Imaz como Rey eran Secretarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(19) Fallos: 128:417 (1918), "Doña Agustina Patau en autos con los Sres. Sabaria Hermanos"; Fallos: 174:252, "Farías c. F.C. Central Córdoba"; Fallos: 178:355, "Escudero c. Obras Sanitarias de la Nación" y 181:418, "Quiroga c. Bugnone, Guida y Cía", también citados por los autores mencionados precedentemente, p. 142 y p. 101, nota 73.

(20) LUGONES, N. J., El recurso extraordinario..., p. 294 y ss., contiene un excelente racconto de estas posturas. Igual provecho se obtendrá leyendo CARRIO, Genaro R., Notas sobre derecho y lenguaje, Abeledo Perrot, 5ª ed. 2006, Cap. VI, Sentencia Arbitraria, pp. 283/286 y notas de pie de página 6 y 7.

(21) CARRIO, G. R. y CARRIO, A., Recurso extraordinario por sentencia arbitraria, Abeledo Perrot, 3ª ed. 1983, p. 317 y ss.

(22) CARRIO, G. R., "Don Quijote...", cit., nota de pie de página 1 ("En relación con estos temas es útil recordar el siguiente episodio: en la segunda mitad de 1966 trascendió en tribunales que la mayoría de los ministros de la nueva Corte, designada por Onganía, tenía el propósito de circunscribir al máximo el ámbito de la doctrina de la arbitrariedad. Esa actitud se fundaba en que los ministros dispuestos a ponerla en práctica creían que, mediante el recurso por arbitrariedad, la Corte se venía inmiscuyendo en cuestiones propias de los tribunales de alzada: las de derecho común y local y las de hecho. Ya en funciones, sin embargo, la Corte cambió de criterio. La frecuencia con que seguían llegando a su conocimiento fallos de segunda instancia claramente insostenibles le hizo ver que no podía renunciar al empleo de una utilísima herramienta de descalificación de pronunciamientos anómalos. De lo contrario —debieron haber pensado los nuevos ministros de la Corte— esta última llegaría a desatender una necesaria policía del servicio de administración de justicia en todo el país").

(23) Una crítica diferente y muchísimo más elaborada puede leerse en URTEAGA, Alfredo, "La Doctrina de la Arbitrariedad de Sentencias: Una Crítica", JA, 2006-II-1394. Muy resumidamente, mi crítica a su crítica, es que elige como casos paradigmáticos de arbitrariedad a unos que, a mi juicio, son casos anómalos. Es decir que, curiosamente, podríamos coincidir en la tesis central (v.gr., la Corte no debe ingresar en cuestiones propias de los jueces ordinarios) pero diferiríamos en sus criterios de aplicación.

(24) Ver caso "Elvio Alberto Yapur" del 28 de julio de 2009. En "Claudio David Keiler", del 1° de junio de 2010, hizo lugar a un recurso con este fundamento por considerar que la Cámara Nacional de Casación Penal omitió examinar —al amparo de un excesivo rigor formal— tanto las razones que habrían motivado el mantenimiento tardío del recurso de casación deducido contra la sentencia condenatoria, como así también lo alegado en cuanto a una interpretación del art. 146 del Código Procesal Penal de la Nación que el recurrente entendió errónea y contraria al derecho constitucional de defensa en juicio". Igual causal invocó en "Vaqueros S.A.", del 20 de febrero de 2007.

(25) Ver "Giacomuzo Hnos.", del 6 de abril de 2010.

(26) En "Héctor Víctor Uriarte Martínez", del 9 de marzo de 2010, también se echó mano de esta causal. Se trataba de un accidente ocurrido en un vagón de tren, donde, luego de atacar al pasajero, éste había sido arrojado al vacío por los malvivientes. Cuatro integrantes de la Corte (los otros tres rechazaron el recurso por invocación del art. 280 del CPCCN) consideraron que la obligación de seguridad prevista en el art. 184 del Código de comercio debe interpretarse a la luz de los derechos de usuarios y consumidores (art. 42 de la Constitución Nacional). No hacerlo importa prescindir de la aplicación de la ley vigente. A mayor abundamiento, la mayoría también reprochó haberse invocado arbitrariamente la configuración de fuerza mayor, base de la exención de responsabilidad del transportista.

(27) "José Martín García", del 4 de mayo de 2010.

(28) "Víctor Orlando Putallaz", del 23 de marzo de 2010.

(29) "Raul Orias", del 23 de marzo de 2010.

(30) Ver también el caso "Juan Alberto Pandolfi", del 23 de febrero de 2010, donde se invocó igual causal para revocar la sentencia apelada dictada en una ejecución fiscal, donde se había prescindido de considerar prueba decisiva a los efectos de excepcionar al recurrente del pago previo a la apelación federal (solve et repete) de los aportes reclamados por la A.F.I.P., condición determinante de la concesión o rechazo del recurso de apelación. En el dictamen se detalla con suficiente precisión en qué consistía esa prueba omitida.

(31) "Alejandra Lucrecia Pastrana", del 1 de abril de 2008. El caso es además interesante pues lleva el voto concurrente de Argibay, quien en general no interviene en los casos de arbitrariedad o voto por su rechazo.

(32) Ver supra nota de pie de p. 1.

(33) Si se prefiere esta opción, podría reformarse la regla 7 del Reglamento (acordada 4/2007) (Adla, LXVII-B, 1751) exigiendo al recurrente la presentación de cuatro juegos de copias del recurso extraordinario y, eventualmente, de la queja.

(34) CARDOZO, Benjamín N., "La Naturaleza de la Función Judicial", Arayú 1955, traducción de Eduardo Ponssa de la primera edición inglesa de 1921 ("The Nature of the Judicial Process"), p. 22 ("Un sentimiento semejante en especie, aunque diferente en grado, se halla en la raíz de la tendencia que posee todo precedente a extenderse siguiendo la línea del desarrollo lógico").

Anexo 10

Título: El recurso extraordinario y su reglamentación por la acordada 4/2007
Autores: Garay, Alberto F. - Schvartzman, Sebastián
Publicado en:
Cita Online: 0003/013191

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Decisiones previas encaminadas a reducir el cúmulo de tareas de la Corte Suprema: a) Declaración de inconstitucionalidad del art. 19 Ley de Solidaridad Previsional y derogación legislativa posterior; b) Angostamiento de la competencia originaria; c) Drástico aumento del depósito en la queja.- III. Comentario a las normas de la acordada 4/2007: a) Extensión del recurso extraordinario y del de queja; b) Confección de la carátula; c) Cita de precedentes de la Corte; d) Requisitos propios del recurso extraordinario y la queja; e) Impacto de la acordada 4/2007 sobre los recursos extraordinarios por sentencia arbitraria.- IV. Temas pendientes que obstan a un mejor funcionamiento.- IV. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

La acordada 4/2007 debe ser analizada dentro de un contexto mayor que el de su articulado. Seguidamente esbozaremos el marco dentro del cual, en nuestra opinión, ella debe insertarse para así aprehender, creemos que con mayor justeza, su alcance.

Hace muchos años que el aumento de trabajo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es un tema que preocupa al propio tribunal, a los especialistas y a los legisladores. Para intentar conjurar alguno de los inconvenientes derivados de él -o al menos ésta fue la excusa empleada- fue que en el año 1990 el Congreso Federal sancionó la reforma de los arts. 280 y 285 CPCCN. (t.o. 1981, LA 1981-B-1472) y aumentó de cinco a nueve el número de integrantes del alto tribunal (1). Sin embargo, como es sabido, estos cambios no resultaron eficaces: no pudieron persuadir a los litigantes de que el recurso extraordinario federal no es uno ordinario, ni tampoco contribuyeron a acelerar el trabajo de la Corte. Por el contrario, ingresaron más causas que en los años anteriores y la circulación de los proyectos de sentencia, como era previsible, se hizo más lenta. El solo hecho de que las causas tuvieran que ser examinadas por cuatro ministros más iba a producir, inexorablemente, una demora mayor. Y así fue.

Afortunadamente este último inconveniente ha sido zanjado. A fines del año 2006 el Congreso Nacional dictó la ley 26183 (2), por la cual dispuso la reducción del número de miembros de la Corte Suprema, desde los anteriores nueve hasta los cinco con que quedará definitivamente formada (3). Dicha ley, por un lado, puso fin a la situación irregular en su integración (se había dejado vencer largamente el plazo de treinta días que el decreto 222/2003 [LA 2003-C-2825] le otorga al presidente para proponer un candidato desde el momento en que se produce una vacante) y, por el otro, al retornar progresivamente al tradicional número de cinco sitiales, provocará que sean menos las personas encargadas del estudio de los expedientes. Esta reducción, en principio, podría facilitar el logro de los acuerdos necesarios para conformar mayorías o unanimidades.

Pero volviendo al exceso de trabajo de la Corte, obsérvese que éste ha sido tenido en cuenta especialmente por algunos de los actuales jueces del tribunal. Durante las audiencias públicas celebradas en el Senado de la Nación, los entonces candidatos que luego asumieron en la Corte Suprema manifestaron su inquietud por las dificultades que la gran carga de trabajo provocaba en la labor del tribunal (4). Parejamente, sin otorgar precisiones, también se pronunciaron a favor de encontrarle remedio a aquella situación, para poder mejorar el ejercicio de su función y devolverle al tribunal su rol central de órgano abocado al control de constitucionalidad de las normas (5).

Su preocupación se centraba, principalmente, en los recursos extraordinarios fundados en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, cuyo uso inapropiado puede convertir al máximo tribunal en una tercera instancia ordinaria. Pero también les producía cierta alarma la incesante acumulación de juicios previsionales en razón de la llamada "Ley de Solidaridad Previsional" (6).

El origen de todas estas dificultades (y de otras cuyo tratamiento sacrificamos en aras de la brevedad) viene de antaño, obedece a variadas razones y su solución requiere la adopción de remedios de distinta índole: reglamentarios, legales y de modificación de estándares jurisprudenciales. Seguidamente analizaremos un grupo de decisiones que, al igual que la acordada que comentamos, se orientan a atacar estos problemas.

II. DECISIONES PREVIAS ENCAMINADAS A REDUCIR EL CÚMULO DE TAREAS DE LA CORTE SUPREMA

a) Declaración de inconstitucionalidad del art. 19 Ley de Solidaridad Previsional y derogación legislativa posterior

Hace dos años, el 29/3/2005, el máximo tribunal tomó la primera de una serie de decisiones con el objetivo

de descomprimir su cúmulo de tareas y evitar que siguieran ingresando y acrecentándose el número de expedientes previsionales pendientes de resolución ante sus estrados. En efecto, en la causa "Itzcovich" (7) la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 19 ley 24463 (8), llamada "Ley de Solidaridad Previsional" . Esa ley creaba un recurso ordinario ante la Corte, a ser deducido contra la sentencia definitiva pronunciada por la Cámara Federal de la Seguridad Social. Los jueces consideraron que esta norma había tenido el efecto de ampliar cualitativa y cuantitativamente su competencia, a la vez que en su aplicación había contribuido a alterar su rol institucional primordial de intérprete final de la Constitución Nacional (LA 1995-A-26), transformándolo en un tribunal ordinario. Pocos días después de emitida esta sentencia, el 6/4/2005, el Congreso, en línea con la decisión de la Corte, derogó el artículo invalidado (9).

Para dimensionar el impacto que puede tener esta medida en el trabajo futuro de la Corte Suprema basta con considerar que durante el año 2004 el máximo tribunal dictó 2420 sentencias previsionales ómnibus (10), que se corresponden aproximadamente con la resolución de 12.500 casos (11). A partir de "Itzcovich" y de la posterior derogación del art. 19 Ley de Solidaridad Previsional fue disminuyendo el stock de causas previsionales pendientes de decisión, y desde entonces, obviamente, se detuvo el ingreso de nuevos expedientes por apelación ordinaria de los tribunales inferiores.

b) Angostamiento de la competencia originaria

Casi un año después, el 21/3/2006, la Corte dictó una nueva sentencia donde, expresamente, sopesaba la excesiva carga de tareas que padecía. Así fue que en "Barreto" (12) declaró su incompetencia para entender originariamente en una demanda de daños y perjuicios iniciada contra la provincia de Buenos Aires por los padres de una menor de edad -domiciliados en la Capital Federal-. La niña había muerto luego de recibir los disparos de un oficial de la Policía provincial que perseguía a dos sospechosos.

A efectos de fundar su decisión la Corte entendió que debía restringirse la interpretación que, a partir del precedente "De Gandia" (1992) (13), se venía haciendo del concepto "causa civil" en los términos del art. 24 inc. 1 decreto ley 1285/1958 (ALJA 1853-1958-1-1378) (14). El alcance de dicha norma, aclaró, sólo debe abarcar aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de Derecho privado. Deben excluirse, en consecuencia, los casos en que se persiga la responsabilidad patrimonial de 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 aplicación de la anterior doctrina, expresó, trajo aparejada la expansión en la cantidad y el tipo de temas de los que debió ocuparse en el marco de los muchos procesos iniciados por "falta de servicio". Con esta decisión el máximo tribunal, al igual que lo que había hecho en "Itzcovich" , se propuso revertir una situación en la que progresivamente, según ella, se fue desvirtuando su función institucional de ser el intérprete final de la Constitución.

A igual reducción de su competencia originaria conducen las declaraciones de incompetencia pronunciadas en los casos "Argencard" e "IBM", del 13 y 20/2/2007, respectivamente (15). A través de una interpretación muy controvertible, la Corte entendió que la Dirección General de Rentas de la provincia de Misiones sería una entidad autárquica, razón por la cual, en el proceso, la provincia no era parte nominal ni sustancial del juicio. Esta última conclusión, conforme a reiterada jurisprudencia del tribunal, obstaba a su competencia originaria.

c) Drástico aumento del depósito en la queja

A través de la acordada 2/2007 (16) la Corte Suprema dispuso aumentar de $ 1000 a $ 5000 el monto del depósito a efectuar cuando se interpone el recurso de queja por denegación del extraordinario.

La fundamentación de esta medida no explicita que a los jueces los guíe el propósito de disminuir su carga de trabajo. Los firmantes se remiten a las mismas razones que motivaron las anteriores acordadas que regulaban esta materia. Sin embargo, a pesar de que no lo mencionen, sí se puede apreciar claramente que el depósito judicial previsto en el art. 286 CPCCN. -y por consiguiente su aumento- se dirige de manera directa a conseguir ese objetivo. Por un lado, la disidencia de Fayt (17) en la acordada 77/1990 así lo destaca (18). Allí el ministro sostuvo que el "depósito previsto en el art. 286 [CPCCN.]... reconoce como objetivo restringir el uso indebido de la presentación ante esta Corte", como así también en el precedente "Isaías Banet" (19), al que refiere. En este último precedente la Corte, unánimemente, afirmó que "...la exigencia de efectuar el citado depósito como requisito formal de admisibilidad de la queja, fue establecida con el objeto de restringir el uso indebido de tal presentación ante la Corte (nota de la ley 17116 [ALJA 1967-A-514])...".

La jurisprudencia de la Corte enseña que el intérprete nunca puede desentenderse de las consecuencias de una decisión. Algunas cifras pueden ilustrar el universo de casos sobre los cuales esta nueva reglamentación tendrá impacto. En el año 2005 se presentaron 3964 quejas por extraordinarios rechazados (20). Como se puede

observar, el número de recursos afectados por el incremento del 500% del depósito es importante.

Ergo, esta nueva acordada, en tanto implica inicialmente un mayor costo para quienes pretendan instar la jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema, debería provocar que los abogados y sus clientes efectuaran una evaluación más detenida y profunda sobre la pertinencia de presentar un recurso de hecho. De dicha evaluación es probable que se concluya en qué recursos que iban a interponerse ya no se presentarán. Es imposible poder vaticinar con verdad la magnitud de esos abandonos, pero estas vacilaciones no obstan a poder predecir que dicho aumento no tendrá un efecto neutral. Sin duda, impactará más pesadamente en los bolsillos de los litigantes de bajos ingresos y/o de juicios de pequeños montos, en tanto que, en ambos casos, cualquiera de ellos no goce del beneficio de litigar sin gastos.

III. COMENTARIO A LAS NORMAS DE LA ACORDADA 4/2007

En un primer acercamiento a esta novedosa reglamentación, entendemos que ella servirá a dos objetivos importantes, a saber: ordenará la tarea del tribunal tal como los jueces expresaron en los considerandos, y tendrá un fin didáctico para los abogados litigantes que pretendan interponer un recurso extraordinario y/o una queja. En los sucesivos puntos se analizarán de manera sucinta los principales aspectos de la norma.

a) Extensión del recurso extraordinario y del de queja

Los arts. 1 y 4 , respectivamente, limitan la extensión de ambos recursos, disponiendo que el "extraordinario" no podrá superar las 40 páginas y el "de queja", las diez. A su vez, se restringe el largo útil de cada página, la que no podrá superar los veintiséis renglones. Probablemente ésta sea la regla más novedosa del articulado, y, al mismo tiempo, creemos que es la que puede llegar a generar mayor controversia entre los abogados. Con seguridad, esta limitación es una reacción natural y comprensible de los jueces, quienes muchas veces deben someterse a la lectura de escritos excesiva y superfluamente extensos. Defecto éste que se vio acrecentado en los últimos años por las facilidades que otorga el software que empleamos con los ordenadores. Es evidente que a partir de ahora los abogados deberemos extremar esfuerzos para: i) evitar incurrir en citas y transcripciones innecesarias y ii) agudizar nuestra capacidad de síntesis. Y, sin duda, esto será un esfuerzo importante para el abogado, quien, en general, ni por su educación universitaria ni por la práctica de nuestros tribunales está formado en estas habilidades.

Dados los excesos y las carencias comentadas recién, creemos que, en general, la regla es oportuna y necesaria. Sin embargo, en casos complejos y/o que llevan años de litigio, su administración estricta por parte del tribunal puede producir consecuencias no deseadas. En efecto, no se debe perder de vista que esta medida requiere ser compatibilizada con las exigencias expresadas en los arts. 3.b (relato claro y preciso de los hechos), 3.d y 10 (fundamentación suficiente y autónoma del recurso). En la confección de un recurso extraordinario, dentro del perentorio plazo de diez días, uno de los tantos problemas con que se enfrenta el abogado es, precisamente, el de satisfacer el carácter autónomo del remedio: ¿qué tanto de lo ocurrido a lo largo de centenas o miles de fojas será "suficiente" mencionar para que no se desestime el caso por no haber satisfecho esa exigencia? ¿Todos los ministros o los secretarios emplean el mismo criterio? Entendemos que en la mayoría de los casos es posible ser breve y contundente en la presentación de los antecedentes del expediente y el desarrollo de los argumentos. También pensamos que un escrito que respete estos límites probablemente tenga mayor fuerza de convicción que otro que abunde en aspectos o circunstancias innecesarias. No obstante, como adelantáramos supra, existe otro tipo de causas que, por la complejidad del tema que se discute, los tropiezos habidos durante su trámite o los años de litigio, no será pasible de ser analizado, resumido y alegado en la extensión requerida, todo ello dentro del exiguo plazo de diez días (21). Probablemente sea en éstos donde ceda y deba flexibilizarse esta novedosa exigencia, abriendo camino a la salvedad anunciada en el párr. 1º del art. 11 . (vgr., "...la Corte desestimará la apelación con la sola mención de la norma reglamentaria pertinente, salvo que, según su sana discreción el incumplimiento no constituya un obstáculo para la admisibilidad de la pretensión recursiva").

b) Confección de la carátula

Una innovación saludable es la obligación de presentar el extraordinario precedido de una carátula (arts. 2 para el recurso extraordinario y 5 para la queja). Creemos que esta carátula es una excelente herramienta que cumple un doble propósito. Por un lado, los abogados nos veremos en la obligación de verificar y justificar la concurrencia de una serie de requisitos formales y propios del recurso de que se trate (extraordinario o queja). En especial, deberemos determinar e indicar con precisión a los jueces cuál es la cuestión federal involucrada en el caso. Y esta aparentemente simple determinación, en cuestiones complejas, puede llevar horas de trabajo.

Por otro lado, su sola lectura también permitirá que los jueces o secretarios sepan cuál es, en términos generales, el planteo federal que trae el recurso. Esto, sin duda, agiliza el trámite de escaneo del escrito, permite clasificar rápidamente las diferentes presentaciones y, eventualmente, desechar aquellas manifiestamente

improcedentes.

Por último, el análisis y procesamiento de la información contenida en esta carátula, junto con la que surja de la aplicación del art. 11 (mención de la norma reglamentaria por la que se desestima el recurso), facilitará la elaboración de estadísticas completas y confiables, que reflejen adecuadamente la realidad del trabajo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

c) Cita de precedentes de la Corte

A lo largo de tres artículos la Corte pone particular énfasis en la fuerza, como mínimo persuasiva, de sus propios precedentes. Veamos: i) por el art. 2.i exige a los abogados que citemos los precedentes, si existen, que tienen relación con la cuestión federal involucrada; ii) por el art. 3.a exige la demostración -a la luz de la jurisprudencia de la Corte- de que la sentencia apelada es definitiva o equiparable a tal, y que ha sido pronunciada por el superior tribunal de la causa; y, finalmente, iii) por el art. 9 dispone, como regla metodológica, el modo en que deben ser citados sus fallos.

El mensaje contenido en estas disposiciones es claro: los litigantes debemos tener muy presentes los fallos de la Corte al momento de argumentar ante ella (y, agregaríamos, no sólo ante ella). La exigencia de la cita de sus propios precedentes pone en evidencia que, para la Corte, no será suficiente el mero recitado del texto normativo o de la opinión de algún autor para apoyar un argumento. Es probable que el sentido que ella haya descubierto o adjudicado a ese texto pueda ser visto como definitorio (22). Es innegable que la Corte Suprema ve con disfavor, o quizá hasta con disgusto, tanto las aburridas declamaciones retóricas que a veces se leen en los escritos judiciales (y no sólo en los escritos judiciales) (23) como aquellas piezas que proponen inmiscuirse en una cuestión que la Corte ha rechazado reiteradamente, sin siquiera hacerse cargo de demostrar el error o la inconveniencia que acarrea el mantenimiento de tal jurisprudencia.

d) Requisitos propios del recurso extraordinario y la queja

Esta acordada también exige que los escritos de recurso extraordinario y de queja cumplimenten los requisitos propios de estos remedios de acuerdo con la forma en que tradicionalmente han sido interpretados por la jurisprudencia.

El siguiente cuadro presenta esquemáticamente el número de artículos de la acordada, una breve descripción de su contenido y la cantidad de casos que fueron rechazados por la Corte en los períodos 2004 y 2005 por adolecer de defectos en cada uno de estos requisitos.

De su análisis podemos concluir que esta norma aspira a que los abogados tengan en consideración estas exigencias, ya sea para cumplimentarlas y evitar el fracaso de la presentación, ya para evaluar, de antemano, que no corresponde instar la jurisdicción de la Corte porque el caso no cumple con ellas, y consecuentemente se abstengan de hacerlo.

Causas de rechazo del REX. y RHE. (24)

Ver cuadro completo en JA 2007-II, fasc. 5, p. 11.

e) Impacto de la acordada 4/2007 sobre los recursos extraordinarios por sentencia arbitraria

La acordada nada dispone expresamente respecto de los recursos fundados en la doctrina de la arbitrariedad de las sentencias. Sin embargo, como se dijo al comienzo, esa clase de recursos era vista con preocupación por los ministros recientemente ingresados y, además, representa una parte decisiva del caudal de trabajo de la Corte Suprema. Dicha ausencia, sin embargo, no implica que esta reglamentación no tenga impacto sobre los recursos fundados en aquella doctrina. En la redacción del escrito existen dos momentos en los cuales los abogados deberemos ser particularmente cautos cuando estemos llevando a la Corte un recurso, con base en esta doctrina.

El primero de ellos será al confeccionar la carátula. Al respecto, el art. 2 inc. i, en tanto exige consignar "la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal, con simple cita de las normas involucradas en tales cuestiones...; no se considerará ninguna cuestión que no haya sido incluida aquí...", muestra que el propósito de este reglamento es que el remedio se subsuma en una de las causales previstas expresamente en los tres incisos del art. 14 ley 48 (ALJA 1853-1958-1-14), o en aquellas normas en las que se pretenda fundar la arbitrariedad. De este modo quedará en evidencia el tipo de planteo de que se trate.

El segundo momento será cuando, ya en la fundamentación del recurso, debamos demostrar "que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y... que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquélla". Esta exigencia, cuyo origen está en el art. 15 ley 48, es una de las más difíciles de satisfacer en un recurso de este tipo. Existe abundante jurisprudencia de la Corte Suprema que interpreta ese artículo.

El desborde en la cantidad de recursos extraordinarios por arbitrariedad de sentencia -y sus respectivas

quejas- se produce, a no dudarlo, porque se dictan miles de sentencias que no conforman -muchas veces justificadamente- a los litigantes. A su vez, esa insistencia recursiva de los abogados ha sido alimentada, también, por la flexibilidad e imprecisión con que, en algunas épocas, la Corte ha manejado esta causal de admisibilidad en constante aumento. Por lo tanto, en ocasiones, "la indeterminación de la doctrina expande generosamente la incertidumbre del pronóstico [sobre el resultado del juicio]" y genera un incentivo positivo en los abogados a no resignarse frente a una sentencia adversa del superior tribunal de la causa (25).

Es posible que los jueces tengan la intención de revertir aquella tendencia expansiva. Es posible también que estas nuevas exigencias, tomadas estrictamente, contribuyan con esa tarea.

IV. TEMAS PENDIENTES QUE OBSTAN A UN MEJOR FUNCIONAMIENTO

Existen otras causas que afectan el ágil desempeño del tribunal y que no han sido abordadas reglamentariamente hasta la fecha. Entre ellas cabe mencionar tres, relacionadas estrictamente con el tiempo y la metodología de trabajo. La primera causa tiene relación, a nuestro entender, con la histórica ausencia de plazo para dictar sentencia. Es sabido que -a diferencia de los demás tribunales federales- la Corte Suprema es el único que no tiene fijado legalmente un plazo dentro del cual deba expedirse. Pretorianamente tampoco creó una regla interna que sea observada. Es evidente que la ausencia de un acicate temporal perentorio ha permitido y/o ha creado un ambiente propicio para que la decisión de muchos casos se extienda a lo largo de meses y de años. Podría argumentarse que muchos tribunales colegiados están sujetos a plazos perentorios y no los cumplen. Es cierto. Sin embargo, creemos que aun así es distinto trabajar bajo un régimen reglado que hacerlo bajo uno totalmente discrecional. Creemos que la Corte debiera instrumentar algún mecanismo interno que controlara esos excesos.

La segunda causa que afecta el expedito funcionamiento del tribunal se vincula con los procedimientos internos. Nos referimos a que no se puede ignorar que muchos casos que podrían y deberían ser resueltos verbalmente, durante el acuerdo que semanalmente celebran los ministros, eluden esa forma de decisión colectiva (26). Para suplir, en parte, esa antigua práctica existe un pesado mecanismo de circulación de los expedientes que están en condiciones de ser resueltos que, a nuestro entender, introduce importantes demoras y, salvo excepciones, dificulta la construcción de acuerdos. Permítasenos esbozar esquemáticamente, en términos generales, el trámite al que nos estamos refiriendo (27). Los recursos que llegan a la Corte Suprema se distribuyen entre las secretarías existentes, según la materia. Luego de proyectada una sentencia en alguna de esas secretarías o, a veces, en una vocalía de un ministro, el expediente (y su proyecto de sentencia) debe recorrer, físicamente, las demás vocalías de los ministros restantes, donde el proyecto será estudiado y conformado o no. Cada eventual objeción da lugar a nuevas recirculaciones, que pueden estar acompañadas de simples observaciones al proyecto o de uno alternativo, coincidente parcialmente con, o divergente de, el originario. Este trámite, en sí pesadamente burocrático, en oportunidades puede llegar a producir una madeja de borradores, de difícil conciliación u organización. Es evidente que si este recorrido es, en general, el que deben transitar los miles de casos que anualmente resuelve la Corte, el trámite será necesariamente lento. Y en general lo es.

La tercera y última tiene relación con la forma en que los jueces expresan sus acuerdos y sus desacuerdos. Fruto de la engorrosa circulación de los expedientes a la que aludimos más arriba, existen sentencias plagadas de concurrencias y disidencias que dificultan la comprensión del fallo. Creemos que "para lograr una mayor y mejor comunicación con [las partes del expediente y] los ciudadanos, a quienes van dirigidas sus sentencias, sería deseable que la Corte se afanara en presentarlas con mayor claridad, intentando brindar una única y completa exposición de los hechos juzgados, e identificando concretamente, en lo posible a través de una voz unificada, cuáles son las cuestiones que sus fallos resuelven en cada caso. A su vez, sería apropiado que de formularse votos concurrentes o disidentes, los jueces acentúen la práctica -ya iniciada por algunos de ellos- de explicitar concretamente cuáles son las diferencias entre sus opiniones y las de la mayoría. Esto facilitaría la comprensión de la sentencia, permitiría identificar el diálogo y la discusión de argumentos entre los magistrados y enriquecería los fundamentos de sus decisiones" (28).

IV. CONCLUSIÓN

Tal como anticipáramos en la "Introducción", y tratáramos en el desarrollo de este comentario, la acordada 4/2007 fija una serie de pautas que deben contener los recursos extraordinarios y las quejas. Esas pautas fueron elaboradas con base en la propia jurisprudencia de la Corte Suprema, luego de un relevamiento de los principales defectos que suelen contener muchas de aquellas presentaciones. Esta reglamentación pretende tanto fomentar que los abogados se abstengan de instar la jurisdicción extraordinaria del máximo tribunal cuando ésta sea manifiestamente improcedente como así también cumplir un rol docente para que los recursos no fracasen por contener errores salvables que sólo requieren perfeccionar la calidad de los escritos. Por lo tanto, creemos

que este articulado debería transformarse en una guía de consulta ineludible para los abogados que deban litigar ante la Corte. Sería demasiado torpe prescindir de ellas cuando emanan del mismo tribunal que estará encargado de verificar su satisfacción.

Al mismo tiempo, como expusiéramos al inicio, esta nueva acordada no puede ser analizada aisladamente ni ser vista como una simple reglamentación de la forma en que deben ser presentados los escritos. Desde nuestra óptica, ésta es una más de una serie de recientes decisiones que tienen el claro propósito de mejorar el funcionamiento de la Corte. En definitiva, recién a fines de diciembre de 2006 se consolidó el número de jueces del tribunal, luego de más de un año de mantenerse una situación irregular. Dentro del contexto referido, esta nueva acordada puede ser interpretada como un paso más de un tribunal que, gradualmente, intenta cumplir ordenadamente con su misión constitucional.

NOTAS:

(1) Ley 23774 (LA 1990-A-64). Sancionada el 5/4/1990 y promulgada el 11/4/1990.

(2) Ley 26183 . Sancionada el 29/11/2006 y promulgada el 15/6/2006.

(3) Ley 26183: "Art. 3 . Disposición transitoria. La reducción de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuesta por el artículo anterior, operará del siguiente modo: desde la entrada en vigencia de la presente ley se reducirá transitoriamente a siete el número de jueces que la integran. A partir de dicha reducción, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro de sus miembros. A posteriori, en oportunidad de producirse una vacante definitiva se reducirá transitoriamente a seis el número de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En dicho período las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro de sus miembros. Producida una nueva vacante definitiva, se reducirá a cinco el número de jueces que la componen. Las decisiones se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros".

(4) Los jueces Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay asumieron sus cargos en medio de un proceso de profundas transformaciones en la integración de la Corte Suprema que se iniciaron en 2002 con las renuncias de Bossert, López, Nazareno y Vázquez y las destituciones por juicio político de Moliné O'Connor y Boggiano. Los nuevos magistrados fueron designados conforme al procedimiento que establecen la Constitución Nacional y el decreto 222/2003.

(5) Eugenio R. Zaffaroni, audiencia pública, Cámara de Senadores de la Nación, 6/10/2003: "Sr. presidente [Busti]: Si las soluciones legislativas demorasen ¿qué acciones cree usted que la Corte podría desarrollar autónomamente y sin invadir la esfera de los otros poderes del Estado para remediar la crisis funcional que provoca para el alto tribunal la enorme cantidad de causas que llegan a su conocimiento, haciendo imposible resolverlas dentro del plazo razonable y acordando su examen como cuerpo colegiado y a la fundamentación de sus sentencias en el tiempo y la profundidad necesaria? ¿Qué propondría a sus pares?

"Respuesta: Espero que la solución se pueda dar mediante un trabajo coordinado con los otros poderes y a través de eso se pueda establecer una ley de procedimientos ante la Corte Suprema y establecer quizá un Tribunal de Casación a nivel federal.

"El problema fundamental es realmente el exceso de competencia que tiene la Corte Suprema.

"Nuestra Corte Suprema admitió, a comienzos del siglo pasado, uno o dos antecedentes por vía de arbitrariedad. Luego, hubo algunos casos en los años '40 y '50 y ya en los '60 se abre el criterio de arbitrariedad. Pero con todo eso, y pese a que con la apertura del criterio de arbitrariedad estaba entrando en función casatoria, se llega a 1983 con unas 3000 causas, más o menos, lo que significa que en lo años anteriores, cuando no se había abierto la vía de la arbitrariedad, tenían que ser muchas menos.

"Pero de 1983 hasta hoy pasa de 3000 a 15.000, es decir que, si seguimos a este ritmo, en cinco años más, con esta progresión, llegaríamos a 75.000. Esto indica una urgente necesidad de detener esta progresión y de devolverle a la Corte Suprema la función de tribunal de control de constitucionalidad y separarla nítidamente de la función casatoria, que es otra. En las estructuras judiciales de Europa está claramente establecido el tribunal constitucional y el tribunal supremo o tribunal de casación. Son dos funciones nítidamente separadas. El tribunal de casación, por otra parte, debido al enorme volumen de trabajo que tiene, se divide en salas. Pero a nuestra Corte Suprema, que es de control de constitucionalidad, por definición, no se la puede dividir en salas, o por lo menos hay grandes discusiones constitucionales a ese respecto.

"En cuanto a lo que se podría hacer: si no se logra trabajar armónicamente con los otros poderes para

resolver este problema: en primer término creo que habría que tratar de modificar reglamentos. Si bien la función reglamentaria pasó al Consejo de la Magistratura, creo que la Corte conserva poder reglamentario en las cuestiones de procedimiento; no en las administrativas ya que eso fue transferido. Habría que estudiar qué medidas de esta naturaleza se pueden tomar; cómo se puede modificar el reglamento interno en este sentido y cómo se puede elaborar una jurisprudencia coherente, que limite al máximo el espacio de arbitrariedad que hay en la discreción con la cual se ingresa o se accede a la Corte o se hace uso del art. 280 . Creo que éstas serían las medidas. Pero, lamentablemente, éstas serían medidas que se podrían tomar desde la Corte mientras o si no se lograse una medida más de fondo en acuerdo con los otros poderes del Estado. De todos modos, entiendo que la solución de fondo inevitablemente va a requerir la intervención de este Parlamento.

"Sr. presidente [Busti]: Si estuviese convencido de que nada puede cambiar los próximos años en el funcionamiento de la Corte, ¿querría ser o seguir siendo uno de sus jueces?

"Respuesta: No; de ninguna manera. En realidad, creo que lo que me decide a aceptar la postulación es justamente la posibilidad de devolverle a la Corte Suprema la función originaria de control de constitucionalidad.

"Si creyese que esto es imposible o si en el futuro viese que esto se me torna imposible, directamente no hubiese aceptado, y si en el futuro lo veo, renunciaría porque no tengo una vocación de poder en ese sentido" (énfasis agregado).

Carmen Argibay, audiencia pública, Cámara de Senadores de la Nación, 23/6/2004: "Sr. presidente: Ésta es otra pregunta que nos han acercado: dado que la Corte Suprema resuelve más de 10.000 causas por año, ¿cómo piensa hacer usted misma todos sus votos, sin delegar la preparación de éstos en los secretarios letrados?

"Sra. Argibay: No puedo decir que voy a escribir a mano todos mis votos. En todo caso, mi secretario letrado recibirá instrucciones acerca de cuál es mi opinión y en qué sentido quiero formular mi voto a tal efecto. Luego, yo corregiré ese borrador. Así es como procedo también en el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.

"Sr. presidente: También preguntan: en caso de que considere que la carga de trabajo es un problema de la Corte, ¿qué medidas propondría...?

"Sra. Argibay: Si la carga de trabajo me agobia, me voy (risas)".

Ricardo Lorenzetti, respuestas a un cuestionario acercado por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC.), disponible en www.adc.org.ar, a propósito de la apertura del proceso de su designación como juez de la Corte Suprema: "...26. ¿Qué mejoras jurisprudenciales o reglamentarias cree que podrían hacerse desde dentro de la Corte Suprema para atenuar el ingreso de causas y/o para facilitar su resolución?

"Comparto el diagnóstico de que el volumen de causas en las que interviene la Corte es excesivo y que ese exceso es consecuencia de la extensión de la jurisdicción de apelación ordinaria y extraordinaria del tribunal. Por ello efectivamente juzgo conveniente acotar la jurisdicción de la Corte en relación con tales supuestos.

"En tal sentido, las soluciones concretas deberían resultar de la ponderación de varios principios, entre ellos, los siguientes:

"la función primordial de la Corte Suprema debe ser la de custodia de la supremacía constitucional; las reformas deben ser consistentes con el principio federal de organización del Estado; la Corte debería preservar competencias como garante final y último remedio del acceso a la justicia de la ciudadanía.

"Las competencias de la Corte Suprema no deberían definirse en base a consideraciones de conveniencia sino de principio. Por lo tanto, si en virtud de los mejores principios disponibles se concluye que la Corte debiera tener o no tener cierta competencia, ese criterio debería privar por sobre consideraciones de conveniencia (tales como obtener una demora en la ejecutabilidad de ciertas sentencias)" (énfasis agregado).

Highton de Nolasco, audiencia pública, Cámara de Senadores de la Nación, 31/5/2004: "Locutor: Pregunta n. 38: ¿Le parece que la jurisprudencia en materia de recursos extraordinarios por sentencia arbitraria es coherente y suscita ejemplaridad entre los tribunales inferiores?

"Sra. Highton de Nolasco: Es lo mismo. Nadie sabe en realidad cuál es el criterio; por lo tanto, sentencia arbitraria es lo que la Corte dice que es sentencia arbitraria.

"Por mi experiencia de estar en tribunales, la Corte, cuando trata casos de sentencias arbitrarias, en muchos casos está tratando en tercera instancia cuestiones de hecho, prueba y derecho común. Por lo menos los expedientes que vuelven -y uno lo ve por los años en tribunales-, lo hacen porque cuando la Corte deja sin efecto un fallo por arbitrariedad, ese expediente va a otra sala. Entonces uno va viendo los que han sido dejados sin efecto y, efectivamente, analizará qué pericia y testigo debió prevalecer. Hay mucho accidente de tránsito común, hay alguna responsabilidad médica donde a lo mejor un médico está incluido por el juez y después la Corte dice que debe quedar excluido.

"Todas estas son cuestiones de hecho, prueba y derecho común, porque arbitrario es sólo el caso realmente extremo. La Corte no debe intervenir en una tercera instancia por cualquier sentencia que pueda parecer más o menos injusta. Ésa no es la función de la Corte. Justamente por eso la Corte se ha llenado de expedientes que no puede procesar, y menos personalmente los jueces.

"Reconozco que hasta ahora en primera y segunda instancia toda la vida he hecho mis propias sentencias, como juez y como camarista, y uno de los temores es pensar que en la Corte hay tantas sentencias que hacer que, justamente -como dicen- se elabora una sentencia cada dieciocho minutos. A mí me lleva más tiempo hacerlas" (énfasis agregado).

(6) Como se recordará, esa ley amplió el ámbito de aplicación del recurso ordinario ante la Corte, incluyendo este tipo de causas entre las cuales podía deducirse ese remedio. Ello produjo el ingreso de decenas de miles de casos que la Corte estaba obligada a considerar en su integridad, como tribunal de tercera instancia.

(7) "Itzcovich, Mabel v. ANSeS. s/reajustes varios" , sent. del 29/3/2005 (JA 2006-I-818).

(8) Ley 24463 (LA 1995-A-135): "Art. 19 . 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. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas".

(9) Ley 26025 (LA 2005-B-1690). Sancionada el 6/4/2005 y promulgada el 21/4/2005.

(10) En promedio, cada sentencia decide 5,1 expedientes.

(11) Estas cifras están tomadas de los listados de acuerdos publicados por la Corte Suprema durante 2004 en www.csjn.gov.ar, y que están analizados en "La Corte y los derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003/2004", Asociación por los Derechos Civiles, 2005, Ed. Siglo XXI.

(12) "Barreto, Alberto D. y otra v. Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios" , sent. del 21/3/2006.

(13) "De Gandia, Beatriz I." , Fallos 315:2309 (JA 1994-III, síntesis).

(14) Dicha norma, en lo que aquí nos interesa, regula la competencia originaria de la Corte por razón de la distinta vecindad de las partes.

(15) "Argencard S.A. v. Provincia de Misiones s/acción declarativa" e "IBM Argentina S.A. v. Provincia de Misiones s/acción declarativa".

(16) Firmada el 6/2/2007 por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay. Fayt no tomó parte del acuerdo, y es quien había firmado la disidencia en las acordadas 77/1990 y 28/1991 , que regulaban esta misma materia.

(17) Fayt no firmó la acordada 2/2007 .

(18) Fallos 313:786.

(19) Fallos 302:851 .

(20) Según un estudio preliminar, todavía no publicado, realizado por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC.) con base en los acuerdos completos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(21) Si bien, de lege ferenda, consideramos que una modificación en la extensión del plazo actual de diez días para la interposición del recurso extraordinario optimizaría el propósito perseguido con la sanción de esta

regla. De esa manera los abogados contaríamos con más tiempo para trabajar el caso y lograr una síntesis y una argumentación mucho más precisa, ilustrada y madurada. En casos complejos, y dentro de proporciones razonables, la calidad es funcional al tiempo. Y en ese tipo de causas diez días es poco tiempo para realizar un trabajo de alta calidad. Piénsese en los Estados Unidos, por ejemplo. Allí el plazo para interponer un recurso equivalente a nuestro "extraordinario" (vgr., el writ of certiorari) es de 90 días, se trate de una causa civil o penal (publicado en www.supremecourtus.gov, regla de la Corte Suprema de los Estados Unidos 13.1; ver también Stern, Robert L., Gressman, Eugene, Shapiro, Stephen M. y Geller, Kenneth S., "Supreme Court practice", "The Bureau of National Affaires", 1993, p. 892). Y, además, dicho plazo puede extenderse, en casos excepcionales, por 60 días más (íd., regla 13.5).

(22) En el texto empleamos las expresiones "descubrir" y "adjudicar" en el sentido en el que lo ha hecho Ross, Alf, "Sobre el Derecho y la justicia", trad.: Genaro R. Carrió, 1963, Ed. Eudeba, ps. 116 a 119 y 131 y ss.

(23) En los escritos judiciales no es extraño leer extensas e innecesarias remisiones a autores -a veces presentados como "maestros"- que en muchos casos carecen de originalidad, profundidad y precisión. Sería una sana contribución del foro evitar estos inútiles recuerdos.

(24) Referencias del cuadro: A) Los arts. 1 a 3 se refieren al "recurso extraordinario"; los arts. 4 a 7 se refieren a la "queja"; los arts. 8 a 11 se aplican a ambos recursos, excepto el art. 10 , que se refiere sólo al "recurso extraordinario". B) n/d: No poseemos datos de estas causales de rechazo. C) 2.f. Aclaración. En estos casos la Corte Suprema simplemente resuelve que la sentencia no es susceptible de ser recurrida y no da más precisiones.

(25) Urteaga, Alfredo, "La doctrina de la arbitrariedad de sentencias: una crítica", JA 2006-II-1394 . Ver también D'Alessio, Andrés J., "Origen, desarrollo, apogeo y desmadre del recurso extraordinario por sentencia arbitraria", JA 2006-III-1378 , y Lozano, Luis F., "Apuntes a propósito de un artículo de Alfredo Urteaga", JA 2006-III-1385 .

(26) En los recursos sobre los que posee jurisdicción discrecional (alrededor de 7000) la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos emplea un procedimiento que privilegia la celeridad. El rechazo de cada recurso es la regla y su admisión, la excepción. Sintéticamente expuesto, consiste en lo siguiente: el recurrente tiene la carga de acompañar con el original de su recurso 40 copias del mismo (recuérdese que el recurso se interpone ante la propia Corte). Una vez concluidos los traslados y las réplicas de cada recurso, el secretario de la Corte distribuye parte de aquellas copias y de sus contestaciones entre los nueve magistrados. Por su lado, el presidente de la Corte confecciona una lista de los temas a tratar en el acuerdo (en inglés, "conference"), que realizan generalmente los días viernes. Los demás jueces pueden solicitar incluir algún caso o tema en esa lista. En dicha reunión se decide, entre otras cosas, qué casos de los que obran en la lista serán considerados por la Corte. Todos los demás recursos cuyas copias habían sido ya distribuidas y que no conformaron la lista o que, habiéndola conformado, no lograron reunir el interés de al menos cuatro jueces que propusieran resolver el caso sobre el fondo, son automáticamente denegados. Este proceso consume, generalmente, entre una y tres semanas desde que se distribuyeron las copias entre los jueces (Stern, Robert L., Gressman, Eugene, Shapiro, Stephen M. y Geller, Kenneth S., "Supreme Court practice", "The Bureau of National Affaires" cit., p. 224 y ss.).

(27) Dentro de este relato no consideraremos las demoras que el expediente puede sufrir en la Procuración General.

(28) "La Corte y los derechos - 2006. Una síntesis de las decisiones más importantes del máximo tribunal", Asociación por los Derechos Civiles, p. 9. (ver, bajo el título mencionado, www.adc.org.ar).

Anexo 11

Título: Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
Autores: Garay, Alberto F. - Toranzo, Alejo
Publicado en:
Cita Online: 0003/012291

SUMARIO:

I. Introducción.- II. El considerando de la discordia.- III. Interpretación del fallo de la Corte por parte de la sala 1ª.- IV. Alcances de lo resuelto por la Corte Suprema en el caso "Monges" : a) Sobre las expresiones obiter dicta; b) Sobre el supuesto efecto erga omnes; c) Efectos directos tradicionales de una sentencia judicial; d) Efectos indirectos no tradicionales: obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; e) Análisis del consid. 34 del caso "Monges" ; f) Efectos propios y presupuestos doctrinarios de la sentencia dictada en el caso "Blas".- V. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

Hace unos años, en una apostilla a una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Héctor A. Mairal discrepó con la interpretación que de un considerando de una decisión de la Corte Suprema Nacional había hecho la sala 1ª de aquel fuero (1). Muy brevemente expuesto, el diferendo versaba sobre lo siguiente: en tanto la mencionada sala entendía que la Corte Suprema había autoatribuido efecto erga omnes a un fallo de esta última, Mairal consideraba que el alto tribunal no había hecho tal cosa.

Más recientemente, Fernando García Pullés volvió sobre el asunto en un elaborado trabajo en el que abordó los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de un reglamento, encargándose de distinguir las diferencias que existen, según su opinión, entre la declaración de nulidad y la de inconstitucionalidad de idéntica norma (2). Como el tema de la obligatoriedad de los precedentes (y el de su interpretación) nos preocupa desde hace algunos años (3), ese fallo de la Cámara Federal, su apostilla y el estudio mencionado han renovado nuestro interés y motivaron las breves reflexiones que siguen centradas, fundamentalmente, en lo relativo a los efectos de la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma.

II. EL CONSIDERANDO DE LA DISCORDIA

Para comprender el contexto dentro del cual se desarrolló esta controversia es necesario referenciar rápidamente algunos hechos y el marco normativo en juego. El 26/12/1996 la Corte Suprema había dictado sentencia en la causa "Analía M. Monges" (4). En dicho caso estaba en discusión la competencia del Consejo Directivo de la Facultad de Medicina para crear un curso obligatorio de ingreso a esa carrera. El curso ya había sido creado, se llamó "Curso Preuniversitario de Ingreso" (CPI.) y estaba en plena vigencia. Quien no lo aprobaba no podía ingresar a esa casa de estudios, a pesar de que hubiera superado el llamado Ciclo Básico Común (CBC.). Este último, como se recordará, era el curso preexistente, organizado por la Universidad de Buenos Aires, y que regía el ingreso a todas las facultades dependientes de la Universidad. La Facultad entendía actuar de conformidad con el art. 50 Ley de Educación Superior 24521 (LA 1995-B-1534), en tanto esa norma dispone que en "las universidades con más de 50.000 estudiantes, el régimen de admisión, permanencia y promoción de los estudiantes será definido a nivel de cada facultad o unidad académica equivalente".

Por su parte, y desde la cima de la pirámide, la Universidad de Buenos Aires había dictado una resolución (2314/1995) por la cual dejaba sin efecto la creación del dicho curso por entender que la Facultad de Medicina carecía de competencia para organizarlo. Entre otras razones, la universidad agregaba que dicho art. 50 Ley de Educación Superior (vgr., aquel en el que se basaba la Facultad de Medicina para crear el CPI.) era inconstitucional. Según se sostenía, el art. 50 aludido era fruto de una intromisión del legislador en la vida universitaria, en transgresión a la autonomía y autarquía que el inc. 19 del art. 75 CN. le reconoce a la universidad (5). Como recordará el lector, esta situación había generado un comprensible estado de incertidumbre entre los alumnos, víctimas reales de esta puja de poder de los burócratas involucrados. Algunos de aquéllos estaban cursando el CBC. y otros el CPI. La accionante era una aspirante a ingresar a la Facultad de Medicina y cuestionaba la resolución nulificante de la universidad (6).

La sala 1ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal resolvió la nulidad de la resolución del Consejo Superior de la universidad cuestionada por la actora, al tiempo que declaró la inoponibilidad del CBC. a la resolución 1219/1995. Luego en la Corte, por mayoría estricta de cinco votos (7), se confirmó el pronunciamiento apelado. A dicha confirmación el alto tribunal añadió que el curso de ingreso creado por la Facultad de Medicina (CPI.) era compatible con la Ley de Educación Superior y que el art. 50 de esa ley no merecía la objeción constitucional esgrimida por el Consejo Superior de la universidad. Hasta aquí esta decisión, como era de esperar, nada resolvía ni decía acerca de qué ocurriría con los demás alumnos que no se habían inscripto en ese curso sino que lo habían hecho en el CBC. organizado por la universidad. Dichos aspirantes, no está de más resaltarlo, no habían sido parte en este proceso, como tampoco lo habían sido los

demás aspirantes que asistían al curso organizado por la facultad (CPI.). No obstante estas ausencias procesales, a ellos también se refirió el tribunal. Sobre el final de la sentencia de la Corte cuatro ministros que firmaron el voto plural vaticinaron lo siguiente:

"...34) Que, sin perjuicio de la solución a la que aquí se arriba, dada la naturaleza de la materia de que se trata, corresponde declarar que la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina quienes, aun cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado, ante la razonable duda generada por éste, asistieron y eventualmente aprobaron el denominado `Ciclo Básico Común' de la Universidad Nacional de Buenos Aires o, en su caso, el `Curso Preuniversitario de Ingreso', creado por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. En tal sentido, cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiere optado, con los efectos para cada uno previstos" (8).

El empleo de este considerando por parte de la sala 1ª en una causa posterior será el que origina la discrepancia de Mairal (9). Seguidamente veremos los alcances del desacuerdo suscitado.

III. INTERPRETACIÓN DEL FALLO DE LA CORTE POR PARTE DE LA SALA 1ª

Luego de transcurrido casi un año de la sentencia de la Corte recién comentada, la sala 1ª de la mencionada Cámara Federal, sala que también había fallado anteriormente el caso "Monges" , debió dictar sentencia en autos "Blas v. Universidad de Buenos Aires". El caso era el de una estudiante del Curso Preuniversitario de Ingreso -CPI.- (representada por su padre) que impugnaba la resolución del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires por la cual éste había dejado sin efecto la norma que creaba aquel curso de ingreso. A esta demanda habían adherido tanto el decano de la Facultad de Medicina cuanto decenas de alumnos que estaban en el mismo curso (10). La demanda y la contestación contenían argumentos y defensas similares a los que la Corte Suprema había estudiado y decidido en la causa "Monges" . Al momento de resolver dijo la sala 1ª:

"III. Que, a esta altura, corresponde poner de relieve que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso estrictamente análogo al presente (conf. `Monges, Analía M.' , del 26/12/1996), al confirmar la sentencia dictada por esta sala 1ª -con votos concurrentes de los Dres. Licht y Coviello el 15/3/1996 por la que, respecto de la allí actora, se había declarado la nulidad de la mentada resolución del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires 2314/1995- sostuvo `que, sin perjuicio de la solución a la que aquí se arriba, dada la naturaleza de la materia de que se trata corresponde declarar que la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina quienes, aun cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado, ante la razonable duda generada por éste, asistieron y eventualmente aprobaron el ciclo básico común de la Universidad Nacional de Buenos Aires o, en su caso, el ciclo preuniversitario de ingreso creado por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. En tal sentido -enfatizó el alto tribunal-, cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado, con los efectos para cada uno previstos' (ver consid. 34 del voto mayoritario y consid. 18 del voto concurrente del Dr. Vázquez)".

Seguidamente, añadió la Cámara:

"Ello así, no cabe duda que la Corte Suprema de Justicia autoatribuyó a su fallo efectos erga omnes, los que, en razón de esa decisión del alto tribunal -cuyo acierto o error no corresponde a esta sala entrar a considerar- se proyectan sobre el caso sub examine, gobernándolo y tornando inconducente todo pronunciamiento concreto a su respecto por parte de esta Cámara" (11).

Volviendo al fallo y su apostilla, insistamos en que en tanto la Cámara sostuvo que la Corte atribuyó efecto erga omnes a uno de sus fallos, Mairal defiende, acertadamente, que los pronunciamientos judiciales en nuestro sistema no producen esos efectos (12). El mismo autor afirma que debido al lenguaje empleado pareciera que la Corte admite el efecto "indirecto" de su pronunciamiento sobre otras personas que no son parte stricto sensu en ese caso, cuestión ésta diferente, por cierto, de la consecuencia que la Cámara le adjudicó.

En realidad, como también advierte Mairal, la sala 1ª proporcionó otras bases sobre las cuales sustentar su decisión en "Blas" (13). En rigor de verdad, el consid. III del fallo de Cámara era absolutamente innecesario para resolver el caso. No era preciso hablar de un supuesto efecto erga omnes de la sentencia de la Corte que la propia Corte en su sentencia no mencionaba. Y no lo era por las mismas razones centrales (y no subsidiarias) que proporciona el Dr. Buján en el primer voto de la sala 1ª, que dice:

"IV. Que así las cosas, y sólo subsidiariamente -para el supuesto que no se compartan los efectos erga omnes que a criterio del tribunal acordó la Corte Suprema a la decisión emitida en el citado precedente `Monges' -, cabe destacar que la doctrina sentada por el superior tribunal en ese caso -en el que se brinda adecuada respuesta a las distintas cuestiones fácticas y jurídicas concernientes al plano sustancial de la cuestión sometida a conocimiento de la sala- resulta enteramente aplicable al que es materia del sub lite, por lo que -aunque fuera

por meras razones de economía procesal- corresponde aplicarla en la especie, remitiéndose en mérito a la brevedad a las distintas consideraciones allí expuestas por la Corte Suprema de Justicia".

En pocas palabras, para el Dr. Buján el caso "Blas" pudo haber sido resuelto exclusivamente por aplicación de la doctrina del precedente "Monges" .

Pero asumamos por hipótesis que la Cámara sólo brindó el argumento expuesto en el consid. III para fundar su sentencia favorable a los actores. Ante tal situación la solución a los siguientes interrogantes parece de rigor:

¿Sería descriptivamente cierto, como sostuvo la Cámara, que la Corte autoatribuyó efecto erga omnes a la sentencia pronunciada en la causa "Monges"?

¿Vaticinar, como sentenció la Cámara, que los efectos del fallo de la Corte en la causa "Monges" se proyectan sobre el caso "Blas", gobernándolo y tornando inconducente todo pronunciamiento concreto a su respecto por parte de la Cámara, constituiría una descripción adecuada acerca de cómo funciona nuestro sistema judicial ante un caso específico?

¿Nuestro sistema constitucional toleraría un giro conceptual y jurisprudencial o legal en favor del efecto erga omnes de una sentencia que declara la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de una norma en un supuesto como el que motiva este comentario?

En lo que sigue procuraremos dar respuesta a los interrogantes recién anticipados. Es evidente que la cuestión merece un análisis detenido a fin de despejar el sentido de expresiones que a veces usamos un poco al descuido. Anticipamos desde ya que, en nuestra opinión, yerra la sala 1ª cuando sostuvo que en el consid. 34 de la sentencia de la Corte Suprema surge que esta última autoatribuyó efecto erga omnes al fallo.

IV. ALCANCES DE LO RESUELTO POR LA CORTE SUPREMA EN EL CASO "MONGES"

a) Sobre las expresiones obiter dicta

En nuestra opinión, lo dicho por la Corte en el consid. 34 del caso "Monges" constituye una expresión denominada obiter dictum, y ello merece una breve explicación.

Desde hace más de 120 años en muchas sentencias de la Corte Suprema se leen expresiones tales como obiter dictum, holding, ratio decidendi, doctrina del fallo. No obstante ese uso frecuente, es evidente que dichas nociones no son empleadas con mucha sofisticación en nuestro medio. Ellas, salvo excepciones, tampoco ocupan un lugar preponderante entre nuestros trabajos doctrinarios, sean procesales, constitucionales o filosóficos, y -salvo algunas excepciones contemporáneas- tampoco han ocupado un lugar destacado ni habitual en la enseñanza ni en la práctica del Derecho. Expresiones como obiter dictum, holding (Estados Unidos de Norteamérica) o ratio decidendi (Gran Bretaña), sin embargo, son de uso cotidiano y necesario en el sistema del Common Law, pues ellas están estrechamente vinculadas a la doctrina del precedente.

La primera vez que la Corte Suprema argentina se refirió a la noción de lo que en la doctrina anglosajona del precedente se conoce por el nombre de obiter dictum, (obiter dicta, en plural), pero sin llamarla de esa manera, parece haber sido en el famoso caso de Fallos 33:162, 196 (1888), "Municipalidad de la Capital v. Isabel A. de Elortondo". En este caso de expropiación la mayoría adhería a una posición con la cual el disidente, Clodomiro Zavalía, disentía. Éste sostenía, además, que el voto de los más se estaba apartando ilegítimamente de lo establecido en precedentes a su juicio análogos. En respuesta a ello, y luego de ofrecer distingos que a su juicio justificaban fallar el juicio seguido contra la Sra. Elortondo de modo diferente de los citados por Zavalía, en el consid. 26 la mayoría de la Corte Suprema expresó, sin apoyo en autor o precedente alguno, lo siguiente:

"Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan, y que en cuanto vayan más allá, pueden ser respetados pero de ninguna manera obligan el juicio del tribunal para los casos subsiguientes" (14).

Lo dicho por la mayoría de la Corte, como surge de la nota precedente, replica a la perfección la idea de obiter dictum de la doctrina del precedente. Con posterioridad a este caso la Corte Suprema ha hecho uso frecuente de esta herramienta, pues es muy común que en las sentencias se haga referencia a situaciones que si bien emparentadas no coinciden estrictamente con la del caso a resolver, sin que tal referencia tenga su debido correlato en los análisis que la preceden (15). Puede ocurrir -y, de hecho, ha ocurrido- que en un caso posterior se presente esa situación a la que se había aludido, al pasar o tangencialmente, en el precedente. Entonces, en tales supuestos el alto tribunal ha debido decidir si esas expresiones anteriores tenían fuerza obligatoria sobre el caso actual, es decir, si compelían al tribunal a reiterarlas, o si él podía apartarse de ellas, sin que su decisión fuera sentida como contraria a Derecho.

Con estas ideas en mente, volvamos ahora al texto que nos ocupa. Es evidente que el consid. 34 de la sentencia dictada por la Corte en el caso "Monges" alude, por un lado, al caso de la actora. No obstante, también refiere el de los demás estudiantes que cursaban el CPI. -quienes no eran parte en el juicio- y, por último, considera una situación de hecho que no era la de la actora ni la de los que se hallaban en posición análoga a ella. En efecto, los alumnos que estaban cursando el llamado CBC. -a quienes también menciona- no eran parte en el proceso iniciado por la joven Monges, y su situación, si bien vinculada, era bien diversa de aquella de la accionante. Ergo, la referencia que se hiciera a los estudiantes que cursaban el CBC., a la validez del curso que habían tomado y a la situación de los demás alumnos que cursaban el CPI. excedía claramente el marco del estricto caso de Analía Monges. Pues en éste la cuestión a resolver por la Corte consistía, centralmente, en revisar la sentencia apelada para determinar si la validez constitucional del CPI. y el derecho de Monges a cursarlo de modo eficaz, declarados por la Cámara, se ajustaban a la Constitución y a la ley federal en juego.

Si se coincide con lo anterior, como anticipamos renglones más arriba, el consid. 34, en la parte que alude a los estudiantes inscriptos en el CBC. y en el CPI., al margen de Monges, es un claro obiter dictum, entendida esta noción conforme se la emplea desde el caso "Municipalidad v. Elortondo" (16). Desde ya que el caso de los demás estudiantes del CPI. y de los del CBC. no puede ser puesto en un mismo plano con el de Analía Monges. En ambos supuestos estamos ante referencias a gente que no era parte en el juicio. Si bien, en principio, el caso de los restantes estudiantes que cursaban el CPI. guardaba una similitud mucho mayor con el de Analía Monges que el de los estudiantes del CPI. quienes cursaban un módulo cuya validez y vigencia precisamente competía con la del CBC.

Si éste es el caso, volviendo ahora a lo dicho por la sala 1ª en "Blas", mal puede entonces pretenderse estar "obligado" y "gobernado" por una expresión vertida por la Corte en la sentencia del caso "Monges" , que se refiere a personas que ni siquiera eran parte en tal proceso y que, por lo tanto, se trataría de claro exceso jurisdiccional respecto de la cuestión a resolver.

Una expresión como la que contiene el consid. 34 referida a los alumnos del CBC. puede ser, sin duda, persuasiva y quizás, dado lo reciente y la oportunidad que eligió la Corte para expresarla, hasta premonitoria de lo que la Corte Suprema podía llegar a resolver si llegaba ese supuesto en el futuro (vgr., el de los estudiantes que, coetáneamente a Monges, estaban cursando el CBC.). Por otro lado puede sostenerse, con fundamento en la igualdad ante la ley y en el llamado carácter vinculante de este tipo de decisiones, que los casos similares deben ser tratados del mismo modo y que, por lo tanto, los casos similares al de Analía Monges que se presentaran en el futuro ante la justicia (vgr., el de los alumnos que cursaban el CPI.) debían ser resueltos análogamente a como la Corte había decidido el caso "Monges" . En este sentido, puede inclusive expresarse que esos casos subsiguientes estarían, metafóricamente hablando, "gobernados" por lo resuelto por la Corte en aquella causa (17). Y ello puede verse así porque, sin duda, los casos similares al de Monges caen dentro del holding del caso "Monges" .

Pero de allí a pretender que un obiter "gobierne" la decisión de un caso posterior y torne inconducente todo pronunciamiento concreto sobre el particular es algo francamente equivocado e inconveniente. En nuestro sistema judicial un obiter nunca tiene efectos erga omnes. Según la jurisprudencia de la Corte -que en esto coincide grosso modo con la doctrina del precedente de acuerdo con como se la practica en el mundo anglosajón-, una sentencia no posee efectos erga omnes, en el sentido de que resuelto ese caso se resolverían los demás cubiertos por la normativa convalidada. Lo que podría llegar a defenderse con fundamento es que lo que eventualmente "obliga" de una sentencia respecto de las que vayan a dictarse en el futuro en casos análogos, y en tanto se juzgue que esos casos futuros son análogos al del precedente, es lo resuelto en el precedente (que anteriormente hemos denominado, indistintamente, la doctrina del fallo, su ratio decidendi o su holding), no las menciones obiter dictum.

En nuestro Derecho judicial lo dicho al pasar sin tener bajo consideración estrictamente el marco fáctico de ese caso concreto y las razones expuestas por las partes interesadas, o los aspectos del fallo referidos a situaciones vinculadas con las del caso a resolver pero que no integraban el thema decidendi (o los "meros motivos subjetivos", como los denominara Savigny), no "gobierna" la solución de casos futuros. Además, como dijimos anteriormente, sería una idea inconveniente atribuirle semejante fuerza a expresiones que se dicen sin tener en cuenta los hechos específicos del caso y las razones expuestas por las partes para defender sus derechos y competencias, pues los tribunales no tienen competencia total, sino sólo sobre los casos concretos (hechos y Derecho) que se someten a su decisión.

b) Sobre el supuesto efecto erga omnes

En otro orden de ideas, nos parece que descriptivamente tampoco puede sostenerse -como concluye la sala 1ª- que la Corte Suprema autoatribuyó efecto erga omnes a su propio fallo. Para comprobar el error de esa

conclusión basta con acudir al texto. Del lenguaje empleado por la Corte en la sentencia no surge párrafo o expresión alguna que aluda a esa "autoatribución" del mentado efecto erga omnes. En consecuencia, no surge del lenguaje empleado en la sentencia que la Corte Suprema en momento alguno haya resuelto que ella tendría efecto erga omnes.

Ahora bien, en el análisis anterior se comprueba que descriptivamente no puede sostenerse que del texto expreso surja que la Corte habría autoatribuido a su sentencia aquel efecto total. Aquí podría detenerse el análisis referido a esta supuesta autoatribución. Comprobado -como está- que esa declaración no surge explícitamente de la sentencia ni del consid. 34 y que además representa un obiter, parece innecesario la elaboración de otro argumento para refutar la falta de verdad de esa afirmación. No obstante, imaginemos que la sala 1ª no dijo que la Corte Suprema había autoatribuido efecto erga omnes a uno de sus fallos. Supongamos, por hipótesis, que se dijera que podría inferirse que la Corte adjudica ese efecto a la sentencia dictada en el caso "Monges" .

Más allá de los problemas serios que plantea todo razonamiento basado en inferencias, veamos si uniendo el lenguaje empleado en el consid. 34 con la jurisprudencia de la Corte Suprema acerca de los efectos de sus propias sentencias es posible inferir el efecto postulado por la Cámara y por parte de la doctrina (18).

c) Efectos directos tradicionales de una sentencia judicial

En general -y al margen de los casos de los arts. 41 y 42 CN.- puede afirmarse que en nuestro ordenamiento procesal nacional lo resuelto en una sentencia dictada en un juicio contradictorio produce efectos directos y recíprocos solamente entre las partes de ese proceso. Sea que se condene a hacer, no hacer o dar algo, sea que se absuelva de ello; sea que se declare la existencia (ex tunc o ex nunc) o inexistencia de un derecho o potestad, la inconstitucionalidad, la constitucionalidad o la inoponibilidad de un acto, ello obliga de modo directo a las partes de ese juicio, una frente a la otra. El demandado está obligado ante el actor en los términos de la condena, o, inversamente, el demandado no está obligado ante el actor, al haberse rechazado la demanda. Además, es entre estas partes que la sentencia hace cosa juzgada, entendiendo por tal la imposibilidad legal de aquéllas de relitigar el mismo caso con posterioridad (19). Estos mismos principios se aplican a las sentencias de la Corte Suprema cuando ejerce su competencia originaria, ordinaria y cuando lo hace en virtud del recurso extraordinario federal y resuelve el fondo, sobre la base de lo autorizado por el art. 16 parte 2ª ley 48.

Si se postula el efecto erga omnes de una sentencia, debería proponerse también, para mantener la coherencia argumental, que la sentencia que contiene ese efecto haría cosa juzgada respecto de personas que no han sido parte en el proceso. Pero, como con claridad ha expresado el Dr. Petracchi:

"La jurisprudencia de este tribunal sostiene que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada produce efectos solamente entre quienes han revestido el carácter de partes en el juicio, es decir, dicha sentencia no puede aprovechar ni perjudicar a los terceros que han permanecido ajenos al juicio (párr. 1º del consid. 3 del caso `Yappert Surian' , Fallos 310:2063 -1987-)" (20).

Igual efecto inter partes produce en nuestro sistema nada menos que la declaración de inconstitucionalidad o de constitucionalidad de una ley, decreto o resolución. Tal declaración sólo tiene consecuencias inmediatas o directas en el caso en que ella es pronunciada. Sólo respecto de las partes de ese juicio es que lo allí decidido es obligatorio, a pesar de que, obviamente, en la mayoría de los casos la ley declarada inconstitucional o constitucional afecte a más personas que las que son parte en el juicio (21). Tradicionalmente se ha enseñado que la declaración de inconstitucionalidad de una norma no deroga la norma. Tampoco la anula absolutamente, entendido este término conforme se lo emplea en el derecho civil. Hasta aquí podríamos afirmar que existe consenso. Pero recién hemos aludido a la no obligatoriedad (o a su contracara, la obligatoriedad) de una sentencia, y esto merece algunas aclaraciones.

d) Efectos indirectos no tradicionales: obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La cuestión de la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema es un tópico un poco más controversial y complejo. En oportunidades, cuando en doctrina o en fallos judiciales se habla de "obligatoriedad de un precedente" o de su "efecto vinculante", se confunden dos conceptos, a saber: el de cosa juzgada, por un lado, y el del efecto expansivo, ejemplificador o indirecto de lo resuelto en un precedente sobre casos análogos posteriores, su autoridad institucional, por el otro. Ambos aluden al fenómeno de la obligatoriedad de una sentencia, pero referido a aspectos diferentes que seguidamente explicaremos.

Como sostuvimos anteriormente, la cosa juzgada es una noción que aspira a poner coto a las controversias judiciales mantenidas entre las mismas partes respecto del mismo asunto. En función de ella, si en un caso se dictó sentencia definitiva sobre el asunto, si ésta es inapelable y si no puede volver a discutirse el mismo tema

en un juicio posterior, lo decidido en la sentencia pasa a ser inmutable. Queda protegido por el principio de la cosa juzgada. Las partes no podrá reeditar este juicio (y su cuestión litigiosa anexa), pues él ya ha merecido sentencia y el principio de la cosa juzgada lo impide. Como se sabe, en doctrina se discute si se debe adherir a una concepción formal (vgr., sólo obliga lo dicho en la parte resolutiva de la sentencia) o sustantiva de ella (vgr., lo obligatorio es la norma individual que la sentencia contiene, de allí que deba construírsela teniendo en cuenta lo dicho en los considerandos y en la parte resolutiva). La Corte Suprema ha optado por la segunda posición. Pero, a los fines prácticos, reiteremos que el efecto "obligatorio" o inmutable que se atribuye a una sentencia por virtud de la cosa juzgada está circunscripto al caso judicial habido entre las partes en el proceso en el que se dictó la sentencia. Y si se pretende que esa sentencia "obligue" a un tercero o a terceros que no fueron parte en el juicio, el principio es que ellos deben ser llevados a juicio para evitar lesionar su derecho de defensa (22).

Por otro lado, la llamada obligatoriedad del precedente (efecto expansivo del precedente o efecto indirecto de la sentencia) aspira a que lo resuelto en un caso alcance, de modo indirecto, a lo que se vaya a resolver en el futuro en todos los casos análogos a aquél. En el caso que nos ocupa, por ejemplo, podría predicarse (y encomiarse) tal obligatoriedad de lo resuelto en "Monges" (JA 1998-I-350) respecto de los demás estudiantes del CPI.

Si uno recorre la jurisprudencia del alto tribunal concluirá que no puede afirmarse que sus precedentes hayan sido considerados obligatorios en un sentido fuerte de esa expresión. Esa noción de obligatoriedad así considerada no es ni ha sido una idea vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Intentaremos demostrar esta afirmación.

En los últimos tiempos la Corte Suprema ha debido pronunciarse en numerosos casos acerca del efecto vertical de decisiones suyas que declaraban la inconstitucionalidad o la conformidad constitucional de leyes y actos de los demás poderes del gobierno. Esta obligatoriedad es la que se conoce con el nombre de stare decisis et quieta non movere en el derecho anglosajón. En diversas sentencias provenientes de tribunales inferiores éstos han cuestionado, expresa o implícitamente, este tipo de obligatoriedad respecto de otros casos análogos al precedente invocado. Con cierta frecuencia los tribunales inferiores se rebelaban y fallaban en temas constitucionales en sentido contrario a lo resuelto por el alto tribunal, hecho éste que le obligó a insistir sobre el particular. En el estado actual, como se verá, puede concluirse que la Corte Suprema ha optado por un régimen débil de obligatoriedad vertical de sus decisiones (23). En efecto, en consonancia con una línea jurisprudencial que comienza en el caso "Cerámicas San Lorenzo S.A." (24), ha dicho recientemente el alto tribunal:

"5) Que si bien las sentencias de la Corte Suprema sólo deciden en los procesos concretos que le son sometidos y no resultan obligatorias para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (Fallos 307:1094 ; 312:2007 , entre otros), ya que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que, como en el caso, se apartan de los precedentes de la Corte Suprema, sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar las posiciones sustentadas en ellos, dado que aquélla reviste el carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional (LA 1995-A-26) y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos 311:1644 [JA 1986-IV-198] y sus citas, entre otros)" (25) (énfasis agregado).

Más arriba anticipamos que estamos ante una versión débil de la obligatoriedad de los precedentes, y ello merece una breve explicación. La Corte Suprema sostiene que no existe obligatoriedad pero sí un supuesto "deber moral" (sea lo que haya querido significar con esta expresión). A renglón seguido ella admite que si se tienen nuevos argumentos, un(a) juez(a) puede resolver un caso análogo de modo contrario a como lo ha hecho el alto tribunal. Ergo, es evidente que ante un caso concreto, si un(a) juez(a) estima que la sentencia de la Corte cuya doctrina o holding sería aplicable está equivocado y si además estima que el caso es trascendente, es muy probable que encuentre "nuevos" argumentos para resolver en sentido contrario. Mucho mayor será esa probabilidad si además se trata de un tema en el cual el juez se siente con una especialización o con un compromiso moral, filosófico o ideológico mayor.

El estándar propuesto por la Corte es fácilmente superable pues, generalmente, con el dictado de una sentencia ni la Corte ni un juez agotan la cantidad de razones en las que basan su decisión. Por lo tanto, ello generará el espacio suficiente como para la explicitación de "nuevas" razones por parte de los tribunales inferiores, quienes, entonces, se encontrarán habilitados para fallar el caso en sentido contrario al precedente que rige la cuestión. Además, recuérdese también que al no existir dos casos idénticos, muchas veces diferencias fácticas (relevantes o no) podrán servir de soporte a una decisión que se aparte del precedente con base en aquel distingo de hecho.

Por otro lado, es evidente que la postura elaborada por la Corte Suprema está en las antípodas de una que ve en la mera obligatoriedad un argumento suficiente. En efecto, la obligatoriedad de los precedentes solamente

aparece y se siente como tal justamente respecto de los precedentes con los que uno no coincide. En esos supuestos si existe obligación, y solamente por obligación, se sigue lo resuelto por la Corte, sin perjuicio de dejar a salvo su opinión (26). La carga de provocar su cambio pesa sobre el perjudicado por la sentencia. Inversamente, si se coincide con el precedente y se resuelve consecuentemente, no tiene sentido hablar de obligatoriedad. Simplemente se resolverá del mismo modo porque se piensa que ésa es la solución correcta.

El refugio que algunos negadores de la obligatoriedad de los precedentes supieron encontrar fue que ella -a diferencia, por ejemplo, del caso de los fallos plenarios- no estaba impuesta por ley (27). En función de esta carencia, defendían que la obligatoriedad postulada no podía ser tal. No obstante, cuando se presentó el caso ese argumento no fue suficiente para la Corte. Vayamos al precedente que ilustra el punto. La ley 24463 (1995) (LA 1995-A-135) impuso la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema, si bien ceñida la cuestión a los casos provisionales que esa ley afectaba. Dicha ley disponía:

"Art. 19. 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. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán de obligatorio seguimiento para todos los jueces en las causas análogas" (énfasis agregado).

No fue suficiente la claridad del texto. El alto tribunal insistió en la postura débil recién analizada sin declarar la inconstitucionalidad del art. 19 transcripto. Expresamente dijo la Corte:

"7) Que el referido art. 19 parte 2ª ley 24463, después de regular el recurso ordinario con relación a los pronunciamientos definitivos de la Cámara, establece que los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas.

"8) Que aun frente a la inexistencia de una norma en tal sentido, este tribunal ha señalado reiteradamente el deber que tienen las instancias ordinarias de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares (Fallos 307:1094 ; 312:2007 ; 316:221 ; 318:2060 ; 319:699 ; 321:2294), que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (arg. Fallos 25:364; 212:51 y 160 ; 256:208 ; 303:1769 ; 311:1644 y 2004 ; 318:2103 ; 320:1660 ; 321:3201 y sus citas).

"9) Que, empero, esa doctrina no ha importado privar a los magistrados de apreciar con criterio propio las resoluciones del tribunal y apartarse de ellas cuando mediaban motivos valederos para hacerlo, siempre que tal apartamiento hubiera sido debidamente fundado en razones novedosas y variadas... criterio que ha sido aplicado también con posterioridad a la entrada en vigor del art. 19 parte 2ª ley 24463 (causa... `Luaces, Lago Antonio v. ANSeS.', del 16/3/1999).

"10) Que la situación referida no aparece alterada por la sanción de dicha norma, que prescribe de modo explícito el efecto vinculante de los fallos de la Corte en casos análogos, pues es atribución de los jueces ordinarios de la causa ponderar los hechos, establecer el derecho aplicable y -en su caso- subsumir la solución del debate al precedente dictado en cuestiones similares. La libertad de juicio de los magistrados en el ejercicio de sus funciones es tan incuestionable como la autoridad definitiva que tiene la interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema, cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones (véanse Fallos 212:51 , 160 y 251 ; 321:2114)" (28).

Es decir que, sintéticamente, los(as) jueces(zas) inferiores están autorizados a fallar de modo distinto de como lo ha hecho la Corte Suprema en un caso análogo siempre que expresen nuevos argumentos para fundar su posición.

A la luz de las consideraciones precedentes cabe concluir, en respuesta a las dos primeras preguntas que se formularan sobre el final del capítulo anterior, que:

(i) A diferencia de lo que defendió la sala 1ª de la Cámara Federal, si se tiene en cuenta el texto del consid. 34, la sentencia misma y la jurisprudencia de la Corte Suprema acerca de los efectos de sus decisiones -sea respecto de las partes del juicio, sea respecto de los tribunales inferiores- del obiter dictum del caso "Monges" , no puede extraerse ni inferirse válidamente que la Corte haya atribuido efecto obligatorio y erga omnes a lo expresado en aquel párrafo. Si la Corte hubiera querido tal cosa así lo habría declarado. Tratándose de una cuestión que habría implicado un cambio radical respecto de la noción de la obligatoriedad de sus decisiones, es evidente que ella no puede considerarse resuelta prácticamente sub silentio o por inferencia.

(ii) Consecuentemente, teniendo en consideración esos antecedentes cabe concluir en que la sentencia de la Cámara no constituye una buena descripción acerca de cómo funciona nuestro sistema judicial frente a una sentencia de la Corte Suprema. Es equivocado afirmar que los "efectos del fallo de la Corte en el caso `Monges'

se proyectan sobre el caso `Blas', gobernándolo". Ese efecto no existe en nuestro derecho vigente para supuestos como el que nos ocupa. Como quedó en evidencia precedentemente, la propia Corte sostiene que sus fallos no son obligatorios, y mucho menos podría predicarse ese alegado efecto erga omnes. Como máximo, si se aceptara una noción fuerte de "obligatoriedad" o de stare decisis, podría sostenerse que todos los casos análogos al de Monges "deben ser" resueltos de la misma manera. Pero tal solución jamás podría extenderse también al supuesto de los estudiantes del CBC. -caso el de éstos claramente diferente del de Analía Monges-, pues si se lo hiciera allí estaríamos frente a un claro obiter dictum, que jamás obliga sino que, como se expresó con anterioridad, en el mejor de los casos, persuade (29).

e) Análisis del consid. 34 del caso "Monges"

La redacción de este considerando merece algunas objeciones. Nos referiremos a la más importante. Para ello es preciso volver a su texto. La Corte comienza dejando a salvo lo resuelto en ese caso (vgr., "...sin perjuicio de la solución a la que aquí se arriba").

Luego declara que "dada la naturaleza de la materia de que se trata corresponde declarar que la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina quienes, aun cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado, ante la razonable duda generada por éste, asistieron y eventualmente aprobaron el Ciclo Básico Común de la Universidad Nacional de Buenos Aires o, en su caso, el Ciclo Preuniversitario de Ingreso creado por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. En tal sentido -enfatizó el alto tribunal-, cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado, con los efectos para cada uno previstos" (ver consid. 34 del voto mayoritario y consid. 18 del voto concurrente del Dr. Vázquez).

El texto es un poco confuso. No se percibe espontáneamente qué quiere decir que "sin perjuicio de la solución a la que se arriba [...] la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro". Creemos que lo que la Corte quiso decir aquí fue que los principios sentados en el caso no iban a ser aplicados a otro grupo de casos, verbigracia, el de los estudiantes que estaban cursando el CBC.

Ahora bien, a esta altura del razonamiento, (i) si se coincide en que la Corte no ha querido conferir efecto erga omnes a su sentencia, (ii) si sus decisiones no hacen cosa juzgada respecto de terceros que no han sido parte en el proceso y (iii) si aquéllas no son obligatorias respecto de las sentencias a dictarse en casos análogos por los tribunales inferiores, al menos, cuando esa obligatoriedad se busca en una expresión obiter dictum, deberíamos imaginar qué razón impulsó a la Corte a incluir en la sentencia el mentado consid. 34. Nuestra opinión es la siguiente.

Consciente de que su sentencia sólo obligaba respecto de la actora y la demandada, la Corte Suprema, pragmáticamente, en vista de la cantidad de alumnos del CBC. y del CPI. que permanecían y que permanecerían en vilo, anticipó su opinión, muy extemporáneamente, intentando con ello (i) eliminar la normal incertidumbre de aquellos que no habían iniciado juicio; (ii) fijar de antemano reglas claras de juego; y (iii) persuadir a las autoridades para que respetaran el criterio que allí anunciaba (30).

En las líneas anteriores el lector habrá advertido que al elaborar qué es lo que la Corte habría querido hacer nos mostramos de algún modo vacilantes. Ello obedeció a que si bien presumimos que lo que la Corte Suprema quiso fue lo que recién se expresó, el lenguaje que ella empleó para lograrlo fue equívoco y desafortunado. El consid. 34, como está redactado, admite interpretaciones encontradas. A fin de evitar desviarnos del tema, lo más acertado es pensar que lo que la Corte Suprema quiso decir fue que la nulidad de la resolución de la universidad y la consecuente esterilidad del CBC. para ingresar a la Facultad de Medicina sólo cobraría pleno efecto, sólo sería eficaz, a partir de que culminaran de cursar el curso mencionado en último término quienes en ese momento lo estaban haciendo. Ello, sin perjuicio de reconocer validez presente al CPI. Así expuesto, queda al desnudo un obiter dictum sin precedentes análogos en la jurisprudencia de la Corte. Es evidente que, más allá del mérito que se le adjudique, o de la simpatía que pueda producir esta solución, eminentemente práctica y basada en argumentos estrictamente de conveniencia, ella es un claro exceso jurisdiccional. Nos parece poco discutible que de tal modo podría actuar la Facultad de Medicina en ejercicio de su competencia reglamentaria. Pero es sabido que la Corte Suprema carece de semejante capacidad regulatoria o legisferante (lato sensu).

f) Efectos propios y presupuestos doctrinarios de la sentencia del caso "Blas"

Volvamos hacia atrás y repasemos la sentencia dictada por la Cámara en el caso "Blas". Como se recordará, anteriormente sostuvimos que el consid. III de la sentencia dictada por la sala 1ª admite ser considerado un obiter dictum. Ello así, por cuanto en el caso "Blas" la Cámara se pronunció sobre el fondo de la cuestión y, además, la Facultad de Medicina era parte. Es decir que, como se sostuvo más arriba, convalidado constitucionalmente el CPI. e invalidada la resolución de la universidad que lo desautorizaba, no era necesario acudir a un supuesto efecto erga omnes pretendidamente autoatribuido por una sentencia anterior de la Corte

(vgr., "Monges"). Sin necesidad de acudir a esa posibilidad y sin forzar los conceptos, en "Blas" la sentencia beneficiaría, automáticamente, a todos los cursantes del CPI., puesto que era parte la Facultad de Medicina y se convalidaba la legalidad y la constitucionalidad del CPI.

Si se coincide con lo anterior, parece inevitable preguntarse por qué razón la sala acudió al supuesto efecto erga omnes de "Monges" . A nuestro ver, en términos de Strawson, el error del tribunal (y de parte de la doctrina) parece ser fruto de cierta pérdida del equilibrio conceptual (31).

Una explicación del error en que incurrió la Cámara puede fincar en que, como dice Strawson, se intenta "presentar o explicar una cosa distinta en términos de su modelo preferido".

A esta altura parece bastante evidente que se ha intentado presentar lo dicho por la Corte obiter dictum al anticipar su opinión, como si no hubiera sido "lo dicho" obiter sino como si fuera "lo resuelto" en el fallo (32). El efecto total mentado integraría, según esta postura, la doctrina del fallo. Y, en esa vena, como si lo "resuelto" hubiera sido el conferir alcance general tanto a la nulidad decretada por la Cámara, que la Corte simplemente confirmaba, como a la convalidación constitucional del art. 50 de la ley y del CPI. creado a su amparo.

Hace algunos años ya una corriente doctrinaria defiende la tesis de los efectos erga omnes de una sentencia que anula un reglamento (33). Es decir que la sentencia que declara su nulidad haría cosa juzgada inclusive respecto de terceros que no fueron parte de ese juicio. Es probable que los firmantes de la sentencia del caso "Blas" participen de tal idea y hayan extendido esa noción a los efectos de una sentencia que convalida judicialmente la constitucionalidad de un acto administrativo de alcance general. Ha quedado demostrado, no obstante, que no puede confundirse la noción de cosa juzgada hasta tal extremo. Hasta el día de hoy ni la ley ni la jurisprudencia del más alto tribunal han admitido de modo general que la cosa juzgada de una sentencia alcance a terceros que no fueron parte en el proceso, como si éstos lo hubieran sido. Tal proceder, ha dicho la Corte Suprema, violaría el derecho de defensa de esos terceros (34). Ni la ley ni la jurisprudencia han reconocido ese mismo alcance no ya para perjudicar sino para favorecer a terceros. Tampoco puede confundirse la noción de fuerza o autoridad del precedente. En nuestro ordenamiento jurídico esa fuerza es débil y, a la luz de la jurisprudencia, no puede predicarse que los precedentes constitucionales de la Corte Suprema son obligatorios en sentido real y fuerte (35). Existen numerosas sentencias de la Corte que niegan el efecto erga omnes de sus sentencias constitucionales.

V. CONCLUSIÓN

Las sentencias de la Corte Suprema que declaran la inconstitucionalidad de un reglamento, en general, carecen de efecto erga omnes en nuestro sistema jurídico. Tal efecto, como hemos intentado demostrar precedentemente, tampoco fue autoatribuido por la Corte en el fallo "Monges" . En nuestra opinión, en el consid. 34 la Corte Suprema se limitó a expresar una eventual solución a hipotéticos conflictos -ciertamente previsibles, pero no actuales para la Corte al momento de fallar "Monges" -, pero tal expresión de ningún modo integra el holding o ratio decidendi del pronunciamiento. Sí se trató de una expresión persuasiva, de un obiter dictum significativo para los tribunales que habrían de resolver en el futuro aquellos hipotéticos conflictos que allí se mencionan. Todo parece indicar que la sentencia de la Cámara en "Blas" ha confundido aquel efecto con la fuerza persuasiva de un obiter al calificar lo dicho en el consid. 34.

Sería injusto cargar la responsabilidad de tal confusión de modo exclusivo sobre el tribunal de alzada (aun con el matiz del voto del Dr. Buján apuntado más arriba), en tanto la descuidada redacción del pasaje del fallo de la Corte pudo contribuir a tal resultado. También la ausencia de una discusión doctrinaria seria de la cuestión, abonada por una formación universitaria en la que el tópico se encuentra prácticamente ausente, ha significado un aporte neto para la aparición de este tipo de confusiones y ha dejado un terreno fértil para el desarrollo de posiciones argumentalmente someras, o de otras de contenidos tangenciales que se adueñan del centro -casi hueco- de la escena.

La Corte en el consid. 34 de "Monges" , y al margen del exceso discursivo, no hizo otra cosa que concretar la concepción del derecho de Oliver W. Holmes como aquella predicción o profecía acerca de aquello que los tribunales harían en casos similares que se presentaran con posterioridad, con una fuerte y privilegiada posibilidad de autocumplirla. Sin embargo, y como recordará el lector, cuando Holmes sostenía esta tesis lo hacía poniéndose en el lugar del abogado, no en el del juez (36).

Lo resuelto, esto es, el holding o la doctrina o la ratio decidendi del caso "Monges" , una vez determinada la similitud o analogía con el caso "Blas", se proyecta sobre este último y, dentro de los condicionamientos establecidos por la propia Corte, debe ser seguido en el caso presente (vgr., "Blas"), tal como fue advertido por el voto del Dr. Buján en su argumento subsidiario. Pero ese deber, esa fuerza vinculante, no surge del efecto propio de la cosa juzgada, ni de un supuesto efecto erga omnes, sino, como la ha llamado la Corte Suprema, de la autoridad institucional del precedente.

La distinción puede ser considerada irrelevante para la solución o el resultado del caso "Blas", pero la diferencia puede aparecer con facilidad en otros casos en los que el invocado efecto erga omnes de un fallo de la Corte venza algunas diferencias fácticas relevantes que permitirían a algún tribunal inferior distinguir un caso posterior y resolverlo de manera diversa de la del precedente. En otras palabras, en "Blas" la confusión resultó inocua para las partes; en otros casos puede resultar vital -o fatal-.

Esperamos que estas precisiones y sutilezas contribuyan a incrementar la atención de abogados, jueces y doctrinarios sobre la técnica del precedente judicial y su importancia en el funcionamiento institucional del Poder Judicial. En especial, en materia constitucional dicho aporte será crucial y contribuirá a cimentar valores tales como la certeza, la seguridad jurídica, la previsibilidad, la economía y la igualdad de todos los habitantes, valores que se hallan en la base de nuestro sistema jurídico y que el efecto vinculante de los fallos de la Corte Suprema de Justicia Nacional respecto de los tribunales inferiores debería cimentar.

NOTAS:

(1) Ver Mairal, Héctor A., "Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", ED 177-795 (1998). En realidad, Mairal ya había abordado esta cuestión mucho antes, en un trabajo cuya vasta investigación y reflexión profunda lo convierten en un texto ineludible. Ver, de este autor, "Los efectos de las sentencias que acogen la impugnación de un reglamento", Revista de Derecho Administrativo, 1989, Ed. Depalma, año 1, n. 2, p. 223.

(2) García Pullés, Fernando R., "Efectos de la sentencia anulatoria de un reglamento. Perspectivas procesales, constitucionales y de Derecho Administrativo", LL 2000-C-1168.

(3) Ver Garay, Alberto F., "Federalism, the judiciary, and constitutional adjudication in Argentina: a comparison with the US. constitutional model", Inter-American Law Review, vol. 22, p. 161, 185 (1991); "La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes (aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso `Montalvo' )", JA 1991-II-870; "Efectos ex nunc de un cambio de jurisprudencia: el caso `María E. Tellez v. Bagala S.A.' ", ED 146-967 (1992); "Los cambios de jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema y su aplicación retroactiva en materia penal", LL 1993-A-786; "El precedente judicial en la Corte Suprema", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 2, ns. 1 y 2, 1997; "Converging trends in Constitutional Law", general report, International Association of Legal Science, "Report of the Colloquium 1995", cap. II.7, p. 14, Universidad Argentina de la Empresa, 1999; Toranzo, Alejo, "Declaración `de oficio' de la caducidad de la acción contencioso administrativa. La Corte Suprema se aparta de sus precedentes menguando su autoridad vertical", LL 1999-E-757.

(4) Ver Fallos 319:3148 (1996); ED 173-272, con apostilla de Padilla, Miguel M., "La autonomía universitaria por delegación legislativa"; LL 1997-C-143, con apostilla de Gil Domínguez, Andrés, "Autonomía universitaria: la evanescencia consumada".

(5) "Corresponde al Congreso...", dice el art. 75 inc. 19 CN. en su parte pertinente, "Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratitud y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales...".

(6) El carácter invocado por Analía Monges no surge de la sentencia de la Corte sino del dictamen del procurador fiscal de Cámara. Ver ED 166-565. No obstante, ningún pronunciamiento aclara si la actora estaba asistiendo a alguno de los cursos mencionados.

(7) En disidencia votaron Fayt, Petracchi, Belluscio y Bossert.

(8) Ver Fallos 319:3148 , 3161 (JA 1996-II-357); ED 173-262, 277. Este voto fue firmado por los ministros Nazareno, Moliné, Boggiano y López. Igual consideración efectuó Vázquez en el consid. 18 de su voto concurrente. Íd., p. 282.

(9) Mairal supo advertir la trascendencia doctrinaria de lo expresado por la Corte y por la Cámara. Obsérvese que el fallo de la Corte fue comentado por dos autores. Padilla, en El Derecho, se circunscribió a glosar el considerando pero no explicitó opinión al respecto (ED 173-268). Gil Domínguez, en su apostilla en La Ley, expresó que "tampoco aclara la Corte en su fallo si el ciclo básico común (CBC.) coexiste junto al

CPI... en ningún pasaje el decisorio se refiere a los planes de estudio ni a la derogación del CBC. Podemos inferir por tanto que el ciclo básico común como integrante de la categoría planes de estudio sigue vigente y como etapa ulterior cohabita con el CPI." (LL 1997-C-148). Esta afirmación, expresada con inocultable ligereza, parece haber pasado por alto dos cosas concluyentes. Por un lado, la Corte confirmó la sentencia de Cámara. Y ésta, en su consid. 17, voto de Licht, al que adhirió sin reservas Coviello, había expresado que "la resolución 323/1984 -que estableció el Ciclo Básico Común como la primera etapa curricular de las carreras de la Universidad de Buenos Aires- y la 2128 -relativa a las asignaturas que debían aprobar los ingresantes a las distintas carreras y otras concordantes del referido ciclo introductorio-, resultan inoponibles a la resolución 1219 del Consejo Directivo de la Facultad de Medicina" (LL 1996-D-115). Es decir que, a estar a lo dicho por la Cámara, el CPI. era el curso válido en la Facultad de Medicina, al menos para la accionante (y, siguiendo su efecto indirecto ejemplificador, para todos los que se hallaban en análoga situación a ella). Por otro lado, lo dicho por este autor tampoco tiene en consideración el mentado consid. 34, donde la Corte Suprema habló de la coexistencia temporal limitada (pero no sucesiva) de ambos regímenes en favor de quienes ya se encontraban cursando el CBC. Superada esta etapa, el CBC. no seguiría siendo un curso vigente.

(10) Ver consid. III de la sentencia, ED 177-804.

(11) Íd., p. 805. En la misma publicación, p. 809, obra la sentencia de la misma sala recaída en una causa análoga a la presente, vgr., "Barsanti, Agustina v. Universidad de Buenos Aires" . En "Barsanti" dijo la sala 1ª: "...6. Que, del mismo modo, las consideraciones formuladas por el procurador fiscal de Cámara en anteriores dictámenes a los que remite en autos (todos del mes de septiembre de 1996) [...] resultan suficientes para desestimar el planteo de la demandada que se sustenta en los pretendidos efectos erga omnes que le asigna a la sentencia de primera instancia dictada por el titular del Juzgado n. 1 el 19/2/1996, en los autos `UBA. v. Estado Nacional s/proceso de conocimiento' , habida cuenta -señala el representante del Ministerio Público- de los precisos límites que dicho magistrado expresamente le confirió a tal `caso judiciable', de manera tal -concluye- que lo resuelto `no puede alcanzar a personas que no han sido partes en ese litigio'. Y aun cuando es cierto que el criterio expuesto también fue expresado en los dictámenes apuntados para desconocer similares efectos erga omnes que los allí actores invocaban respecto del fallo `Monges' de esta sala -voto de los Dres. Licht y Coviello-, no lo es menos que con posterioridad el más alto tribunal de justicia, al confirmar dicho pronunciamiento, expresamente le atribuyó a su sentencia -más allá, se reitera, de un acierto o error que no corresponde a esta sala examinar- un alcance que la anterior confirmada no tenía". Estas sentencias (vgr., las pronunciadas en "Blas" y "Barsanti") fueron confirmadas por la Corte Suprema el 30/6/1998 (ambas) remitiendo a "Monges" , con disidencias que devuelven a las respectivas de "Monges" .

(12) Sólo por comodidad intelectual nos seguiremos refiriendo a los efectos erga omnes de un fallo. En rigor, pensamos que se debería hablar de las consecuencias o de los efectos (inter partes o erga omnes) de lo "resuelto" o de lo "decidido" en el fallo y no de todo el fallo. En una sentencia se hace alusión a las partes, los hechos particulares del caso, los incidentes procesales que pudieron existir y la suerte de cada uno de ellos, cuestiones de prueba, diversas alegaciones de derecho, etc. Pero lo que hace que ese precedente sea tal para casos futuros análogos es lo que en él se resolvió en función de los hechos comprobados de la causa. Es decir, lo que un poco vagamente denominamos en nuestro medio como la "doctrina" del caso, la ratio decidendi. Esta cuestión la hemos tratado con mayor detenimiento y con exclusiva referencia a casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "El precedente judicial en la Corte Suprema", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 2, ns. 1 y 2, p. 54 y ss., 1997.

(13) Ver Mairal, H. A., "Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" cit., p. 799 in fine.

(14) Aun cuando la Corte no lo menciona ni cita, este párrafo es una buena traducción, casi al pie de la letra, como se verá, de lo dicho por el famoso presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, John Marshall, en el caso "Cohens v. Virginia", 6 Wheat (19 US.) 264, 399 (1821), en oportunidad de ceñir el alcance de ciertas expresiones vertidas en "Marbury v. Madison", 1 Cranch (5 US.) 137 (1803). La identidad, como se apreciará, es inocultable. Dijo la Corte en "Cohens": "It is a maxim not to be disregarded that general expressions, in every opinion, are to be taken in connection with the case in which those expressions are used. If they go beyond the case, they may be respected, but ought not to control the judgment in a subsequent suit when the very point is presented for decision" ("Es un principio insoslayable que las expresiones generales, en cualquier sentencia, deben ser tomadas en conexión con el caso en que esas expresiones son usadas. Si fuesen más allá del caso, podrán ser respetadas, pero no serán vinculantes respecto de la sentencia que se dicte en un juicio posterior cuando la cuestión le sea concretamente sometida a decisión").

(15) Muchos fallos de la Corte Suprema argentina posteriores a "Elortondo" han aludido, con igual denominación (vgr., obiter dictum), a estas expresiones generales. Ver fallos citados en Garay, Alberto F., "El precedente judicial en la Corte Suprema", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 2, ns. 1 y 2, 1997, p. 73, nota al pie 57. Carrió, Genaro R., "Recurso de amparo y técnica judicial (análisis crítico del caso `Kot')", 1987, Ed. Abeledo-Perrot, da "por presupuesta la validez de la distinción entre holding y dictum, hecha por los juristas del common law. Sobre ella dice Cueto Rúa: `una primera división, de importancia fundamental en el common law, es la que se hace entre holding y dictum. Aquél es una expresión del juez sentenciante, necesaria para resolver el caso. Éste representa el lenguaje superabundante y que carece de autoridad, ya sea por referirse a hechos hipotéticos o a una situación de hecho distinta de la que se presenta en el caso, o a argumentos jurídicos que, aunque pertinentes, resultan "superfluos". Distinguir qué es "superfluo" y qué no, qué es "necesario" y qué no, es algo difícil y complicado'" (la cita es de Cueto Rúa, Julio C., "El common law su estructura normativa. Su enseñanza", 1957, Ed. La Ley, p. 162; los entrecomillados internos están en el original y no en Carrió). Ver también el consid. 18 del voto de Petracchi y Oyhanarte en "Riveros", Fallos 313:1392 , 1406 (1990) (JA 1991-II-150): "...las manifestaciones vertidas por los integrantes de este tribunal en Fallos 308:1298 (JA 1986-IV-472)... tienen, como se infiere de la construcción lógica de la respectiva sentencia, el obvio carácter de opiniones `obiter dicta', o sea que no integran la `unidad lógico jurídica' que es la sentencia, pues no son `motivaciones' que hayan servido de base a la decisión (Fallos 304:590 y Fallos 242:280 , consid. 9, Tunc, André y Tunc, Suzanne, `El Derecho de los Estados Unidos de América', 1957, p. 252 y ss. y Tresolini, R. J., `American Constitutional Law', 1959, p. 41). No forman parte, por ello, de un precedente que sea invocable como tal y que posea autoridad institucional".

(16) Ver supra, nota 14 y texto al que accede.

(17) Ver infra, ap. f, nota 33.

(18) Cassagne, Juan C., "Acerca de la eficacia erga omnes de las sentencias anulatorias de los reglamentos", 2000, ED 185-703, quien, en coincidencia con la Cámara, expresó que "la Corte no sólo declara el efecto erga omnes de la invalidez de un reglamento sino que limita hacia el futuro los efectos de la declaración de nulidad, con lo que se aparta de la doctrina administrativa que vincula la retroactividad de los efectos de una anulación con la nulidad absoluta" (íd., p. 704).

(19) Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: "Art. 114 . La sentencia hará cosa juzgada en favor o en contra del deudor citado, haya o no comparecido". "Art. 347 . Sólo se admitirán como previas las siguientes excepciones:... 6. Cosa juzgada. Para que sea procedente esta excepción, el examen integral de las dos contiendas debe demostrar que se trata del mismo asunto sometido a decisión judicial, o que por existir continencia, conexidad, accesoriedad o subsidiariedad, la sentencia firme ya ha resuelto lo que constituye la materia o la pretensión deducida en el nuevo juicio que se promueve...". Ymaz, Esteban, "La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos", 1995, Ed. La Ley, sostiene que "El principio es, desde luego, que los efectos de la cosa juzgada alcanzan a las personas que a nombre e interés propio, han intervenido en el proceso. Nadie duda que ocurre lo mismo respecto de quienes han sido legítimamente representados..." (del artículo titulado "Límites subjetivos de la cosa juzgada", ps. 21/22). "La limitación del alcance de la sentencia a las personas cuya conducta se norma por ella, resulta consecuencia de su carácter de norma concreta. La relatividad de la cosa juzgada tiene, por tanto, fundamento esencial" (íd., ps. 29/30).

(20) Fallos 321:1252 , 1326 (1998) (JA 2001-II, síntesis), "Prodelco v. PEN.". En razón de que con frecuencia, tanto judicialmente como en doctrina, se confunden los conceptos, en los Derechos norteamericano e inglés suele destacarse la distinción entre los efectos de la cosa juzgada y los efectos obligatorios de un precedente respecto de los casos análogos que deban resolverse en el futuro; ver Cross, Rupert y Harris, J. W., "Precedent in English Law", Clarendon Press, 1991, Oxford, ps. 97/98 y 103; Ginsburg, Jane, "Legal methods", The Foundation Press Inc., 1996, p. 4 ("Toda decisión final de un tribunal de apelación posee un doble impacto o efecto: 1. como solución oficial de una controversia particular litigada ante ese tribunal; y 2. como precedente, o precedente potencial, de casos futuros. Una expresión jurídica latina domina cada uno de dichos efectos: stare decisis, como hemos visto, para el impacto de la decisión en tanto precedente; res iudicata, por sus efectos en tanto resolución de la controversia. No confunda los términos latinos y los conceptos que ellos simbolizan. El último se refiere al impacto inmediato de una decisión en el caso individual; el primero, al impacto sobre la norma jurídica a seguir...").

(21) Ver, entre muchos otros: Fallos 293:531, "Sociedad Anónima de Cerámica y Metalurgia Ferrum v. Compañía Argentina de Enlozados y Anexos" , y sus citas de Fallos 137:175 y 139:83. En "Ferrum" entraban en

juego tanto la cosa juzgada como la autoridad del precedente de la Corte Suprema: ésta había dejado sin efecto una sentencia dictada fuera del plazo del art. 167 CPCC. (t.o. 1981, LA 1981-B-1472); la nueva sala interviniente consideró el cambio jurisprudencial operado en la Corte y mantuvo la sentencia de la primera sala; y la Corte aclaró las diferencias entre uno y otro instituto y los efectos hacia el futuro de la autoridad del nuevo precedente. Fallos 5:316 ("...si el Poder Judicial tuviese facultad para declarar por punto general que una ley o un decreto son inconstitucionales, desaparecería la independencia de los poderes, y tanto el Legislativo como el Ejecutivo se hallarían bajo la dependencia de aquél, quien podría por este medio trabar la marcha constitucional de los otros poderes, y hasta hacerla imposible, o producir un conflicto de poderes que la Constitución ha tenido en vista evitar"); Fallos 24:248 ("...es fundamentalmente contraria a la misma Constitución que ha establecido la separación e independencia de los poderes públicos y que no ha requerido para la eficacia de las leyes el conforme del Poder Judicial, el cual con semejante atribución vendría a quedar arriba del Congreso, puesto que tendría la facultad de derogarlas cuando lo estimase conveniente"); Fallos 183:76 ("...es `un gran acierto' de los autores de la Constitución de los Estados Unidos el limitar los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad a la causa o litigio en que aquélla fue declarada"), ambos citados por Bosch, Jorge T., "¿Tribunales judiciales o administrativos para juzgar a la Administración Pública?", 1951, Víctor P. de Zavalía Editor, ps. 136/137, quien se pronuncia en contra de los efectos limitados de las sentencias sobre la base del deber de los jueces de conformar sus decisiones, en casos análogos, a la jurisprudencia de la Corte Suprema, con mayor fundamento a partir de la redacción del art. 95 CN. de 1949 (ALJA 1853-1958-I-3).

(22) Fallos 310:2063 , 2065 (1987), "Adolfo Ponce v. Yolanda Yappert Yurian" (JA 1989-I-396), en cuyo consid. 3, párr. 2º, se dijo: "Cabe señalar que cuando los efectos de la cosa juzgada han de extenderse a otro interesado, corresponde su participación en la causa (Fallos 256:1989), ya que el reconocimiento del carácter inmutable de una decisión judicial requiere la existencia de un trámite anterior contradictorio en el que se hayan respetado sustancialmente las exigencias de la garantía de la defensa en juicio (Fallos 238:18 [JA 1957-IV-263]; 255:162 ; 261:322 , entre otros)". En línea con igual vínculo entre partes, expresa el Código Procesal: "Art. 89 . Cuando la sentencia no pudiere pronunciarse útilmente más que con relación a varias partes, éstas habrán de demandar o ser demandadas en un mismo proceso. Si así no sucediere, el juez de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes ordenará, antes de dictar la providencia de apertura a prueba, la integración de la litis dentro de un plazo que señalará, quedando en suspenso el desarrollo del proceso mientras se cita al litigante o litigantes omitidos".

(23) Queremos dejar aquí aclarado que, contrariamente a la jurisprudencia vigente del alto tribunal, participamos de la idea de que los tribunales inferiores deben sentirse obligados a fallar de conformidad con como lo ha hecho la Corte Suprema en precedentes constitucionales. Consideramos que la regla general en este tema debe ser que los precedentes constitucionales de la Corte Suprema son obligatorios para ella y para los tribunales inferiores. Razones de igualdad, seguridad jurídica, economía procesal, objetividad, generalidad y previsibilidad militan en favor de tal postura. La opinión del juez que no coincida con lo resuelto por la Corte siempre puede ser dejada a salvo en el fallo (como muchas veces suelen hacer los jueces), y la carga de demostrar la inconveniencia de mantener ese criterio jurisprudencial puede hacérsela reposar sobre la parte realmente perjudicada.

(24) Fallos 307:1094 (JA 1986-I-17). Si bien los casos que hablan de la obligatoriedad de los precedentes de la Corte se remontan mucho tiempo atrás, la línea actual fue elaborada y reiterada, fundamentalmente, a partir del caso citado en el cuerpo principal. Sobre el punto ver Mairal, "Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento" cit., p. 232; Garro, Alejandro M., "Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del derecho comparado", Revista Española de Derecho Constitucional, n. 24, 1998, ps. 95/134, reproducido en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1989-I, ps. 11/60, en especial ps. 21/22, donde cita: a) en la nota 18 (p. 21), para la regla general, Fallos 9:53; 10:294; 218:225; 224:540 ; b) en la nota 19 (p. 22), sobre el deber moral, Fallos 25:368; 147:149; 180:297 ; 189:205 , 292 ; LL 25-370; c) en la nota 20 (p. 104), para la excepción relativa a las convicciones íntimas de los jueces, Fallos 131:106; d) en la nota 21 (p. 22), para la excepción motivada en controvertir fundamentos, LL 54-307; e) en la nota 25 (p. 23), "Cerámica San Lorenzo" y sus precedentes (Fallos 212:160 y 451; JA 1949-I-1 y 638, JA 1983-I-40) (las citas corresponden a la publicación argentina); Garay, Alberto F., "La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes (aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso `Montalvo')", JA 1991-II-870, 877 y notas 22 a 24.; Sagüés, Néstor P., "Recurso extraordinario federal", t. 1, 1984, Ed. Astrea, p. 163.

(25) Fallos 321:3201 , 3203 (1998), "Elba L. Gay de Martin y otro v. Plan Rombo S.A." (JA 1999-II-299); íd., Fallos 321:1252 , 1326 (1998), voto del ministro Fayt, "Prodelco v. Poder Ejecutivo Nacional" (JA 2001-II,

síntesis); Fallos 320:1660 , 1662 (1997), "Plan Rombo".

(26) Schauer, Frederick, "Precedent and the necessary externality of constitutional norms", Harvard Journal of Law and Public Policy, vol. 17, ps. 45, 48: "La autoridad, y por ello la autoridad del precedente, importa cuando y sólo cuando el precedente (según como lo percibe quien actualmente debe resolver) está equivocado: sólo cuando decisiones pasadas equivocadas pueden proveer razones para decidir a pesar de su error, y por ello precisamente y solamente porque ocurrieron con anterioridad...".

(27) En este sentido parece expresar su opinión Jiménez de Asúa, Luis, "Norma individualizada, jurisprudencia e interpretación del concepto de prostíbulo (a propósito de un artículo de Carlos Cossio y de una conversación iusfilosófica)", en LL, t. 20, sección Doctrina, ps. 184/189, donde dice: "En orden a la sentencia, aceptamos que pueda decirse que es una norma individualizada; pero nos rebelamos contra el supuesto de que la obligatoriedad venga de esa individualización. Obliga en cuanto es obligatoria la ejecución de las sentencias; lo que se halla establecido, no en el fallo, sino en una norma generalizada, que se garantiza en los Códigos o leyes penales y procesales... Sólo así se explica que obliguen, como Kelsen dice, incluso las sentencias injustas y hasta erróneas" (p. 186). Más adelante sostiene que "es forzosa la repulsa de la jurisprudencia como fuente productora del Derecho, para quienes razonen dentro de la ortodoxia kelseniana, porque aquélla es, como el Derecho consuetudinario, vago complexo que no puede estar en las concepciones de la `escuela del Derecho puro', por faltarle las características del Derecho racional...".

(28) Fallos 323:555 (2000), LL 2000-C-314, 319, "González, Herminia del C. v. ANSeS.". No firman la sentencia los ministros Fayt, Petracchi ni Bossert.

(29) Ver el fallo "Elortondo", citado y parcialmente transcripto supra en nota 15. También véase Fallos 242:73 , "Félix A. Degó", 1958, donde la mayoría sostuvo que "las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan, y que en cuanto vayan más allá, pueden ser respetadas pero de ninguna manera obligan al juicio del tribunal para los casos futuros". La Corte se refería al obiter dictum de Fallos 238:335, "Matilde L. J. Esquivillón de Igón y Elena R. Igón de Almeyra v. Nación Argentina" , 1957, del cual la mayoría en "Degó" se estaba apartando. Este principio fue reiterado al poco tiempo en Fallos 242:280 , 299, "Carlos J. Madariaga Anchorena", 1958, en los siguientes términos: "...sobre las consideraciones formuladas obiter dictum en Fallos 238:335 , debe prevalecer la decisión expresa del precitado caso `Degó, Félix A.' , del 20/10/1958".

(30) Este proceder se vincula con lo que la Corte realizó, por ejemplo, en el caso "Tellez", Fallos 308:552 (1986) (JA 1986-II-189), sin perjuicio de que existen diferencias sutiles muy importantes. En efecto, al resolver el caso "Strada", Fallos 308:490 (1986) (JA 1986-II-95), la Corte estableció que el tribunal superior de la causa era, en el caso, la Corte Suprema de la provincia de Santa Fe. Expresó la Corte Federal, en el consid. 10, que "el órgano erigido como supremo por la Constitución de la provincia, salvo que sea incompetente en el caso, circunstancia que no podrá extraerse del carácter constitucional federal de la materia que aquél suscite", circunstancia que la Corte provincial había estimado para rechazar el conocimiento de un recurso interpuesto en "Strada" . En "Tellez" , resuelto una semana después de "Strada" , la actora había interpuesto recurso extraordinario contra la sentencia de un juzgado de primera y única instancia de la provincia de Buenos Aires, siguiendo la jurisprudencia de la Corte vigente hasta ese momento (y contraria a lo resuelto en "Strada"). No obstante, el alto tribunal decidió que "las nuevas pautas jurisprudenciales contenidas in re `Strada' , sólo habrán de ser puestas en juego respecto de las apelaciones extraordinarias federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a ese precedente". Es decir que no se aplicó la doctrina de "Strada" a "Tellez" pero se anunció que se aplicaría a otras personas (vgr., todos aquellos que hubieran interpuesto recurso extraordinario con posterioridad a la notificación de la sentencia dictada en "Strada" . En el presente -a diferencia de lo ocurrido en "Strada" y "Tellez" - se adelantó opinión, lisa y llanamente. En efecto, en "Monges" la Corte resolvió el caso (como se hizo en "Strada") pero -a diferencia de "Strada" - anticipó cuál sería su posición respecto de otros casos vinculados a ése, pero que involucraban a alumnos que estaban en una posición diferente de "Monges" . Esto último recién fue dicho y hecho con posterioridad en "Tellez" , caso donde si se aplicaban los principios del precedente el recurso debía ser desestimado.

(31) J. P. Strawson expresaba lo siguiente: "La pérdida del equilibrio conceptual es el resultado de una especie de ceguera selectiva que suprime grandes extensiones del campo de visión intelectual, pero que permite que se destaque una parte del mismo con una claridad muy particular... Puede ocurrir que momentáneamente nos domine un solo modo del funcionamiento lógico de las expresiones lingüísticas, o una sola manera de emplear el lenguaje, o un solo tipo lógico o categoría de objetos, o una sola especie de explicación, o un solo grupo de ejemplos de la aplicación de un concepto cualquiera. Las deformaciones conceptuales que derivan de

una obsesión tal son, igualmente, de diversas especies. Puede ocurrir que quien esté bajo esa dominación intente presentar o explicar una cosa distinta en términos de su modelo preferido o recurriendo a analogías con él; o bien que quiera privarla del rango conceptual que le pertenece relegándola a una condición inferior. Para rectificar esas deformaciones es necesario comprender los verdaderos modos de operación de los conceptos, o de las categorías del discurso, que han sido deformados; es menester, al mismo tiempo, hacer ver las diferencias y las relaciones que existen entre aquellos modos de operación y los de los conceptos o categorías modelos. Al proceder así se hará ver también, en la medida en que ello es posible, cuáles son las fuentes del poder de obsesión y de enceguecimiento que ejercen los casos modelos..." (extraído del libro de Carrió, Genaro R. "Notas sobre Derecho y lenguaje", 1985, Ed. Abeledo-Perrot, ps. 185/186).

(32) Sobre el distingo entre lo dicho y lo resuelto ver Ymaz, Esteban, "La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos": "No ofrece duda la posibilidad de la prescindencia de los considerandos ajenos al específico punto resuelto por el fallo. Supuestos tales como los argumentos corroborantes que en un juicio de interdicto pueden derivarse de consideraciones sobre el dominio, aun cuando la sentencia deba versar únicamente sobre la posesión, son excluidos de la fuerza de la cosa juzgada por el mismo Savigny, en calidad de meros motivos subjetivos. Y lo mismo es corriente en la doctrina anglo-americana con los llamados obiter dicta..." (ps. 56/57 de la edición de Arayú). También dice Ymaz que "...si cuando lo enunciado en el dispositivo expresa sólo parcialmente lo resuelto por la sentencia, la prescindencia de los considerandos que develan el pensamiento del juez, no comporta una mutilación que atenta contra la naturaleza de la institución" (p. 57). Ver el distingo entre lo dicho y lo resuelto desde la óptica -o las ópticas- de la Corte Suprema en Garay, Alberto F., "El precedente judicial en la Corte Suprema", en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 2, ns. 1 y 2, abril de 1997, en el cap. V, "Qué se resolvió en el precedente: regla general y obiter dictum" (ps. 66/76), y en el cap. VI, punto d, "Distinción entre lo decidido y lo dicho en el precedente" (ps. 85/87).

(33) Ver, además de los ya mencionados hasta aquí, Grecco, Carlos M., "Impugnación de disposiciones reglamentarias", 1988, Ed. Abeledo-Perrot; Hutchinson, Tomás, "La impugnación judicial de reglamentos", Revista Argentina de Derecho Administrativo, n. 9, 1975; Bosch, Tristán, "¿Tribunales judiciales o administrativos para juzgar a la Administración Pública?" cit.

(34) Ver supra IV.c (efectos directos tradicionales de las sentencias).

(35) Ver supra IV.d (obligatoriedad de los Precedentes de la Corte Suprema).

(36) Holmes, Oliver W., "The path of the law", en "Collected papers", 1920, Ed. Harcourt, Brace and Co., Nueva York, p. 172 y ss.: "La profecía de lo que los tribunales harán en realidad y no otra cosa de mayor pretensión, el lo que yo significo por Derecho" (citado y traducido por Cueto Rúa, Julio C., "El Common Law", 1957, Ed. La Ley, ps. 55/64, en especial, p. 58).

Anexo 12

Título: El recurso extraordinario por sentencia arbitraria. Propuesta para un manejo más ágil
Autor: Garay, Alberto F.
Publicado en: Sup. Const- 2010 (agosto), 05/08/2010, 27
Cita Online: AR/DOC/5209/2010

Sumario: 1. Introducción. 2. El recurso extraordinario del artículo 14 de la ley 48. 3. La aparición y el posterior desarrollo del recurso extraordinario por sentencia arbitraria. 4. ¿Cómo detener la marea? 5. Conclusión.

El recurso extraordinario basado en la arbitrariedad de las sentencias no fue creado expresamente por el legislador, quien lo ignoró sistemáticamente hasta el día de hoy. Es fruto de una labor interpretativa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a pedido de centenas o miles de abogados que golpearon sus puertas pidiendo, equivocada o acertadamente, justicia, respeto a la ley y a la Constitución Nacional.

1. Introducción

En las páginas que siguen intentaré reflexionar acerca de la doctrina de las sentencias arbitrarias y su alegada relación con el pronunciado exceso de trabajo que tiene la Corte Suprema. Esa demasía, que está fuera de discusión y que tomaré como un hecho, no ha ocurrido de un día para otro, obviamente. (1) Desde hace mucho tiempo atrás los autores vienen advirtiendo el aumento de trabajo, pero éste no cesa. (2) El problema ha venido incrementándose año tras año, y es fruto de múltiples causas.

En los últimos tiempos se ha sindicado a la doctrina de las sentencias arbitrarias como la causante decisiva de este desborde. Sin embargo pocos han sustentado empíricamente esa afirmación y menos se han preguntado (y respondido) qué causa que, eventualmente, ésa sea la causa. (3) Montados en esa suposición, algunos creyeron, un poco simplista y exageradamente, que la solución sería "resignificar" la "misión" de la Corte Suprema como tribunal constitucional y en esa línea, eliminar —de hecho— el recurso extraordinario por sentencia arbitraria. Es evidente que si se quiere hacer tal cosa debiera reformarse la Constitución o, como mínimo, la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364). Es decir que un proyecto tal no podría encontrar solución a través de un simple cambio de hábitos. Pues en tanto esa doctrina siga anclada en la Constitución Nacional, como desde su origen se la aferró, sería imposible evitar emplearla cuando ello corresponde. A menos, claro está, que se modificara esa jurisprudencia, negándole aquél fundamento. Creo no obstante, que toda la rica experiencia judicial (con aciertos y errores) reunida a lo largo de unos sesenta años, fruto del trabajo incesante de muchos profesionales y magistrados no puede echarse íntegramente por la borda. Me parece más serio estudiar cada una de las causales, ver cuáles de ellas ha facilitado excesos y porqué (en los casos que corresponda) y a partir de esa pormenorizada evaluación, sugerir cursos de acción.

También se afirma que la Corte debería resolver pocas causas trascendentes y se da como ejemplo el caso de la Corte Suprema norteamericana, con el engañoso argumento de que resuelve menos de cien causas por año. (4) Esto también implicaría un cambio radical.

Creo que, en general, esta visión que vengo relatando es parcialmente equivocada y en los párrafos que siguen intentaré dar mis razones para concluir de tal modo.

El orden de exposición será el siguiente. En primer lugar efectuaré un necesario repaso sobre algunas nociones básicas acerca del recurso extraordinario federal expresamente reglado en el artículo 14 de la ley 48 y en su derivado pretoriano, el recurso extraordinario por sentencia arbitraria. Luego indagaré la vitalidad de esas nociones en la jurisprudencia actual de la Corte Suprema. Finalmente conectaré esos temas con el exceso de tareas y posibles propuestas de solución.

2. El recurso extraordinario del artículo 14 de la ley 48

El recurso extraordinario federal está legislado en el artículo 14 y siguientes de la ley 48 (1863). Esta apelación fue pensada para mantener la supremacía del orden federal. Ese era el fin primordial que se persiguió en su diseño. Entre las normas que lo regulan, hoy debe incluirse también al reglamento sancionado por la Corte Suprema a través de la Acordada 4/2007.

En consecución de aquel objetivo de mantener la supremacía del orden federal, el legislador no habilitó la competencia apelada de la Corte Suprema para todos los casos constitucionales que podían extraerse de las menciones contenidas en los artículos 31 y 116 de la Constitución Nacional (ex artículo 100). En su lugar, siguiendo el modelo de la Judiciary Act norteamericana de 1789, ciñó su alcance a un grupo de ellos y los vinculó al modo en que eran resueltos por los tribunales superiores. (5) Característico de ese propósito es el recaudo de resolución contraria que prevén los incisos 1 y 2 del artículo 14 de esa ley. (6)

Años más tarde el Congreso Nacional decidió establecer tribunales de apelación respecto de los juzgados de primera instancia, tanto federales cuanto ordinarios de la Capital Federal. De ese modo le quitarían a la Corte la

pesada carga de funcionar ella como órgano de apelación ordinario de esos juzgados, cosa que hacía hasta entonces. Así, luego de la federalización de Buenos Aires, en 1886 se sancionó la ley n° 1893 (Adla, 1881-1888, 200), que creó la alzada para los juzgados civiles y comerciales de primera instancia. Y, unos años después, en 1902, la 4055 (Adla, 1889-1919, 533), que estableció las cámaras federales. Muchos años después vino la ley 24.050 (Adla, LII-A, 44) e incorporó a la Cámara Nacional de Casación, como superior tribunal en materia penal.

Esas leyes, a través de los artículos 90, la primera y 6, la segunda, extendieron la posibilidad de apelar ante la Corte pero, solamente, en los supuestos genéricamente descriptos en los tres incisos del artículo 14 de la ley 48. En estos casos, el recurso también fue sujetado a la primera parte del artículo 14, es decir, que sólo procede contra las sentencias definitivas que dicten aquellos tribunales. Idéntico régimen rige con relación a las sentencias pronunciadas por la Cámara de casación aludida.

Como mencioné más arriba, el artículo 14 de la ley 48 describe cuáles son los casos ante cuya presencia puede acudirse a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, luego de que un superior tribunal provincial ha dictado sentencia definitiva u otra decisión equiparable a ella.

El primero de estos supuestos es cuando en el pleito se ha puesto en cuestión la validez de una ley del Congreso o un decreto del Poder Ejecutivo o autoridad ejercida en nombre de la Nación, o de un tratado celebrado por la Nación y la sentencia apelada ha sido contraria a la validez de alguna de esas normas. (7)

Un ejemplo simple que cae dentro de las previsiones de esta sección se configura si en un juicio tramitado ante la jurisdicción provincial, el tribunal superior resuelve que el artículo 1505 del Código Civil es contrario a lo preceptuado en el artículo 17 de la Constitución Nacional. En tal caso, un artículo de una norma nacional (verbigracia, el art. 1505 del Código Civil) es descalificado constitucionalmente. Es la verificación de esa circunstancia —independientemente del acierto o error de la declaración— lo que autoriza acudir ante la Corte Nacional vía este recurso. (8) Este tipo de conflicto normativo es lo que, en el ejemplo, configura por sí mismo la cuestión federal. En esto consiste, en el caso, la cuestión federal que habilita la interposición del recurso extraordinario: en el haberse declarado que una ley nacional es contraria a la Constitución Nacional, independientemente, como se dijo, de que esa declaración sea o no sea acertada.

Otro supuesto que corresponde encuadrar en este inciso es, por ejemplo, si una Cámara Federal decide que una resolución adoptada por una autoridad nacional (v.gr., Administración Nacional de Aduanas) basada en otra resolución del Ministerio de Economía, por la cual se reclamó a una empresa el pago de ciertos derechos de exportación, es contraria a diversos artículos de la Constitución Nacional (por ejemplo, los arts. 4, 17, 52, 75 inc. 1 y 2 y 76). En tal caso, la cuestión federal consiste en la declaración judicial de inconstitucionalidad de la resolución del Ministro (acto este ejercido en nombre de la Nación) y de las de la Aduana que se apoyan en ella. (9) De nuevo, independientemente del acierto o error de la declaración judicial de inconstitucionalidad de esos actos de la autoridad federal, el sólo hecho que la sentencia se haya pronunciado en contra de la validez constitucional de ellos es razón suficiente que autoriza el remedio procesal bajo examen.

El segundo inciso del artículo 14 habilita la instancia extraordinaria en aquellos casos en que el superior tribunal provincial declaró la conformidad de una ley u otra norma o acto provincial con una nacional o federal. (10) Imagínese un juicio de repetición de un impuesto provincial abonado por un contribuyente, donde éste hubiera cuestionado la validez constitucional de la norma local por considerar que invadía una competencia que la Constitución Nacional reserva al Gobierno federal (verbigracia, el art. 75, inc. 13) y otras disposiciones de la Constitución provincial. Supóngase también que el superior tribunal de provincia declaró la constitucionalidad de esa norma. En una controversia tal, el actor, agraviado por la sentencia adversa, estaría habilitado para acudir a la Corte Suprema Nacional por vía del recurso del artículo 14. Aquí, la cuestión federal estaría dada por el hecho que se ha declarado la validez constitucional (federal) de la norma provincial atacada por el contribuyente, independientemente del acierto de esta declaración.

Por último, el tercer grupo de casos conviene simplificarlo para comprenderlo mejor. La redacción del inciso es compleja y abarca muchos supuestos. (11) Me referiré sólo a algunos pocos. Según el inciso tercero, procede el recurso extraordinario si la decisión del superior tribunal es contraria a una exención fundada en una norma federal. Esta es la cuestión federal. Ese tipo de conflicto normativo (exención sustentada en una norma federal) junto con la decisión judicial que le desconoce ese privilegio esgrimido con ese sustento es lo que configura la cuestión federal. Como ejemplo de un caso semejante basta con imaginar un juicio de repetición de un impuesto federal donde el contribuyente alega —con sustento en la norma federal que establece el tributo— estar exento de su pago, situación excepcional que la sentencia de Cámara le niega. Ese caso configura en sí mismo la cuestión federal, con independencia, una vez más, del acierto o error de la sentencia protestada.

Como bien sabe el lector, podrían suministrarse centenas de ejemplos que ilustraran sobre los distintos casos

subsumibles en cada inciso. Creo que con los provistos es suficiente para formarnos una idea general e inicial acerca de qué se entiende por cuestión federal a los efectos de la interposición de un recurso extraordinario.

Conforme se ilustró precedentemente, no todas las disputas relacionadas con la interpretación de la Constitución Nacional o de las leyes de ese orden o los tratados merecen ser consideradas como cuestiones federales, a los efectos de este recurso. Para que exista cuestión federal, en los términos establecidos en el art. 14 de la ley 48, debe existir una sentencia contraria al derecho federal invocado por el recurrente. Si no existe ese tipo de decisión judicial previa, no habrá cuestión federal. Y ello es así pues, como dijera Espil hace casi un siglo (e innumerables sentencias de la Corte Suprema antes y después), el propósito de este recurso "es el mantenimiento de la supremacía de la Constitución y de las leyes nacionales, por lo que no es procedente cada vez que dicha supremacía haya sido reconocida, es decir, que la decisión del tribunal de provincia [o, agrego, de la Nación], lejos de desconocerla, resuelva a su favor". (12) El rigor de estas afirmaciones, como advertí anteriormente, debe ser atenuado, pues ha habido muchos casos en los que, a pesar de no existir resolución contraria, la Corte ha admitido su competencia. En estos supuestos se suele invocar el inciso 3 de la ley 48, con lo cual el 1 y el 2 pasan a ser letra muerta. (13)

Tampoco puede la Corte entender en cuestiones de interpretación y aplicación de los códigos de fondo, esto es, en casos regidos por el derecho común. Los artículos 116 de la Constitución Nacional y 15 de la ley 48 vedan expresamente esa posibilidad. De aquí que la Corte desde su inicio se negara por regla a intervenir en cualquier cuestión regida por el derecho común y que involucrara la interpretación de leyes o códigos de ese orden.

En igual imposibilidad se halla si la cuestión involucra temas procesales locales. Se juzgó que esas cuestiones no eran mencionadas por la ley 48 y, además, pertenecían a la esfera exclusiva de las Provincias. Parejamente, se adoptó igual negativa respecto de las cuestiones procesales federales, en tanto no se tratara de la denegatoria de ese fuero. Pero si se logra acceder al primer caso en que la Corte afirmó tal cosa, se advertirá que la decisión no tiene fundamento constitucional serio. (14)

Además de la delimitación que la Constitución y la ley 48 impusieron a la competencia del Alto Tribunal argentino, diversas doctrinas restrictivas de su competencia, construidas fundamentalmente por la Corte Suprema de los Estados Unidos, fueron ejerciendo su influencia sobre aquél y dieron lugar a la introducción pretoriana de elaboraciones similares a las del país del Norte, tales como la de las cuestiones políticas, las abstractas, las consultivas y las no maduras; el interés para pedir la declaración de inconstitucionalidad de una norma; la oportunidad del planteo federal y su mantenimiento y otras tantas. La función que esas doctrinas pretorianas cumplen es, como anticipé, restringir aún más los casos en los que la Corte puede intervenir.

Estos casos configuran, en términos generales, el ámbito central del recurso extraordinario reglado en el artículo 14 de la ley 48. Como se advierte de esta rápida reseña, el plan inicial fue que, por la vía del recurso extraordinario, la Corte Suprema ejerciera su misión ante ciertas y determinadas cuestiones federales. Y en esa delimitación contribuyó luego la Corte quien, al adoptar las doctrinas recién aludidas, restringió más aun su competencia.

3. La aparición y el posterior desarrollo del recurso extraordinario por sentencia arbitraria

El recurso extraordinario basado en la arbitrariedad de las sentencias —a diferencia del considerado anteriormente— no fue creado expresamente por el legislador, quien lo ignoró sistemáticamente hasta el día de hoy. Es fruto de una labor interpretativa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a pedido de centenas o miles de abogados que golpearon sus puertas pidiendo, equivocada o acertadamente, justicia, respeto a la ley y a la Constitución Nacional.

En un principio a los abogados les costó bastante asimilar el hecho que la Corte Suprema Nacional no era una última instancia ordinaria y empleaban este recurso con el propósito que la Corte revisara interpretaciones de derecho común o local con las cuales ellos simplemente discrepaban. En sucesivas sentencias el Tribunal les recordaba pedagógicamente cómo funcionaba el recurso extraordinario y el sistema federal en este aspecto.

Por otro lado, al margen de esos supuestos, existieron otros en los que la misma vía recursiva comenzó a ser utilizada en juicios que no versaban sobre las cuestiones federales típicas descriptas precedentemente. Eran casos regidos fundamentalmente por normas de derecho común o procesal (por ejemplo, juicios de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual o contractual, ejecuciones, despidos, condenas penales, prisiones preventivas o denegatorias de excarcelaciones, etc.) que ponían en evidencia aspectos anómalos del funcionamiento de los tribunales inferiores. Deficiencias que —igual que las doctrinas restrictivas antes mencionadas— los legisladores de la etapa fundacional, todo parece indicar, no habían tenido presente. (15)

La Corte no eludió el tratamiento de esos problemas y comenzó a exhortar a los tribunales acerca de que

cierto tipo de anomalías podían llegar a ser constitucionalmente intolerables. (16) Sin embargo, esas admoniciones no contuvieron a esa irregular e insoportable forma de administrar justicia. Esos casos anómalos seguían llegando a sus estrados. ¿Qué hacer, entonces?

Dentro de estas extrañezas es oportuno recordar que algunas sentencias apeladas, por ejemplo, omitían referirse a cuestiones federales planteadas oportunamente en la causa. Lisa y llanamente las ignoraban, a pesar de tratarse de alguno de los casos del artículo 14 de la ley 48. En estos supuestos, la Corte elaboró la doctrina según la cual debía considerarse que implícitamente esa o esas cuestiones habían sido denegadas. Luego, revisaba si se trataba de alguno de los supuestos previstos en la ley 48 y actuaba en consecuencia.

Sin embargo, otras sentencias —que versaban sobre temas regidos por el derecho común o local y que trataban alguno de los conflictos normativos tan típicamente expresados en el artículo 14 de la vieja ley— exhibían defectos tan variados y de tal magnitud que podía interpretarse que violentaban claramente el derecho de defensa o el de propiedad de los recurrentes. Esos actos judiciales, se alegaba, no podían ser considerados sentencias, en términos constitucionales, pues ni siquiera estaban basadas sinceramente en la ley que invocaban o en la prueba cuya existencia afirmaban. Y esta forma de ver las cosas, ante decisiones reñidas con la verdad que declamaban, no era exclusiva del tribunal argentino. Un problema análogo enfrentaban diversos tribunales superiores del mundo, no sólo en Estados Unidos —jurisprudencia metódicamente consultada por entonces— sino también en España. Y evidencia de ello les traía Caravantes, autor consultado en distintas épocas por nuestra Corte (17) y sus principales especialistas y magistrados. (18)

Puestos ante la disyuntiva de rechazar los recursos deducidos contra decisiones que poseían esas características o concederlos, el Alto Tribunal —sin elaborar demasiado cuál era el soporte normativo que le adjudicaba competencia para revisar esas decisiones— se decidió por declarar la procedencia de los recursos extraordinarios y aceptar los planteos contenidos en ellos. (19) Fue así, que la Corte comenzó, caso por caso, lentamente, a intervenir en este tipo de situaciones, preparando la simiente de lo que hoy conocemos como la doctrina de las sentencias arbitrarias.

En sus comienzos, esta apertura dio lugar a ilustrados debates, siendo quizá el más recordado el habido en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en oportunidad de disertar sobre el tema Juan Francisco Linares. (20) A partir de allí y a lo largo de los años, la jurisprudencia del Alto Tribunal fue identificando diversas anomalías que viciaban las sentencias apeladas. Esas anomalías fueron clasificadas tiempo después por Genaro R. Carrió en trece causales que autorizaban este recurso. Sentencias basadas en leyes derogadas o aun no vigentes; otras que volvían sobre decisiones anteriores firmes, en violación de la cosa juzgada; o decisiones que resolvían un caso invocando prueba inexistente, entre otras, comenzaron a ser rotuladas como "sentencias arbitrarias", expresión esta que vino a funcionar como descalificador sui generis. (21)

Según recuerda el mismo Carrió, en los años sesenta hubo un incremento importante en el caudal de recursos que con este fundamento llegaban a la Corte, lo cual habría hecho decir a los Ministros ingresantes en el Tribunal luego del golpe de estado de 1966, que restringirían severamente este drenaje. (22) No obstante, ello no ocurrió y la Corte siguió admitiendo recursos extraordinarios que traían quejas frente a sentencias insostenibles. Esta tendencia se mantuvo firme durante los años subsiguientes.

Las diferencias de opinión acerca de si en estos casos la Corte se inmiscuía en cuestiones propias del derecho común, local o procesal continuaron, y el aumento de trabajo del Tribunal era atribuido, un poco mecánicamente, a los recursos con este fundamento. En realidad, no existían tampoco investigaciones empíricas que analizaran seriamente dónde estaba el problema. En los años ochenta el ingreso de causas mantuvo su tendencia ascendente. Y así fue en los siguientes. No había forma de detener ese avance.

En época reciente la cantidad de recursos que llegaron a la Corte Suprema excedió toda proporción y volvió a responsabilizarse, erradamente, al recurso por sentencia arbitraria de ese incremento. Ello produjo ciertos movimientos dentro de la Corte que obedecen, confesadamente o no, al intento de poner freno a esa inundación. Así, ésta ciñó drásticamente su competencia originaria, aumentó cinco veces (de $1000 a $5000) la tasa que debe abonarse cuando se acude a esta instancia por Recurso de Hecho y dictó la Acordada 4/2007 que reglamenta las características que debe respetar todo escrito de interposición de recurso extraordinario, su contestación y el recurso de queja a través de un esquema rígido, riguroso y, en ocasiones, ambiguo para quien debe redactar un escrito de este tipo.

Una crítica que recibe la Corte Suprema por ingresar en estos asuntos —crítica que generalmente suele escucharse de jueces o funcionarios de instancias inferiores o de sectores que quieren eliminar esta variante del recurso para generar espacio para los temas de su interés o actividad— gira en torno a que, según se afirma, se trata de cuestiones propias de los jueces de la causa y regidas por normas de derecho común, local o procesal. (23)

Generalmente quienes así se expresan no aluden a las auténticas arbitrariedades. Tienen en mente algún caso muy puntual (lo cual descarta su consideración) o algunas de las causales cuya comprobación puede hacer inmiscuir excesivamente al Alto Tribunal en consideraciones de prueba o derecho común. Me refiero a las causales que hablan del "exceso" ritual manifiesto o la que prescinde de argumentos "decisivos" o de prueba "decisiva" o la que reprocha a los jueces arrogarse al fallar el papel del legislador o fundar su decisión en pautas de excesiva latitud. Estas causales, vale aclararlo, pueden dar lugar a criterios de aplicación opinables y, por ello, anómalos. En ocasiones, esa anomalía puede deberse a que las sentencias no describen adecuadamente cuál sería el vicio incurrido u otras que, describiéndolo, no demuestran que sea a ese punto reprochable o que no se esté ante una alternativa hermenéutica imposible o insostenible.

No obstante, la arbitrariedad, alegada o real, referida a esas causales es sistemáticamente reclamada por los recursos que con ese soporte siguen llegando al Tribunal y éste continúa admitiendo apelaciones con ese fundamento. Pruebas al canto.

3.1. Excesivo rigor formal.

Como sostuve más arriba, una de las causales de arbitrariedad más vulnerables a la crítica es aquella que descalifica una sentencia por haber incurrido en lo que adjetiva como un manifiesto, excesivo, inadmisible rigor formal. Creo que, de todas las causales, ésta debe ser de las más sensibles a la crítica, debido al factor ponderativo que la caracteriza. ¿Cuándo la exigencia de la ley, procesal o sustantiva, es "excesivamente rigurosa"? ¿Cuándo la interpretación ha pecado de un excesivo formalismo? La respuesta a ello debe ser directa, exenta, en lo posible, de ambigüedad y/o vaguedad. Y ella debe ser suministrada por la Corte Suprema, de esa manera, para que los litigantes, aprovechándose de textos que no contienen una descripción diáfana de la conducta considerada arbitraria o redactados ambigua o vagamente, los empleen para llevar a la Corte casos que, bien definidos, jamás podrían haber llegado a esa instancia. La Corte ha empleado esta causal en varios casos recientes.

Así, en "Yapur", por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, acudió a esta causal de descalificación y obvió, además, la ausencia de sentencia definitiva propiamente dicha, equiparando la apelada a una de difícil reparación ulterior. (24) Se trataba de un caso en el cual el peticionante reclamaba se le reconociera la pensión de su concubino. El superior tribunal provincial había juzgado que el recurso empleado —de inconstitucionalidad local— era inadecuado para el fin propuesto. Debía ser el de inaplicabilidad de la ley. Por esa razón no trató el fondo del asunto. Se consideró que no haber obviado el nomen iuris del remedio utilizado era un excesivo rigor formal por parte de la corte provincial, frente al derecho fundamental que estaba en juego.

3.2. Prescindencia del texto legal aplicable

En estos casos, el reproche suele consistir en que el tribunal cuya sentencia es apelada no ha aplicado el texto normativo que rige el caso, dijo aplicarlo pero lo falseó o aplicó otro. En principio, estos casos son ajenos a la competencia extraordinaria pues involucran problemas de subsunción del caso en el derecho común o local, tarea extraña al trabajo del Alto Tribunal. Pero hay casos excepcionales en los que él ha considerado preciso intervenir.

Como en el supuesto anterior, se trata de una causal cuya invocación exige ser particularmente descriptivo de la arbitrariedad. Pues, muchas veces, existe una línea difusa entre la prescindencia de aplicar el texto legal y la ausencia de prueba del presupuesto de hecho que condiciona su operatividad; o entre considerar el caso regido por cierta norma y no por otra; o invocar que un artículo autoriza a hacer lo que, en realidad, no autoriza. Otras veces, se trata del empleo o prescindencia de estándares cuya pertinencia surge sólo en casos de duda (v. gr., art. 216, inciso 6 del Código de Comercio).

En "Giacomuzo" se resolvió un caso donde la arbitrariedad no dejaba lugar a dudas. El tribunal superior, so pretexto de "aclarar" una regulación anterior y corregir un error material, la había llevado de $250.000 a $450.000, lo cual, según la Corte, consistía en un "flagrante apartamiento del art. 166, 2º del Código Procesal". (25) Es decir que el Tribunal —ante lo que consideró un indiscutible desvío del a quo— no vaciló en dejar sin efecto el pronunciamiento, a pesar de que se trataba de una cuestión de derecho procesal, v.gr., recurso de aclaratoria y regulación de honorarios. Por lo demás existe una línea jurisprudencial pacífica —mencionada en el fallo— que ha condenado desvíos similares. (26)

3.3. Omisión de considerar argumentos decisivos

Esta causal de arbitrariedad también se presta a controversias. Ello así, por cuanto determinar qué argumentos son decisivos y cuáles no lo son, en temas regidos por el derecho común, exceden del ámbito del recurso extraordinario federal. Es una actividad propia de los jueces de la causa. De modo que si la Corte acepta una apelación con este fundamento, el caso —como todos los de arbitrariedad— debe estar más allá de lo

opinable.

En "García", (27) el apelante había sido condenado por robo y sus recursos no habían sido adecuadamente atendidos por el Tribunal de Casación ni por la Corte de la Provincia de Buenos Aires, a pesar de que, según relata el dictamen del Procurador Fiscal, esas apelaciones estaban fundadas e inclusive se apoyaban en Fallos de la Corte Suprema recaídos en supuestos considerados análogos. La Corte, por remisión al dictamen, revocó.

3.4. Afirmaciones dogmáticas y pautas de excesiva latitud

En "Putallaz" (28) la Corte, por remisión al dictamen, reprochó al tribunal apelado haber basado su decisión en meras afirmaciones dogmáticas acompañadas de pautas de excesiva latitud y prescindencia de la consideración de argumentos conducentes para la correcta solución del conflicto. Se trataba de un caso de daños y perjuicios reclamados con base en la responsabilidad del Estado por prolongación indebida de una prisión preventiva, fallado a favor de la parte actora. La Corte revocó.

3.5. Apartamiento de las constancias de la causa.

En "Orias", (29) los temas en discusión versaban sobre el cómputo del plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado y la idoneidad de la prueba producida para determinar la configuración de daño, causalidad e imputabilidad. La Corte revocó la sentencia apelada, por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, por considerar que en la causa no se había probado la concurrencia de los presupuestos que condicionan la admisibilidad de la responsabilidad estatal en supuestos similares. También remite a precedentes análogos. (30)

3.6. Exceso de jurisdicción

Un vicio que no es de muy difícil comprobación ni expone innecesariamente al Tribunal, es el relacionado con aquella actividad de los tribunales superiores llevada a cabo en exceso de jurisdicción, sea fallando más allá de lo pedido por el apelante (extra petita), sea haciéndolo fuera del plazo que la ley le otorga para expedirse.

Una situación como la última fue decidida en el caso "Pastrana", (31) donde el tribunal superior modificó los términos de la sentencia de condena, so pretexto de corregir un error material, a pesar de que el segundo pedido de aclaratoria había sido formulado fuera del plazo legal.

3.7. Conclusión

Creo que los casos precedentes, en su mayoría referidos a las causales más controversiales y todos posteriores a la vigencia de las reglas impuestas por Acordada 4/2007 a la presentación del escrito interponiendo recurso extraordinario o su queja, son muestra suficiente de la vitalidad de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia. Ella está vigente y no debe ser abandonada por la Corte Suprema. Esta policía de la administración de justicia, como la llamó Genaro R. Carrió, a la luz de los desafueros jurisdiccionales intolerables que nulifican, es indispensable. Y un signo de que ese abandono no está previsto que ocurra, al menos, en breve, es que por Acordada 51/2009 el Alto Tribunal encomendó a la Dirección de Biblioteca que elabore un listado de los tribunales cuyas sentencias son dejadas sin efecto con base en esta doctrina.

4. ¿Cómo detener la marea?

Decía en el apartado 2, que me parecía infundado sostener que los recursos extraordinarios por sentencia arbitraria son los que consumen la mayor parte de las energías de la Corte y que, debido a ello, el Tribunal debe abandonar su consideración para hacerlo en casos trascendentes. La lectura de las estadísticas de los últimos años bastan para comprobar que —a diferencia de otras épocas—, el extraordinario reglado en el artículo 14 de la ley 48 y los recursos de hecho (dentro de los cuales están los basados en la arbitrariedad) se reparten la tarea. (32)

Depositar la mirada en los recursos por arbitrariedad y actuar sobre ellos, es tanto como matar al enfermo para acabar con la peste. Como se sabe, si no se actúa sobre las causas que originan esa contaminación, ese esfuerzo no sólo importa el sacrificio de una víctima que pide un remedio. También será coyuntural y, a la larga, estéril. En cambio, si realmente nos preocupa la administración de las apelaciones que traen este fundamento, nuestra atención debe volcarse en la búsqueda de algún mecanismo o de varios que permitan, por un lado, el rápido examen de las causas y, por el otro, la disminución del ingreso.

4.1. La Reforma del año 1990.

Consideremos, primero, lo relacionado con el rápido examen y resolución de ciertas causas. Cuando el legislador sancionó la reforma de los artículos 280 y 285 del Código Procesal, lo hizo para poner a disposición de la Corte una herramienta que le permitiera desembarazarse rápidamente de parte de su trabajo. En ese orden de ideas, si el recurso contiene un agravio federal insuficiente, insustancial o carente de trascendencia, la Corte puede rechazarlo con la sola invocación de la norma pertinente; esto es, sin fundar la sentencia

pormenorizadamente, refutando los argumentos centrales sobre los que se apoya.

El mecanismo ideado por el legislador, sin embargo, no agilizó suficientemente el recorrido ni suprimió la actividad que aspiraba a evitar. Tres razones explican este fracaso.

Por un lado, esa reforma —mal identificada como el certiorari argentino— actuó sobre la redacción de la sentencia propiamente dicha. Sin embargo, ésta no era la causa determinante de su pesada marcha.

Por el otro lado, el legislador no operó sobre la circulación del proyecto, esto es, el trabajoso recorrido que hace todo borrador de sentencia a fin de obtener el concurso de voluntades necesarias para que sea aprobado.

Por último —y reconozco la antipatía que este punto puede despertar— la Corte no tiene plazo para pronunciar sentencia y algunos casos demoran demasiado.

Si se coincide con esta evaluación es evidente que la reforma equivocó el medio empleado para obtener el fin deseado. El ABC de la irrazonabilidad podría recordarnos Juan Francisco Linares.

4.2. Proyecto de sentencia expeditivo y rechazo por defecto

Intentaré ahora desarrollar algunas ideas relacionadas con la velocidad de procesamiento de las causas. Desde ya que estas seguramente pueden ser mejoradas. Pero, en realidad, no me sentiría bien advirtiendo que tenemos problemas (pues esto es un problema para todos los que actúan en o ante la Administración de Justicia o para aquellos que se dedican a la docencia) y no proponer ninguna solución. La contribución que aquí ofrezco es modesta en su alcance; ella no pretende solucionar todos los problemas de un solo golpe. Me excuso de antemano si lo que sigue ya ha sido puesto en práctica (cosa que desconozco), es juzgado como demasiado obvio o impracticable. Me explico.

Como se sabe, no todos los recursos poseen el mismo status ni ofrecen el mismo grado de dificultad. Creo que el Tribunal debiera imponerse plazos al menos para proyectar rápidamente, los recursos de hecho menos dificultosos.

En esta clase debieran agruparse aquellos que son desestimados por razones formales (deficiencias estas atribuibles a la queja o al extraordinario) o por referirse a temas respecto de los cuales ya existe jurisprudencia en causas que guardan analogía con los hechos relevantes del caso a resolver.

En los supuestos recién mencionados debe eliminarse la circulación, tal y como se la conoce en la actualidad y reemplazársela por otra vía más expeditiva. No sólo lleva tiempo, a veces mucho tiempo, elaborar el memorándum que acompaña al proyecto de sentencia, sino que luego de ello debe comenzar ese largo peregrinar entre las vocalías buscando la conformidad de los Ministros (no menos de cuatro). En la actualidad y si el exceso de tareas preocupa seriamente, esa circulación del proyecto, en casos como éstos, es un despropósito.

Me parece que, efectuado el proyecto desestimatorio por la Secretaría correspondiente, existen dos alternativas. Primera. El proyecto de sentencia desestimatoria es impreso en original y pasa directa y expeditivamente al Acuerdo. Segunda. El proyecto de sentencia desestimatoria es enviado al despacho de cuatro Ministros, junto con una copia del recurso extraordinario (y eventualmente de la queja). Si ninguno de éstos objeta esa disposición dentro de las dos semanas de recibidas las copias, el caso es llevado al Acuerdo. (33)

Si, puesto en marcha este mecanismo, él demuestra ser eficaz y no recibe críticas serias del foro, en una segunda etapa podría pensarse en una reformulación de algunos otros hábitos que son anacrónicos o inconvenientes.

4.3. Las causas de la sobrecarga y el mensaje al litigante

Mi última observación se dirige a las causas que originan el exceso de recursos ante la Corte y el mensaje que la jurisprudencia de la Corte Suprema envía al litigante. No pretendo efectuar una enumeración pormenorizada de todas las razones que determinan esta saturación. Seguramente debiera encarar otro tipo de estudio para hacerlo. Sólo referiré lo que me parecen causas exógenas y otras endógenas del problema. Y estas últimas tendrán de particular que mirarán el problema del exceso de expedientes desde afuera. Esto es, desde la perspectiva que puede tener el abogado que ejerce la profesión y debe decidir si aconseja a su cliente presentar un recurso extraordinario o no.

4.3.1. Causas exógenas al Poder judicial

Entre las causas exógenas que han determinado este desborde recursivo no pueden dejar de considerarse las siguientes:

(i) Desde mediados de los años ochenta hubo dos políticas públicas que generaron una gran cantidad de juicios. Una fue el cambio de moneda por el Austral y el desagio consecuente de los contratos. La otra fue el

relegamiento del monto del haber previsional y las demandas persiguiendo su recomposición. Años después, la hiperinflación también fue facilitadora de litigios.

(ii) Desde comienzos de los noventa diversas políticas públicas generaron una altísima litigiosidad. Entre ellas, nuevamente, el relegamiento del haber jubilatorio y los juicios que perseguían su actualización (recurso ordinario a la Corte, mediante), la convertibilidad del peso, la consolidación de deudas del Estado, las privatizaciones, los reclamos laborales consecuentes, los conflictos generados a partir de las cuasi-monedas que imprimieron la mayoría de las Provincias.

(iii) Entrados en el tercer milenio, la salida de la convertibilidad y la pesificación asimétrica de la economía generó una litigiosidad que no tuvo precedentes en toda la historia argentina. Esta, los problemas previsionales y el arrastre de causas de años anteriores, fueron la determinante de la sobrecarga de trabajo que actualmente registra.

(iv) Impericia abogadil en el manejo de los precedentes de la Corte, en sus habilidades argumentativas y en su razonamiento jurídico.

(v) Aumento de la población.

4.3.2. Causas endógenas

La elevada cantidad de apelaciones que llegan a la Corte reconoce también otras razones. Ellas se vinculan con la percepción que tiene el abogado de la suerte que puede correr su recurso. En este caso partiré de la siguiente presuposición controvertible, a saber: cuando aluda al abogado que mencioné anteriormente, imaginaré ahora que se trata de una persona estudiosa, responsable y con buen conocimiento del Derecho y de cómo argumentarlo. Reconozco que es discutible que este ser imaginario represente a la media de quienes patrocinan los miles de recursos que acceden al Alto Tribunal, pero asumamos por hipótesis que es así.

Creo que cuando el foro percibe los comportamientos que menciono a continuación, pierde de vista la excepcionalidad del recurso extraordinario y la ultra excepcionalidad del basado en la doctrina de las sentencias arbitrarias y evalúa que existe un margen razonable de obtener una sentencia a su favor. Esos comportamientos, generalmente, abarcan un período prolongado. Salvo en el caso de decisiones actuales muy publicitadas, los abogados no tienen en cuenta los fallos más recientes (a veces tampoco tienen acceso a los volúmenes de jurisprudencia actualizados) y su estudio abarcará un período considerable de tiempo. Los comportamientos judiciales que tengo en mente son los siguientes:

i) indefiniciones en cuanto a si el Alto Tribunal se siente obligado o no por sus propios precedentes;

ii) dispersión de votos en las sentencias (demasiados votos concurrentes y disidentes);

iii) multiplicidad de criterios en competencia;

iv) situaciones en las que constata la existencia de fallos en los que la Corte ha procedido a la eliminación o morigeración de ciertos recaudos obstativos a la competencia (originaria o) extraordinaria. Sea que se refieren a cuestiones procesales o sustantivas (por ejemplo, sentencias interlocutorias equiparables a definitivas, legitimación para impugnar la constitucionalidad de una norma; cuestiones de hecho inseparables de las federales, real malicia, gravedad institucional del caso, cuestiones abstractas pero susceptibles de reiterarse en el futuro; prescripción en materia penal; procesos criminales injustificadamente prolongados, etc.).

v) Sentencias que se expresan de manera ambigua o vaga serán fuente real o potencial de mayor trabajo.

vi) Fallos relacionados con la mayor o menor convicción con que el Alto Tribunal exige a los tribunales inferiores el seguimiento de sus doctrinas constitucionales.

vii) Todo leading case, como se afirma en el Common Law, tiende a la expansión. (34) En consecuencia, si esos precedentes no son obligatorios respecto de los tribunales de menor jerarquía, es probable que su establecimiento no haga sino incrementar el caudal de recursos ante la Corte, ante las sentencias que se rebelan al precedente.

viii) Recursos extraordinarios por sentencia arbitraria de cuyo texto no surgen descriptos con nitidez y puntillosidad los hechos relevantes del caso o la excepcionalidad de la arbitrariedad denunciada.

ix) Vaivenes y contradicciones jurisprudenciales entre casos considerados análogos.

En suma, si el abogado percibe la concurrencia de alguna o de una combinación de estas causas, es muy probable que aconseje a su cliente deducir el recurso.

5. Conclusión

A lo largo de este ensayo he intentado historiar un poco rápidamente el recurso extraordinario y su variante

pretoriana, el recurso extraordinario por sentencia arbitraria. He procurado demostrar que algunas de las críticas que se alzan contra este último no se corresponden con la realidad.

He defendido también que la Corte, por el momento, no debe abandonar ciegamente la consideración de los casos de arbitrariedad. Esas sentencias descalificatorias, bien entendidas, son medidas profilácticas que depuran el sistema judicial de decisiones nocivas. Más allá de la injusticia en el caso individual, no puede perderse de vista que, de no revocarse la sentencia, puede alentarse la idea de que se está trabajando bien. Ese mismo caso puede ser empleado como precedente de otro y así sucesivamente, logrando consolidar un principio contrario a la Constitución Nacional.

Al mismo tiempo me ocupé de la relación entre este recurso y el indudable y preocupante exceso de trabajo que tiene la Corte. Algo debe hacerse y presenté a la crítica algunas ideas al respecto.

A mi modo de ver, para atacar el problema de la sobrecarga debe evitarse el diagnóstico de coyuntura y debe perseguirse uno de mayor alcance. El problema debe ser abordado de modo integral y no parcial. Las llamadas razones exógenas no deben perderse de vista, aun cuando no pueda actuarse directamente sobre ellas. Y, las endógenas, juegan de manera decisiva en los litigantes y también son causa del exceso de tareas que tanto nos preocupa a todos. Algunas de esas razones son consecuencias no deseadas pero inevitables. Otras, son el precio que se debe pagar por vivir en una sociedad más apegada a la Constitución y a la ley. Un puñado final, son corregibles. Y todas ellas, en mayor o menor medida, contribuyen a que, al momento de decidir si presentar o no un recurso extraordinario, el abogado aconseje su presentación.

Razones exógenas excepcionales aparte, no tengo dudas de que si la Corte no se preocupa seriamente por limar algunas de esas asperezas, no podrá impedir que, año tras año, sigan ingresando miles y decenas de miles de nuevos recursos. Esto sería catastrófico. Hay que actuar reflexiva y prontamente sobre las causas.

(1) Sin computar los casos previsionales, en el año 2008 existía un arrastre de causas sin resolver de años anteriores, que ascendía a las 33.212. Ese año ingresaron 12.574 más. Por otro lado, se dictó sentencia en algo más de 29.000 causas y quedaron en trámite 17.025. De estos últimos, el 52,94% son Recursos Extraordinarios y el 46,65% son Recursos de Hecho. La estadística no discrimina cuántos de los mencionados en último término pertenecen a recursos extraordinarios por sentencia arbitraria.

(2) VALIENTE NOAILLES, Carlos, "Cómo Fundar un Recurso Extraordinario", LA LEY, 144-1043 (1966); CARRIO, Genaro R., "Don Quijote en el Palacio de Justicia", LA LEY, 1989-E, 1131.

(3) Carrió y Valiente Noailles son de los pocos autores que en los artículos mencionados se ocuparon, en parte, de esta cuestión.

(4) Obviamente, eso no es lo que el superior tribunal del Norte hace. Resuelve más de nueve mil causas, rechaza lacónicamente, sin fundamento, la mayoría y sólo se expide fundadamente en alrededor de cien (la cifra puede incrementarse dependiendo de que en esa cuenta se computen las llamadas memoranda decisions, las summary affirmances y las g.v.r. decisions). Debe recordarse, además, que la concesión del equivalente norteamericano a nuestro recurso extraordinario, es —a diferencia del reglado en el artículo 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364)— absolutamente discrecional de la Corte, en la amplia mayoría de los casos. Esta afirmación no es desmentida por lo dispuesto por los arts. 280 y 285 del CPCCN, pues la posibilidad denegatoria que esas normas autorizan sólo puede ejercerse en los tres supuestos que ellas contemplan.

(5) Si el Congreso, basado en las facultades reglamentarias mencionadas en el art. 117 de la Constitución, no hubiera limitado la competencia apelada de la Corte, la tarea del Tribunal hubiera sido abrumadora desde el inicio. Piénsese que si lo previsto en esos artículos se hubiera tomado en toda su extensión, ella habría debido entender por apelación en (i) todas las causas en las que el Estado fuera parte; (ii) todas las de almirantazgo y jurisdicción marítima; (iii) todas las que versaren sobre puntos regidos por la Constitución, (iv) aquellas regidas por las leyes de la Nación (a excepción de los códigos) (v) o por los tratados, (vi) los conflictos de prelación suscitados entre normas provinciales y nacionales y (vii) todas las litigadas entre vecinos de diferentes provincias.

(6) Este tema, jurisprudencialmente, ha merecido soluciones diversas y hasta contradictorias a través de los años. En la actualidad, muchas veces la Corte prescinde de su exigencia e interviene en ausencia de él (ver GARAY, Alberto F., "Recurso Extraordinario y Resolución Contraria", LA LEY, 1993-D, 946 y sus citas).

(7) Dice el inciso 1º: "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".

(8) Un caso así fue resuelto en Fallos: 133:384 (1924), "Cornú c. Ronco".

(9) Un caso con estas características básicas fue resuelto por la Corte Suprema el pasado 27 de abril de

2010 en autos "Sancor CUL".

(10) Dice el inciso 2º: "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 a favor de la validez de la ley o autoridad de provincia".

(11) Dice el inciso 3º: "cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del Congreso, o de 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".

(12) ESPIL, Felipe A., La Suprema Corte Federal y su jurisdiccioón extraordinaria, Imprenta de Coni Hnos. 1915, p. 113. GARCIA MEROU (h.), Enrique, El recurso extraordinario, Imprenta de Coni Hnos., 1915, p. 37 ("Esta jurisdicción importantísima ... es la que se confiere ... a nuestra corte suprema, para conocer, por medio del recurso extraordinario, de las sentencias definitivas de cualquier tribunal o juzgado de la república que resuelva una "cuestión federal" en contra de derechos invocados ante ellos, al amparo de la constitución, de las leyes nacionales propiamente dichas o de los tratados").

(13) Ver supra nota 6.

(14) Caso "Pini c. Martel", Fallos: 95:133 (1902). Se sostuvo que la interpretación de las leyes procesales federales era ajena al recurso extraordinario "porque no afectan el fondo de las instituciones fundamentales que ese recurso se propone salvaguardar".

(15) Desde 1863 hasta el primer cuarto del siglo XX, el legislador reguló la competencia extraordinaria y originaria de la Corte (ley 48 —Adla, 1852-1880, 364—), le atribuyó jurisdicción para resolver conflictos de competencia entre diferentes tribunales, también incluyó su resolución de casos llamados de denegación de justicia y conflictos de competencia entre tribunales que carecen de un superior jerárquico común (ley 4055 —Adla, 1889-1919, 533—). También se instituyó el recurso ordinario, para los juicios contra el Estado Nacional o sus reparticiones, donde el monto involucrado superara cierta suma (ídem ante). Ninguna de estas leyes se hizo cargo de las doctrinas a que se hizo alusión en el texto principal.

(16) El caso arquetípico de esta situación fue el famoso caso "Rey c. Rocha", Fallos: 112:384 (1909) y los casos "Milcíades Castro en los autos sucesorios de Juan Silvestre Miño", Fallos: 131:387 (1920) y "Quebrachales Fusionados S.A. c. El Capitán, Armadores y dueño del Vapor Nacional, 'Aguila'", Fallos: 150:84 (1927), recordados en IMAZ, E. y REY, R., El recurso extraordinario, Nerva 1962, 2ª ed. actualizada por Ricardo Rey y Lino Enrique Palacio, p. 101, nota 73. Ver también los primeros casos citados por LUGONES, Narciso J., El recurso extraordinario, Depalma, 1992, p. 276 y ss.; y D'alessio, Andrés J., "Origen, Desarrollo, Apogeo y desmadre del recurso extraordinario por sentencia arbitraria", JA, 2006-III-1378.

(17) CARAVANTES, José, Tratado histórico crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, t. IV, Gaspar y Roig, Madrid, 1856, nro. 1589, p. 154. En el lugar citado, Caravantes analiza el recurso de casación del derecho español de entonces. Allí, este autor destaca que las cuestiones sobre las que esta apelación puede versar son siempre de derecho y, en esto, es similar a nuestro recurso extraordinario que revisa solamente conflictos normativos (pero federales). Pero esta afirmación no excluye que, en oportunidades, deba entrarse a analizar aspectos de hecho. Vale la pena transcribir el siguiente párrafo, por la influencia que, quizá, pudo haber tenido en la Corte respecto del tema que nos ocupa: la arbitrariedad. Apoyándose en Dalloz, limita la imposibilidad del tribunal de casación para entrar en el análisis de cuestiones de hecho decididas por el tribunal inferior. En tal sentido expresa: "La facultad concedida al tribunal a quo, de apreciar soberanamente los hechos y las circunstancias materiales de los actos y contratos, de declarar su existencia y la voluntad o la intención de las partes ¿alcanza hasta a conferirles el derecho de apreciar igualmente, de un modo discrecional los actos y contratos, en sus relaciones con la ley, hasta conferirles el derecho de dar arbitrariamente a estos actos y contratos una calificación legal cualquiera sin que pueda ser nunca anulada su decisión por el Tribunal Supremo? Aquí aparece la dificultad. Nada más espedito (sic) en efecto y más cómodo para los jueces que esta fórmula tan lacónica: atendiendo a lo que resulta de los hechos y circunstancias, etc. Con estas mágicas palabras se cree haber contestado a todo; pero bien mirado, se experimenta la necesidad de darse razón de estas fórmulas; se apodera de ellas la crítica y en breve se comprende la necesidad de hacer distinciones... Si las consecuencias legales que se dan a los hechos son falsas o viciosas, si el juez ha venido a formar o a destruir un contrato creándose o figurándose circunstancias, pruebas y alegaciones a que no reconoce la ley este poder, será anulada su decisión; pues en efecto el derecho de los tribunales de investigar en los actos la intención de las partes, no puede extenderse, en nuestro juicio, hasta cambiar la naturaleza y la esencia de los contratos, ni hacer que resulte de ellos un acto diferente del caracterizado por la ley. El tribunal de casación puede pues apreciar los elementos de un acto y ver si en ellos aparecen otros caracteres diferentes de los que le atribuye el tribunal a

quo" (pp. 110/111, el destacado me pertenece.)

(18) IMAZ, E. y REY, R., "El recurso extraordinario", 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, actual, por Estudio Ymaz Abogados, sobre la segunda edición, p. 243 y ss.; ídem, primera edición, Jurisprudencia Argentina 1943, p. 227. Desde alrededor del año 1937 tanto Imaz como Rey eran Secretarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(19) Fallos: 128:417 (1918), "Doña Agustina Patau en autos con los Sres. Sabaria Hermanos"; Fallos: 174:252, "Farías c. F.C. Central Córdoba"; Fallos: 178:355, "Escudero c. Obras Sanitarias de la Nación" y 181:418, "Quiroga c. Bugnone, Guida y Cía", también citados por los autores mencionados precedentemente, p. 142 y p. 101, nota 73.

(20) LUGONES, N. J., El recurso extraordinario..., p. 294 y ss., contiene un excelente racconto de estas posturas. Igual provecho se obtendrá leyendo CARRIO, Genaro R., Notas sobre derecho y lenguaje, Abeledo Perrot, 5ª ed. 2006, Cap. VI, Sentencia Arbitraria, pp. 283/286 y notas de pie de página 6 y 7.

(21) CARRIO, G. R. y CARRIO, A., Recurso extraordinario por sentencia arbitraria, Abeledo Perrot, 3ª ed. 1983, p. 317 y ss.

(22) CARRIO, G. R., "Don Quijote...", cit., nota de pie de página 1 ("En relación con estos temas es útil recordar el siguiente episodio: en la segunda mitad de 1966 trascendió en tribunales que la mayoría de los ministros de la nueva Corte, designada por Onganía, tenía el propósito de circunscribir al máximo el ámbito de la doctrina de la arbitrariedad. Esa actitud se fundaba en que los ministros dispuestos a ponerla en práctica creían que, mediante el recurso por arbitrariedad, la Corte se venía inmiscuyendo en cuestiones propias de los tribunales de alzada: las de derecho común y local y las de hecho. Ya en funciones, sin embargo, la Corte cambió de criterio. La frecuencia con que seguían llegando a su conocimiento fallos de segunda instancia claramente insostenibles le hizo ver que no podía renunciar al empleo de una utilísima herramienta de descalificación de pronunciamientos anómalos. De lo contrario —debieron haber pensado los nuevos ministros de la Corte— esta última llegaría a desatender una necesaria policía del servicio de administración de justicia en todo el país").

(23) Una crítica diferente y muchísimo más elaborada puede leerse en URTEAGA, Alfredo, "La Doctrina de la Arbitrariedad de Sentencias: Una Crítica", JA, 2006-II-1394. Muy resumidamente, mi crítica a su crítica, es que elige como casos paradigmáticos de arbitrariedad a unos que, a mi juicio, son casos anómalos. Es decir que, curiosamente, podríamos coincidir en la tesis central (v.gr., la Corte no debe ingresar en cuestiones propias de los jueces ordinarios) pero diferiríamos en sus criterios de aplicación.

(24) Ver caso "Elvio Alberto Yapur" del 28 de julio de 2009. En "Claudio David Keiler", del 1° de junio de 2010, hizo lugar a un recurso con este fundamento por considerar que la Cámara Nacional de Casación Penal omitió examinar —al amparo de un excesivo rigor formal— tanto las razones que habrían motivado el mantenimiento tardío del recurso de casación deducido contra la sentencia condenatoria, como así también lo alegado en cuanto a una interpretación del art. 146 del Código Procesal Penal de la Nación que el recurrente entendió errónea y contraria al derecho constitucional de defensa en juicio". Igual causal invocó en "Vaqueros S.A.", del 20 de febrero de 2007.

(25) Ver "Giacomuzo Hnos.", del 6 de abril de 2010.

(26) En "Héctor Víctor Uriarte Martínez", del 9 de marzo de 2010, también se echó mano de esta causal. Se trataba de un accidente ocurrido en un vagón de tren, donde, luego de atacar al pasajero, éste había sido arrojado al vacío por los malvivientes. Cuatro integrantes de la Corte (los otros tres rechazaron el recurso por invocación del art. 280 del CPCCN) consideraron que la obligación de seguridad prevista en el art. 184 del Código de comercio debe interpretarse a la luz de los derechos de usuarios y consumidores (art. 42 de la Constitución Nacional). No hacerlo importa prescindir de la aplicación de la ley vigente. A mayor abundamiento, la mayoría también reprochó haberse invocado arbitrariamente la configuración de fuerza mayor, base de la exención de responsabilidad del transportista.

(27) "José Martín García", del 4 de mayo de 2010.

(28) "Víctor Orlando Putallaz", del 23 de marzo de 2010.

(29) "Raul Orias", del 23 de marzo de 2010.

(30) Ver también el caso "Juan Alberto Pandolfi", del 23 de febrero de 2010, donde se invocó igual causal para revocar la sentencia apelada dictada en una ejecución fiscal, donde se había prescindido de considerar prueba decisiva a los efectos de excepcionar al recurrente del pago previo a la apelación federal (solve et repete) de los aportes reclamados por la A.F.I.P., condición determinante de la concesión o rechazo del recurso de apelación. En el dictamen se detalla con suficiente precisión en qué consistía esa prueba omitida.

(31) "Alejandra Lucrecia Pastrana", del 1 de abril de 2008. El caso es además interesante pues lleva el voto concurrente de Argibay, quien en general no interviene en los casos de arbitrariedad o voto por su rechazo.

(32) Ver supra nota de pie de p. 1.

(33) Si se prefiere esta opción, podría reformarse la regla 7 del Reglamento (acordada 4/2007) (Adla, LXVII-B, 1751) exigiendo al recurrente la presentación de cuatro juegos de copias del recurso extraordinario y, eventualmente, de la queja.

(34) CARDOZO, Benjamín N., "La Naturaleza de la Función Judicial", Arayú 1955, traducción de Eduardo Ponssa de la primera edición inglesa de 1921 ("The Nature of the Judicial Process"), p. 22 ("Un sentimiento semejante en especie, aunque diferente en grado, se halla en la raíz de la tendencia que posee todo precedente a extenderse siguiendo la línea del desarrollo lógico").

Anexo 13

Recurso extraordinario – Intervención de la Corte Suprema

Resumen

En la actualidad, la Corte Suprema está desbordada de trabajo. Parte importante de ese desborde lo constituyen casos que no están previstos en la ley como de su competencia pero que ella fue admitiendo jurisprudencialmente ante sentencias que eran consideradas arbitrarias, esto es infringiendo garantías constitucionales. Toda propuesta de modificación de la legislación vigente debe estar presidida por una gran prudencia pues exige reacomodamientos que llevan tiempo consolidar. La mayor cantidad de casos que llegan a la Corte tratan materia previsional. En su mayoría apelaciones del Estado Nacional que suspenden el pago de jubilaciones o sus retroactivos. En realidad, en estos casos, el recurso no debe tener efecto suspensivo, como ocurre actualmente. Esa decisión debe dejarse en manos de la Corte y hasta tanto ella no decida lo contrario, la sentencia puede ejecutarse. Los casos de arbitrariedad de sentencia que son denegados a través decisiones muy breves, deben tener un trámite interno más ágil. Se deben prever plazos breves para proyectar el borrador de la decisión y si dentro de un tiempo dos o más jueces no opinan lo contrario, el recurso debe ser resuelto sin más trámite. Finalmente, debe preverse un mecanismo que procure evitar que los tribunales inferiores fallen en contra de los precedentes de la Corte, en supuestos análogos. Esa actitud no debe tolerarse y debe ser considerada como falta.

I.1. Diagnóstico

La modificación del procedimiento para acceder a la Corte Suprema de Justicia de la Nación se realizó en muy pocas oportunidades. La principal vía de acceso es el recurso extraordinario federal legislado en el art. 14/16, ley 48, del año 1863 y, sin perjuicio de normas procesales sancionadas con posterioridad que le dieron forma, los conflictos normativos que en el inicio habilitaron su procedencia siguen aún vigentes. Uno de los problemas centrales que en la actualidad aqueja a la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el exceso de trabajo. Por tomar un ejemplo, en 2018 ingresaron aproximadamente 28.000 causas y se dictó sentencia en 8.000, aproximadamente.

Alrededor de la mitad de las sentencias pronunciadas en este período corresponden a recursos de queja, casos que, en su mayoría, postulan la arbitrariedad de la sentencia apelada, a la que me referiré más adelante. El resto se distribuye entre recursos extraordinarios concedidos, conflictos de competencia, juicios originarios y otros varios.

Con relación a los temas que involucran esos recursos, las materias que más ocupan la atención del tribunal son previsional, penal, laboral u administrativo.[1]

El volumen de cuestiones resueltas pone en evidencia que 5 jueces de la Corte no pueden resolver por sí mismos 8.000 causas, aun cuando en su mayoría se trata de denegaciones de recursos. De hecho, existe una delegación interna excesiva para poder realizar esa tarea, la que recae primordialmente en más de doscientos letrados.[2] En efecto, ante esa marea de expedientes, a los jueces no les queda más remedio que confiar en lo que sus asistentes han visto y redactado o conformado en los proyectos de sentencia, reservando sus energías para las causas que consideran más importantes, trascendencia que es muy difícil de anticipar por lo que, muchas veces, se la va advirtiendo sobre la marcha.

Las causas que contribuyen a ese engrosamiento son las siguientes.

- Por un lado, la doctrina de las sentencias arbitrarias, creada jurisprudencialmente por la Corte Suprema y construida sobre la violación del derecho de propiedad y el derecho de defensa, ha ido creciendo exponencialmente desde 1955 y hoy le insume más de la mitad del trabajo que la agobia. Este tipo de conflictos no está previsto expresamente en el art. 14 de la ley 48. La mayoría de los conflictos previsionales, penales y laborales que resuelve el Tribunal -que suman más de la mitad de su tarea- llegan cuestionando la arbitrariedad de la sentencia.
- Muchas de esas sentencias no están redactadas con precisión, evitando ambigüedades y vaguedades o explicando claramente en qué consiste la arbitrariedad. Esas características dan espacio para diferentes interpretaciones expansivas, lo que facilita la deducción de más recursos de los que una redacción cuidadosa podría haber evitado.
- Igual expansión producen numerosas sentencias con votos concurrentes. Como no todos los votos ofrecen los mismos justificativos, ello abre un abanico de posibilidades mucho mayor del que ofrecería una sentencia sin ellos.

[1] Ver las estadísticas confeccionadas por la Corte Suprema en https://www.csjn.gov.ar/datos-estadisticos/graficos-2018.

[2] Así lo atestigua Genaro R. Carrió, ex Presidente de la Corte Suprema (1983/1985) en CARRIÓ, Genaro R. (1989) "Don Quijote en el Palacio de Justicia (La Corte Suprema y sus problemas)" *L.L.* 1989-E- 1131-1150.

- En muchos ámbitos se considera que la "independencia" de criterio de los jueces llega al extremo de ignorar o controvertir lo que la Corte Suprema ha resuelto en materia constitucional en casos que no ofrecen diferencias relevantes con el decidido por ella. Consecuencia de ello es quea la Corte llegan muchos casos que deberían haber fenecido en las instancias anteriores.[3]

En 1990, el legislador otorgó una herramienta que tenía por objeto agilizar el trabajo, permitiéndoles rechazar recursos sin exteriorizar los fundamentos. Esa herramienta se plasmó en los artículos 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.[4] Según ella, basta con que en la sentencia se asiente el rechazo y la sola mención de alguna de esas dos normas. Sin perjuicio de estudiarse cada caso y de prepararse un memorándum interno explicativo de los antecedentes, las cuestiones propuestas y las razones que aconsejan el rechazo del recurso, esta forma brevísima de resolver les permite a los jueces evitar discutir y ponerse de acuerdo en las razones que deberían volcarse en las sentencias denegatorias de no existir esta posibilidad.

En 2018, aproximadamente 3.500 causas fueren resueltas por invocación de esos artículos. No obstante, muchas sentencias denegatorias, a pesar de su brevedad, insumen más de un año debido a que no se ha instalado un modo diferente de tratamiento de esos supuestos y, consecuentemente, se les imprime el mismo trámite interno de circulación que al resto de los recursos.

En conclusión:

- Más allá de los esfuerzos que hace el Tribunal con las herramientas procesales con que cuenta, el ingreso de causas es superior al egreso y va en aumento desde 1955.
- El volumen de causas es tan grande que impone una delegación interna considerable, lo que desnaturaliza la función misma de los jueces de la Corte.
- En las cuestiones previsionales, que en su mayoría son de contenido netamente alimentario, la mayoría de los recursos son interpuestos por el Estado Nacional. Una

[3] Se han analizado estas cuestiones en detalle en GARAY, Alberto F. (2010) "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria. Propuesta para un manejo más ágil", *Suplemento Extraordinario Constitucional - 75 aniversario*, Buenos Aires: La Ley, 5/8/2010, p. 27 y s.s.

[4] Acerca del *certiorari* en la Corte Suprema estadounidense, ver SACRISTÁN, Estela B. y BIANCHI, Alberto B. (2020) "Estudio comparativo de los tribunales federales en Estados Unidos y Argentina", en Pablo Luis Manili (dir.) *Derecho Constitucional del siglo XXI. Estudios en homenaje a Jorge Reinaldo Vanossi*, Buenos Aires: Astrea, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 383-408, esp. p. 401.

porción mayoritaria de estas causas, llegan por recurso de hecho, con invocación de la doctrina de las sentencias arbitrarias.

- Al estar arraigada en muchos ámbitos la idea que los jueces son "independientes" al momento de resolver, esa "independencia" es expandida hasta alcanzar a la doctrina que emana de las sentencias de la Corte, por lo que muchas veces éstas no son seguidas por los demás tribunales del país.

I.2. <u>Recomendaciones</u>

En vista de los problemas identificados precedentemente, se considera que deberían adoptarse las siguientes medidas:

- Los recursos interpuestos por el Estado Nacional en casos previsionales debieran serlo con efecto devolutivo, esto es, la interposición de esas apelaciones, se las conceda o deniegue, no debería suspender automáticamente la ejecución de las sentencias de Cámara. No obstante, la Corte, por resolución fundada, puede suspender esa ejecución.
- Los proyectos de sentencia que deniegan una apelación con sustento en los arts. 280 o 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación deben tener un tratamiento interno expeditivo y diferente al de los demás proyectos de sentencia. Una forma de administrarlos de otro modo puede consistir en que esos casos, una vez radicados en la Secretaría pertinente, sean proyectados dentro de los dos meses de ingresados. Ese proyecto debe ser circulado interna y simultáneamente por las vocalías de los 5 Ministros. Si dentro de tres meses de distribuido dos o más jueces del Tribunal no disponen expresamente lo contrario, el proyecto de sentencia denegatoria debe ser pasado en limpio y llevado al Acuerdo para su firma.
- Cuando la Corte Suprema deba revocar una sentencia de un tribunal federal, nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que se ha pronunciado de modo contrario a la doctrina de un precedente recaído en un caso análogo, dará cuenta de ello al órgano con competencia para enjuiciar a los magistrados o magistradas de que se trate para que adopte las medidas que estime corresponder.

Anexo 14

A DOCTRINE OF PRECEDENT IN THE MAKING: THE CASE OF THE ARGENTINE SUPREME COURT'S CASE LAW

Alberto F. Garay*

INTRODUCTION 259
I. A BRIEF HISTORIC ACCOUNT OF ARGENTINA 260
1. The Colonial Times 260
2. The Argentine Constitutional Framework 261
3. The United States Influence on the Argentine Constitution of 1853-1860 262
4. European and Latin American Influences on the Argentine Constitutional Text 266
5. Further Constitutional and Political Developments 268
II. ARGENTINE CIVIL LAW TRADITION 268
III. THE FEDERAL JUDICIARY AND THE FOUNDATION OF A DIFFERENT TRADITION 273
1. Introduction 273
2. The Supreme Court Recording and Reporting of Cases 274
3. Origins of a New Style of Adjudicating Cases 275
4. The Previous Legal Background and its Critics 276
5. The Bar Demanded Treating Like Cases Alike 283
IV. HOW THE ARGENTINE SUPREME COURT DEALS WITH ITS OWN PRECEDENT 284
1. Introduction 284

* J.D., 1981, University of Buenos Aires (U.B.A.); 1990, LL.M., Columbia University Law School; 1993 and 2015 Visiting Scholar, Columbia University School of Law; Partner, CARRIÓ & GARAY, Abogados; Professor of Law, Escuela de Derecho de la Universidad San Andrés, Buenos Aires. I would like to extend my gratitude to Sebastián A. Garay, Manuel García-Mansilla and Alejandro Garro for their helpful comments and criticism during the preparation of this article. I also want to thank Southwestern Law School for its invitation to participate in the Visiting Speaker Series, and professors Jonathan Miller, Joerg Knipprath, Mark Cammack, Robert Lutz and Warren Grimes for their insights and remarks, and their friendly reception. Finally, my recognition and appreciation for the excellent editing work made by Karlie Shafer and Ryan Chang. Needless to say, errors are mine.

2. Different Styles for Speed Adjudication of Cases *284*
3. Distinguishing Cases *286*
3.1. Introduction 286
3.2. Some Reasons that Explain the Lack of Expertise in Dealing with Facts 287
3.3. The Case of Sua Sponte Judicial Review 292
3.4. The Cases of Drug Possession for Personal Consumption 295
4. Holding and Obiter Dictum *298*
4.1. The Notion of Holding or Ratio Decidendi of a Case 298
4.2. The Expression Obiter Dicta 303
5. The Binding Character of Supreme Court Precedents *306*
5.1. Introduction 306
5.2. The Supreme Court's Respect for its Own Precedents 308
5.2.1. Political Instability of the Past 308
5.2.2. Stare Decisis and the Supreme Court Case Law: A Rule that Allows Exceptions 309
5.2.3. Is the Horizontal Stare Decisis a Sound Principle? 313
5.2.4. The Vertical Reach of Precedent 315
V. CONCLUSION 319

INTRODUCTION

In Argentina, federal courts, and the Supreme Court in particular, ground their decisions on past precedent. It is my view that once today's courts begin to use prior decisions as support for their own decisions, they must decide many problems peculiar to this way of grounding a decision: in precedent. The problem encountered is that the Civil Law tradition, to which Argentina belongs, cannot solve problems using tools created to deal with codes and legislative acts. The courts need specific weaponry for that purpose. I submit that one should prudently and intelligently look to the Common Law tradition in order to see how this approach copes with similar questions. In this essay, I will attempt to describe some characteristics of the Argentine legal process, specifically how the Supreme Court deals with cases. To aid in that description, I will highlight situations that show the need for a common theoretical framework and procedure to face that task.

In Part I, I present a brief historic account of Argentina to provide a minimum context for readers who have a scarce knowledge of the country.

Those who already have a basic knowledge of the Country's history can comfortably skip this section. Part II identifies Argentina's legal culture as one belonging to the Civil Law tradition. But, at the same time, Argentina received a strong influence from the U.S. Constitutional Law and from 18th and 19th century American thinkers that acted on a fertile but very different soil. Argentina wanted to detach from its Spanish heritage, but all extant law and institutions were Spanish. Those features are indispensable to understand why Argentina is, in fact, a *tertium genus*, something in between both traditions. Part III is devoted to exploring how Argentine courts functioned at that time, the changes the legal community wanted to introduce, and the countries the courts were looking to for inspiration. Part IV examines how the court system, mainly at the Supreme Court level, implemented demands to treat judicial cases alike and to publicize judicial decisions (historically, the Court of Appeals' President kept judicial decisions secret). At the same time, through two paradigmatic examples, I attempt to show how the predominant civil law education of lawyers interferes with this peculiar way of grounding decisions, particularly with regard to notions such as holding, *obiter dictum* and *stare decisis*, and their bearing on the fact of the case.

I. A BRIEF HISTORIC ACCOUNT OF ARGENTINA

1. The Colonial Times

In 1536, Pedro de Mendoza discovered and founded Argentina's first Spanish settlement in what we today call Buenos Aires. This settlement was short-lived and was soon destroyed by natives. In 1580, a fort was again erected, this time by Juan de Garay who then re-found the city. For the next several hundred years, the Spanish crown ruled the land. Two centuries later, in 1776, Spain established the Viceroyalty of Río de la Plata, which covered Argentina, Uruguay, the southern part of Brazil, Paraguay, Bolivia and the northern part of Chile. In 1806 and 1807, Buenos Aires repelled two British invasions. A few years later, in 1810 and in the light of the fall of King Fernando VII of Spain at the hands of Napoleon Bonaparte, the local forces refused to be ruled by the Viceroy (which governed the Viceroyalty in the name of the deposed King) and voted for a new government occupied by local residents. The Spanish authorities resisted this action and war spread throughout and beyond the Viceroyalty. Finally, in 1816, local forces definitively defeated the royal troops and declared independence from Spanish reign. This creole army, led by General José de San Martín, also supported and significantly contributed to the independence of Chile, Perú, Ecuador and Venezuela.

Several ideological trends emerged during this period. On the one hand, the inherited Spanish legal and political institutions remained the dominant ideology. On the other hand, the ideas of Montesquieu and the French Revolution, Rousseau, the Social Compact and liberal European principles began to influence some Argentine minds more inclined to a centralized government, as had been the rule since colonial times. At the same time, the powerful local Caudillos that in fact ruled the provinces were more inclined to populist, autonomous rule. These trends, opposite in many respects, soon paved the way to a clash that lasted approximately thirty-six years. This clash is characterized by the development of two frustrated national Constitutions (1819 and 1826), national anarchy, civil revolts and dictatorship (from 1829 to 1852) that restricted the press, neglected education, confiscated property and persecuted political opponents into execution or exile. In the midst of such conflict and despite the dictatorship rule, a young group of intellectuals gathered around poet, writer and public figure of the time, Mr. Esteban Echeverría, to discuss legal and political ideas and philosophy. These intellectuals comprised the so-called Generation of 1837, which was committed to liberal principles, private property and representative government, and laid the roots from which a unified and democratic nation could grow.

2. The Argentine Constitutional Framework

In 1852, after Justo José de Urquiza defeated dictator Juan Manuel de Rosas (in power since 1829), young jurist, Juan Bautista Alberdi, prepared a draft national constitution. The document, "Bases and Starting Points for National Organization,"[1] is a profound study of Argentine history, and in its final pages offered a draft National Constitution that was modeled mainly upon the United States Constitution and European ideas. Alberdi's draft strongly influenced the framers of the Constitution, which was finally approved in 1853. The Constitution, despite its novelty, maintained certain colonial political structures, following the path of previous Argentine constitutions. Thus, even though the Constitution established a federal system, it conferred large powers to the President, National Congress and Federal Courts, and facilitated a centralized government. Buenos Aires, the largest and wealthiest Province, did not agree with the Constitution's terms

1. JUAN BAUTISTA ALBERDI, BASES Y PUNTOS DE PARTIDA PARA LA ORGANIZACIÓN NACIONAL 15, IN X OBRAS SELECTAS (Librería de la Facultad de Juan Roldán ed. 1920). For a quick historical background that preceded the Constitution enacted in 1853, see JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, MANUAL DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA 24 (Ángel Estrada y ca., 1897); and JULIO B. LAFONT, 2 HISTORIA DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA (El Ateneo ed. 1935).

because of competing economic and political interests – a disagreement that brought about serious confrontations between Buenos Aires and other Provinces. As a result of that tension, Buenos Aires ultimately seceded from the confederation, giving birth to several years of political disputes and a civil war. Finally, once Urquiza's forces were defeated in the battle of Pavón in 1859, the Province of Buenos Aires agreed to join the Argentine Confederation.

As a predicate to membership, Buenos Aires required a Constitutional Convention to reexamine the National Constitution of 1853. In 1860, the National Convention adopted many of the Buenos Aires Constitutional Convention's proposed amendments, this time remarkably inspired by the United States Constitution. In this adoption, the amendments curtailed some national powers that favored provincial governments and narrowed the federal courts' jurisdiction.

3. The United States Influence on the Argentine Constitution of 1853-1860

The U.S. Constitution, and the federal jurisdiction established therein, exerted a powerful influence on the Argentine Constitution.[2] Both the U.S. Constitution and Argentine Constitution of 1853-1860 establish a republican form of government based on the principle of separation of powers. The federal system adopted by the Argentine Constitution is an attenuated version of the American system: The National (or Federal) Government has certain powers and the Provinces retain all those powers not delegated to the former or expressly reserved by the Provinces for themselves.

The organization of the federal judicial power under the Argentine Constitution is strikingly similar to that of the United States Constitution. As in the United States, Argentina has both federal and provincial court systems with a National Supreme Court as the high court of the federal system. Specifically, Article 108 of the Argentine Constitution vests the judicial power in one Supreme Court and inferior tribunals. According to Article 110, the justices of the Supreme Court and of the lower courts shall hold

2. For a comprehensive study on the sources of the Argentine Constitution, see MANUEL JOSÉ GARCÍA-MANSILLA & RICARDO RAMÍREZ CALVO, LAS FUENTES DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PÚBLICO ARGENTINO (2006). The fundamental documents of the United States (the Declaration of Independence, the Articles of Confederation, the U.S. Constitution and the constitutions of several states) have been known in the Río de la Plata since approximately 1811 due to the distribution of Thomas Paine's COMMON SENSE AND OTHER WRITINGS. *See* LA INDEPENDENCIA DE LA COSTA FIRME JUSTIFICADA FOR THOMAS PAINE TREINTE ANOS HA 151-253 (Manuel García de Sena trans., 1811); Ricardo Zorraquín Becú, *La Recepción de los Derechos Extranjeros en la Argentina Durante el Siglo XIX*, REVISTA DE HISTORIA DEL DERECHO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES DE HISTORIA DEL DERECHO 325, 329 (1976).

office as long as they maintain their good behavior and shall receive for their services a compensation that shall be determined by law and which, according to the Argentine Charter, cannot be diminished "in any way" during their tenure. Articles 116 and 117 further establish the jurisdiction of the federal courts. Article 116 is cast in terms nearly identical to Article III, Section 2 of the United States Constitution.

These similarities were not accidental. One reason the National Convention amended the 1853 Constitution in 1860 was to follow the track the United States Constitution, which at that time was generally acknowledged as the best ideological framework carried to fruition. Without the U.S. background, the Argentine Constitution would have contained many meaningless sections.

This same modeling similarly appears with respect to the Supremacy Clause, contained in Article 31 of the Argentine Constitution and Article VI of the U.S. Constitution. In both Constitutions, the Federal Constitution is specifically designated to be the supreme law of the Nation. But neither document expressly established who or what body is empowered to decide, with final authority, whether a piece of legislation, federal or provincial, speaking broadly, is contrary to the former. This notwithstanding, both Supreme Courts, based on similar reasoning, have considered that the power of judicial review was embodied in the Constitution. More specifically, the Argentine Supreme Court has heavily relied on the famous U.S. case *Marbury v. Madison*[3] and its progeny to affirm the power of courts to determine the constitutionality of legislation.

When interpreting Article 116 of the Argentine Constitution, the Argentine Supreme Court has referenced U.S. constitutional case law and discussions relating to Article III of the United States Constitution. In fact, in one of its earliest decisions rendered in 1865, the Supreme Court of Argentina stated that there was no basis to believe that the drafters of the Argentine Constitution had Spanish legislation in mind when drafting the Argentine Constitution. The Court stated that it was evident that the Argentine framers sought to imitate the Constitution of the United States. Therefore, the Court looked to United States constitutional principles and case law in order to properly determine the scope of Argentine federal courts' jurisdiction.[4]

Due to the foregoing reliance on United States Supreme Court precedent and bearing in mind that the first statute regulating Argentine Supreme Court appellate jurisdiction also drafted took into account the first United States

3. 1 Cranch 137 (1803).

4. Gómez c. La Nación, Corte Suprea de Justicia de la Nación [CJSN] [National Supreme Court of Justice], Apr. 24, 1865, Fallos 2:36 (1865) (Arg.).

Judiciary Act, Section XXV, of 1789,[5] several North American judicially created doctrines have also fructified in Argentine soil. Specifically, it is worth mentioning certain jurisdictional requirements that regularly serve the purpose of limiting the access to the federal judicial power. Among those requirements are the doctrines of standing (plaintiff must demonstrate that he or she has suffered or imminently will suffer an injury),[6] mootness (the dispute between the parties must be an actual one even though such controversy might have existed at one time),[7] ripeness (the dispute must not be premature for review or has not yet occurred),[8] advisory opinions (there must be an actual dispute between adverse litigants)[9] and political questions (conflicts that the court considers to be out of its constitutional reach and that must be decided exclusively and with finality by the political branches).[10] Apart from the foregoing cases, which may be raised by the court *sua sponte*

5. In 1860, the government committed a young lawyer, Manuel Rafael García, to Washington D.C., in order to learn how the federal judiciary had been organized in the United States. As a result of that study travel García wrote a series of articles where he analyzed the Judiciary Act of 1789 and the sections that could be adapted to our system. President Mitre handed down some of those studies to *La Revista de Buenos Aires* for publication. See, for instance, *Estudios sobre Derecho Federal Jurisdicción de las Cortes de Distrito*, 260, I *La Revista de Buenos Aires* and *Estudios sobre la Justicia Federal Americana. En su Aplicación a la Organización Constitucional Argentina* 94*,* X *La Revista de Buenos Aires.* García also wrote a book on that very subject. *See* ESTUDIOS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA FEDERAL NORTE AMERICANA A LA ORGANIZACIÓN CONSTITUCIONAL NACIONAL (Imprenta de Andrés Bettini, Florencia ed., 1863).

6. Compañía Sancinea de Carnes Congeladas c. La Municipalidad de la Capital, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 6, 1920, Fallos 132:101 (1920). (Arg.)

7. Law No. 27, art. 2, promulgated Oct. 13, 1862 (Arg.), http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=116333; de Oca, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Mar. 27, 1865, Fallos 1:455 (1864) (Arg.); Silverio Bejarano, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Oct. 31, 1872, Fallos 12:372 (1872) (Arg.); Vitón c. Ugarte, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Oct. 12, 1905, Fallos 103:53 (1905) (Arg.).

8. Bermay y otro c. H.J. Navas y Cía. S.A., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Sept. 20, 2005, Fallos 328:3373 (2005) (Arg.); de Majo c. ANSeS, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Oct. 28, 2008, Fallos 331:2353 (2008) (Arg.).

9. See Senator Zapata statements as to the jurisdiction of the federal courts, Argentine Senate Chamber 222, year 1857. Dr. D. José Roque Pérez, en representación de la Provincia de Mendoza, reclama de una sanción del Senado de la República, que anuló la elección de un legislador hecha por la Legislatura de aquella, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], October 26, 1865, Fallos: 2: 253 (1865) (Arg.); Guillermo H. Moores y otros representantes de empresas de Tramways, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], August 5, 1886, Fallos: 30: 281 (1886) (Arg.); Procurador Fiscal del Juzgado Federal de Salta, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], February 10, 1930, Fallos: 156: 318 (1930) (Arg.).

10. Cullen c. Llerena, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Sept. 7, 1893, Fallos 53:420 (1893) (Arg.).

or *ex officio*, the general rule is that constitutional issues must have been timely raised by the parties to the lawsuit, though this principle may have been narrowed in recent times.[11]

Furthermore, it must be highlighted that during the first twenty-five years of Argentine constitutional jurisprudence, express legislative commands required Spanish translations of many books on United States constitutional law authored by George T. Curtis, Luther S. Cushing, Frederick Grimke, James Kent, Francis Lieber, George W. Paschal, John N. Pomeroy, Joseph Story and the famous The Federalist Papers.[12] The Argentine Supreme Court frequently cited these works, as did inferior courts, newspapers, and the Argentine Congress.

However, there is a remarkable difference between the United States and the Argentine constitutional systems resulting from Article 67, Section 11 of the Argentine Constitution of 1853-1860 (today Article 75, Section 12). This provision expressly authorizes the Argentine Congress to enact national civil, commercial, penal, mining and labor codes and social security laws. Once the Argentine Congress enacts a code, the provinces are barred from regulating matters covered by the law. This provision is peculiar to the Argentine Constitution and recognizes its pedigree in European ideas. On one hand, Spanish law governed colonial Argentina, with some laws specially enacted for the colonies (*Leyes de Indias*, *Novísima Recopilación de Leyes de España, Ley de Partidas*, etc.). Thus, the argument goes as follows: In matters of civil, commercial, penal and mining concern, among others, Argentine culture dictated general rules for the whole country, despite its vast territory, and the federal system adopted. On the other hand, the code methodology was considered the best way to commit this enterprise due to French influences, particularly the Napoleon Code.

Argentina consequently enacted the Civil Code (in effect since 1871) that was considered, as in many other Civil Law jurisdictions, the spine of the law.[13] However, in order to attenuate its centralist force, this section contains a clause by which judicial cases grounded on those codes will be

11. See *infra*, Part IV.3.3.

12. *See* Law No. 55, promulgated Sept. 27, 1855 (Arg.), http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=280931; Law No. 109, promulgated Sept. 28, 1864 (Arg.), http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=281084; Law No. 375, promulgated June 17, 1870 (Arg.), http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=281340; Law No. 380, promulgated July 8, 1870 (Arg.), http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=281345; Law No. 501, promulgated May 28, 1872 (Arg.), http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=281450; Law No. 616, promulgated Sept. 3, 1873 (Arg.), http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=281558.

13. The Civil Code and the Commercial Code were recently restated and fused in the National Civil and Commercial Code, in effect since August 1st, 2015.

litigated in provincial courts if the case falls within their jurisdiction. So, provincial courts are sovereign in interpreting these codes and, according to Article 100 (Article 116 today) of the Constitution, cases arising under them will not be reviewed by the Argentine Supreme Court despite being enacted by Congress.[14]

As is apparent from this quick survey, and apart from those provisions that were taken from or inspired by Argentine colonial past and European ideas, the United States Constitution and U.S. constitutional law influence has been deep and remarkable since the start of Argentina's founding as a constitutional and independent state. This influence is notorious in Argentina's constitutional text and Supreme Court precedents, and on which I will retake further below.[15]

4. European and Latin American Influences on the Argentine Constitutional Text

The Executive Power, exercised by a President, is an idea taken from the United States Constitution. But Argentine presidency holds much more power than in the United States. This difference is due to the Framers' reliance on Argentina's centralist past and culture.[16] On the other hand, the Argentine Constitution of 1853-1860 contains a vast and generous declaration of individual rights and guarantees including the following: freedom of association, freedom of expression and freedom of the press

14. *See* CONSTITUCIÓN NACIONAL [CONST. NAC.] ART. 116 (Arg.), http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm. Article 116, translated into English, states as follows:

> The Supreme Court and the inferior federal tribunals of the nation have jurisdiction over and decide all cases dealing with matters governed by the Constitution and the laws of the Nation, with the exception provided by article 75 (12); and by treaties with foreign nations; all suits affecting ambassador, public ministers and foreign consuls; with cases in admiralty and maritime jurisdiction; with cases to which the Nation is a party; with cases between two or more provinces; between one province and citizens of another province; between citizens of different provinces; and between one province or its citizens against a foreign State or citizens.

Id. ("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 inciso 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.").

15. *See* Jonathan M. Miller, *The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith,* 46 AM. U. L. REV. 1483 (1997) (providing an exhaustive survey of Argentina's reliance on U.S. texts); GARCÍA-MANSILLA & CALVO, *supra* note 2.

16. ALBERDI, *supra* note 1, at 166.

without prior censorship (Article 14); the right to private property (Article 17, ¶ 1); the right to just compensation in cases of expropriation for causes of public use (Article. 17, ¶ 2); freedom of the press (Article 23); and the right of defense and the right to be trialed by permanent courts and not by special "ad hoc" commissions (Article 18). The domicile, written communications and private papers shall not be violated, and an act shall establish in what cases and under what circumstances their search and occupation shall be authorized (Article 18). Further, no person shall be obligated to testify against himself (Article 18); and no person shall be arrested except upon a written order issued by competent authority nor shall be punished without a previous trial according to the law in effect at the time of the charged facts (Article 18).

The Constitution also guaranteed the abolition of slavery, humane treatment of prisoners and suppression of the death penalty for political crimes (Articles 15 and 18). The Constitution further establishes equal protection of the law for "all" of Argentina's "inhabitants" (Article 16). These rights and guarantees are explicitly granted to foreigners, including the freedom of religion (Article 20). Article 19, inspired by French ideas, establishes that no person is obligated to perform what the law does not require, nor can any person be prohibited from doing what the law does not forbid. This Article also provides that private actions that neither offend public morality nor harm third persons are exempt from the magistrate's judgment and reserved only to God. Moreover, Article 33, directly inspired in the Ninth Amendment of the U.S. Constitution and the natural rights doctrine, provides that the enumeration of all the above referred rights could not be construed as a denial of other unenumerated rights. It further guarantees the republican form of government, born from the sovereignty of the people's principle.

As the foregoing discussion demonstrates, the Argentine Constitution contains a comprehensive Bill of Rights intended to wipe out old, specific and indigenous practices (e.g., the death penalty for political reasons, torture, inhumane treatment of prisoners, confiscation of property, trial by *ad hoc* commissions, etc.). Some of these rights were not expressly included in the United States Constitution at that time (1860) and others were mainly inspired by The French Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789.

Argentine legal culture is and has also been strongly influenced by Civil Law countries. French law is the root of Argentine civil law. Administrative law is an area that received different influences from France, Spain and, in minor degree, Germany and Italy. Commercial law (commercial papers, corporations and bankruptcy) and Procedural law have historically

incorporated multiple European influences, mainly from Spain and Italy. Moreover, Argentine scholars frequently rely on novel European developments in these areas.

5. Further Constitutional and Political Developments

The so-called 1853-1860 Constitution remained in force with very small amendments until 1949 when Perón's government proposed and obtained several crucial reforms. After Perón was overthrown by a *coup d'etat* in 1955, the revolutionary government nullified the reforms and reinstated the 1853-1860 Constitution. In 1957, a National Convention decided to maintain the 1853-1860 Constitution and introduced a new amendment that incorporated the so called "social" rights (for example, participation of employees in the companies' profits; same work-same salary right; right to associate to free and democratic workers unions; right to minimum wages; right to paid vacations; and right to pension.). It is noteworthy that the Supreme Court considers Article 14, the clause incorporating these rights, as non-self-operative. Thus, intervening laws are necessary for the rights to become effective. The Constitution was amended once again in 1994. This time, the basic structure of individual rights and institutions were left untouched, but the amendments incorporated new rights, institutions and the supremacy of some international treaties.[17]

II. ARGENTINE CIVIL LAW TRADITION

It is commonly said that Latin American countries, Argentina among them, belong to the Continental, Civil or Roman Law tradition, as opposed to the Common Law tradition. Inherent in this comparison is the often repeated idea that in our legal systems a judgment is not a source of law. Instead, as the argument goes, a judgment decides a conflict between parties by applying pre-existing law – statutes, executive orders, administrative general regulations, municipal ordinances and many other general regulations enacted by the political branches of government, whether federal, provincial or municipal. So, the "law" applied by courts, generally speaking, emanates from the political branches, not from the judicial branches. Lawyers today know that this notion is an exaggeration, for it does not accurately describe what judges actually do today. In fact, judges have a considerable margin of creation from principle, in cases not specifically

17. Alejandro M. Garro, *Judicial Review of Constitutionality in Argentina: Background Notes and Constitutional Provisions*, 45 DUQ. L. REV. 409, 410-11 (2007); Néstor Pedro Sagüés, *An Introduction and Commentary to the Reform of the Argentine National Constitution*, 28 U. MIAMI INTER-AM. L. REV. 41, 56 (Keith S. Rosenn trans., 1996).

regulated by statutory law. These principles evolve from controversies in a which solution depends on the application of standards or a reinterpretation of ambiguous or vague rules. Nevertheless, the preconception that judges only apply pre-existing law remains in force and continually operates in the background of legal understanding.

Related to the idea that judges only apply the law, is the concept that judges are, in Montesquieu's terms, "the mouth of the law;" a notion entrenched in this tradition and consolidated by the process of codification that followed the Napoleon Code of 1804.[18] According to the Napoleon Code, the judge's only function is to decide legal controversies by applying rules enacted by the legislator. The general opinion was that the legislative body was the authentic interpreter of the law.[19] This idea fructified not only because Argentine jurists of the time knew Montesquieu's Spirit of the Law, but also because after the independence, as in France after the 1789 Revolution,[20] the Bar greatly distrusted the Administration of Justice.

Finally, though a judgment is not a source of law, judges and continental lawyers share another legal concept, namely, *jurisprudencia*. Nevertheless, problems arise in attempting to grasp a precise meaning of *jurisprudencia*. Historically, the word was used as a synonym of science of the law,[21] but in today's common parlance, a very general use of this expression is connected to a collection of judicial decisions. Still, on certain occasions, it is employed to refer to the decision adopted in a previous case ("It exists *jurisprudencia* in the sense that . . . ."). Other times, one will find the expression related to a previous decision rendered by a court of appeals *en banc*, deciding the meaning or scope of a statute or code's article (*jurisprudencia* or *sentencia plenaria*). Typically, authors do not spend time in clarifying in what sense they use the word.

---

18. CHARLES-LUIS DE SECONDAT, BARON DE LA BREDE ET DE MONTESQUIEU, EL ESPÍRITU DE LAS LEYES 194 (Nicolás Estevanés trans., Heliasta 6th ed. 1984) ("Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el vigor de la ley misma.").

19. Abelardo Levaggi, *La Interpretación del Derecho en la Argentina del Siglo XIX*, 7 REVISTA DE HISTORIA DEL DERECHO 23 (1980).

20. *See generally* JOHN P. DAWSON, THE ORACLES OF THE LAW 263 (William S. Hein & Co. ed. 1968) ("My thesis will be that modern French Theories as to the role of judges are not a reflection of Roman law but a reaction against the excessive power and pretensions of the French judiciary under the old regime.").

21. *See* Víctor Tau Anzoátegui, *Los Orígenes de la Jurisprudencia de los Tribunales en la Argentina* 319, *in* 6 REVISTA DE HISTORIA DEL DERECHO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES DE HISTORIA DEL DERECHO (1978), http://inhide.com.ar/portfolio/revista-de-historia-del-derecho-no-6-ano-1978/.

In Argentina, prestigious scholars have given their own meaning to the word *jurisprudencia*. Carlos Nino, a legal philosopher, said that:

> As to precedents, it is obvious that in our system (of European continental kind) they don´t have a decisive relevance. In our country judges look for guidance in the jurisprudencia but generally speaking they don´t consider that precedents have imperative force over future decisions. On the other hand, in our country the 'jurisprudencia' . . . is not established with only one decision, but it is necessary a set of consonant decisions.[22]

Palacio, a procedural law scholar, considered that "in its more accepted meaning, '*jurisprudencia*' refers to the consonant way in which judicial organs express when deciding similar cases . . . '*jurisprudencia*' lacks the degree of bindingness that a statute has."[23]

These ways of understanding *jurisprudencia* is very similar in other civil law jurisdictions.[24] In all of those jurisdictions, one finds two common ideas, namely, the necessity of repetition of similar cases decided alike and the merely persuasive character of those decisions. As Ruiz Miguel y Laporta has stated, "[A] judgment ignoring or not respecting jurisprudence [rectius, case law] is not considered unlawful, but simply subject to discussion and only to a possible reversal by the Supreme Court."[25] Generally speaking, the same can be predicated in Argentina. These are, in general terms, entrenched ideas that civil law countries commonly share. Of course, the reception and evolution of those ideas may have had a different impact in each jurisdiction. However, it is undeniable that those ideas are part of this legal tradition and operates consciously or unconsciously in its legal background.

As a byproduct of those beliefs, generally speaking and bearing in mind the exception that will be considered further, in the judicial field, continental jurists have systematically neglected the critical analysis and the rationale in support of judicial decisions.[26] Their interests and intellectual efforts have

---

22. CARLOS S. NINO, INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO 152 (Editorial Astrea 2d ed. 1980).

23. LINO E. PALACIO, DERECHO PROCESAL CIVIL 139-140 (Abeledo Perrot 3rd ed. 2011).

24. For a French approach to the multifaceted word *jurisprudence* see MITCHEL DE S.-O-. L'E. LASSER, JUDICIAL DELIBERATIONS: A COMPARATIVE ANALYSIS OF JUDICIAL TRANSPARENCY AND LEGITIMACY 37 (2009) ("The issue then becomes how the French define the term *"jurisprudence"*. In French legal terminology *jurisprudence* may mean a court's (1) past decisions, (2) precedents, or (3) judicial doctrine on a particular legal issue.").

25. Alfonso Ruiz Miguel & Francisco J. Laporta, *Precedent in Spain* 274, *in* INTERPRETING PRECEDENTS (D. Neal MacCormick & Robert S. Summers eds., 1997). In this text, the authors mistakenly use the English word "jurisprudence" to mean case law. Here, I have preferred to use the Spanish word *jurisprudencia* to mean case law, because of the different meaning that the word "jurisprudence" has in common law countries.

26. The neglect of precedent analysis can be easily observed in the judgments of European countries. As the Italian professor Michele Taruffo said:

been directed to statutes and codes, its method of interpretation and jurisprudential developments derived from them.

The same has happened in Argentina. Even though courts frequently quote previous decisions, the way they tend to do so is manifestly irrelevant. One common way of doing it is as follows: after arriving to a legal conclusion, the Court may, between parentheses**,** add "see" or "same," followed by the citation of one or several previous decisions rendered by the same or different court and the date of the decision, either published or not.[27] It does not take a huge effort to come to the conclusion that this kind of quotation lacks any analysis of the referred decisions and, on many occasions, they are difficult to find (courts do not always mention where the judgment is published, if it is at all). It's safe to conclude, that in those cases, judgments play a mere ornamental function.

On other occasions, Courts use, cite, quote or rely on case-law in order to establish what is the *jurisprudencia* in any area of the law. But those uses frequently lack emphasis on the facts and on their relevancy or irrelevancy or on the different weight one can recognize to some reasons over others also mentioned in those cases. Even though there have been isolated Civil Law scholars that started analyzing the technical, logical or philosophical underpinnings of *jurisprudencia*, their analyses don't seem to have permeated other areas of the law, the practice of courts or the Law Schools whatsoever. Otherwise, if I were wrong, we should have frequent *Civil Law* examples of judicial decisions in which judges deal skillfully with problems inherent to the analyses of cases, such as defining the holding or *ratio decidendi*, *obiter dicta*, and questions of similarity or dissimilarity of facts.

> Only occasionally and in important cases are precedents thoroughly discussed. Instead, the prevailing practice in Italy, Spain, Norway, Sweden, Germany, Poland and in EC courts seems to be one of merely quoting a precedent or a list of precedents as supporting materials . . . without developing any real argument based upon them. The decision is presented as implicitly supported by the bare quotation of precedents . . . almost without due attention to their specific content.

Michele Taruffo, *Institutional Factors Influencing Precedents*, *in* INTERPRETING PRECEDENTS 455 (D. Neal MacCormick & Robert S. Summers eds., 1997).

27. *See* El Rincón de la Retama S.A. c. Izquierdo, Ricardo Mario, CNCiv, Section A, Dec. 15, 2017, 2018-B LL, 309. ("Por último señalo que, incluso en los aspectos que continúan siendo regidos por la legislación derogada, las disposiciones del Cód. Civ. y Com. de la Nación constituyen una valiosísima pauta interpretativa, en tanto condensan las actuales tendencias doctrinales y jurisprudenciales y expresan además la intención del legislador de nuestros días (esta Sala, 25/6/2015, "C., Jésica María c. B., Carlos Ricardo y otros s/daños y perjuicios", idem, 30/3/2016, "E., Celeste Ester c. De.P., Virginia Gabriela y otro s/daños y perjuicios", Expte. N° 11.725/2013; 11/10/2016, "R., Jorge Oscar c. A., Adrián Bartolomé y otro s/nulidad de acto jurídico" y "A., Adrián Bartolomé y otro c. R., Jorge Oscar s/restitución de bienes", Exptes. N° 47.289//2001 y 38.328/2003; idem, CAC y C. Azul, sala II,, 15/11/16, "Ferreira Rodríguez, Amelia c. Ferreira, Marcos y otra s/desalojo", LA LEY, 2017-B, 109 y RCCyC 2017 (abril), 180; Galdós, Jorge Mario, "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", LA LEY, 16/11/2015, 3.").

And, needless to say, such a habit of careful analysis is generally still absent in our jurisdictions.

As Genaro R. Carrió, former Supreme Court's Chief Justice, clearly stated years ago:

> [A] good technique to correctly support one case on a previous one has not developed among us. We have not been trained in handling the case law as a source of decisions. Contrarily, we are trained in handling statutes.[28]

The lack of expertise in handling cases denounced by Carrió is usually replaced mechanically with hermeneutics that are not strictly apposite to this practice. Carrió continued:

> In spite of analyzing the facts of previous cases in order to verify what was really decided in them, we prefer to derive the solution of the present case from precedent's isolated paragraphs, many times taking them out of their context. Almost always the solution of the case is extracted from the statute and the so called 'doctrine' [29] (sic) of cases supposedly consistent with it is only mention to reinforce that independent inference's cogency.
>
> Indeed, that is a defect not attributable to our judges and jurists. It is attributable to the beliefs lying at the base of our legal system, the Continental European system.
>
> Those beliefs assign an excessive importance of the legislator's role and, at the same time, obscure the judges' role . . . . They don't conceive another way of participating in the legal dynamics than enunciating general rules and no other way of supporting a decision than its syllogistic deduction from a general rule previously put.
>
> From there it is frequent . . . that judicial decisions rest on exceedingly general grounds. There is a kind of attraction to the abstract, a wish to go farther than the facts of the case, using them as a springboard to jump towards constructions of a larger scope.[30]

Finally, legal education in Argentina has been, and still is despite some modern developments, characteristically continental. The principal operating legal concepts are mainly drawn from or developed by analogy to the civil law. And this way of reasoning permeates every area of the Law. Therefore, the general mode of reasoning of an Argentine average lawyers, professors and judges are not geared by precedents but by laws and scholarly works found in treatises, hornbooks or articles. A serious and systematic

---

28. GENARO R. CARRIÓ, RECURSO DE AMPARO Y TÉCNICA JUDICIAL 174 (Abeledo-Perrot 2d augmented ed. 1987).

29. In that context, the word "doctrine" (*doctrina*, in Spanish) may be understood as "holding." But the word *doctrina* is very ambiguous in Spanish and Carrió writes it between quotation marks to stress that character.

30. CARRIÓ, *supra* note 28, at 175-77.

analysis of precedents is, generally speaking, ignored even though in the last years some courses on Constitutional Law have stressed the importance of the Supreme Court case law. This kind of incomplete, lame training has also been criticized by another distinguished scholar, Julio C. Cueto Rúa, who stated many years ago:

Actually, the law teaching in Argentine law schools only partially covers its duty because it stops in the middle of the road. The teaching of abstract structures must be completed with a thorough study of the techniques of interpretation and application and with a detailed study of the judicial experience. In these two latter respects, we are in debt with the students of our law schools.[31]

III. THE FEDERAL JUDICIARY AND THE FOUNDATION OF A DIFFERENT TRADITION

1. Introduction

This extended introduction is necessary to grasp some basic features of Argentine political history and of common beliefs shared today with countries belonging to the Civil Law tradition. Those shared beliefs are particularly strong in private law generally and in some areas of public law (*i.e.*, criminal and administrative law). Those beliefs also function as a filter through which other legal ideas and facts are understood.

However, the Argentine constitutional and federal landscape offers features that markedly differ from that tradition. One of those differences has already been mentioned and it recognizes the strong influence the American Constitution and some of its commentators had over the Argentine Constitution's framers and contemporary political actors, which is reflected in several Constitution Articles and structure.[32] In effect, the whole idea of judicial review, the Supreme Court as a final interpreter of fundamental law with power to declare unconstitutional legislation that opposes the Constitution, the operative character of constitutional guarantees and the structure of a federal government was ostensibly American.

That influence was also abundantly reflected in Supreme Court case law and in lawyers and politicians opinions to the extent that the U.S. constitutional practice, as Miller has shown, was considered a source of authority to interpret analogous Argentine constitutional or judiciary act

31. JULIO C. CUETO RÚA, THE 'COMMON LAW': SU ESTRUCTURA NORMATIVA - SU ENSEÑANZA 225, n.33 (1957).

32. *See* GARCÍA-MANSILLA & CALVO, *supra* note 2.

clauses.[33] The other differential trait with the Civil Law tradition is going to be found in the Supreme Court's treatment of prior cases since its early beginnings. Its mode of reasoning clearly moved it away from the Civil Law tradition. The best way to grasp those differences is to focus on the Supreme Court, its recording of decisions and the way the Court adjudicated cases from its establishment until today.

2. The Supreme Court Recording and Reporting of Cases

Since its establishment in October 1863, the Argentine Supreme Court officially published its judgments and collected those reports in a set of volumes generally referred as *Fallos*.[34] This fact, today trivial, was very unusual in the XIX Century among Latin American countries. During its colonial past, judgments, which usually do not express any grounds but a short indication about the claim and the court's final decision, were secretly kept by the Court's President—their publication was forbidden.[35]

Contrarily, since 1863 Supreme Court's judgments were officially published by it, along with the appealed rulings rendered by inferior federal courts or by highest courts of the provinces. Sometimes, the Supreme Court decision was preceded by a Clerk's note summarizing the case. Besides, all the decisions of the year were later gathered in bound volumes with a subject-matter index in the back that referred to the cases in the volume.[36] In the

33. Miller, *supra* note 15, at 1544.

34. The original full title of the Argentine Supreme Court records are *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y su relación de las respectivas causas.*

35. I will refer to this practice *infra* section III.4. Now, suffice it to say that this prohibition originated in a *Real Cédula* of Spanish King Carlos III of 1778, reiterated in the Spanish restatement of laws called *Novísima Recopilación* (1805) that was applicable in colonial and post-colonial times. LUIS MÉNDEZ CALZADA, LA FUNCIÓN JUDICIAL EN LAS PRIMERAS ÉPOCAS DE LA INDEPENDENCIA 472 (1944) ("During the last colonial days a rigorous secret as to the decisions' text was kept. Remember that item 13 of Audiencia de Buenos Aires Ordinances established '. . . that our President kept a Conference Book [Libro de Acuerdos] which briefly contained his opinions and his brethren's [Oidores]. The conference should be secret (Book forth, title fifth, Law 6, Nov. Recop."). The *Audiencia de Buenos Aires* was the name given to the court of appeals. The only exception to this prohibition was the case of the Tribunal of Extraordinary Writs (*Tribunal de Recursos Extraordinarios*) that acted as a court of last resort in certain cases between 1838 and 1852. As will be shown later, this Court was legally obliged to publish its decisions, which had to be reasoned. *See id.* at 433 ("It is curious to note that it was during the very time of Rosas dictatorship that for the first time a legislative act established the obligation of grounding a judgment . . . Art[icle] 14 of that statute [a law promulgated on December 6, 1838] ordered: 'there shall not be any further appeal from the Tribunal's judgment, which shall be founded, and which will be notified to the Governor for its publication together with the antecedent judgments.'").

36. Nowadays, the Court does not publish the previous decisions of the courts which judgment is appealed. Neither massively publishes hard copies of volumes, except for just a few. All the decisions can be obtained via the internet, from the Court's web page (www.csjn.gov.ar). There is

beginning those volumes were freely distributed among federal courts and public libraries, later they were distributed among the provincial courts and sold to the public. The Supreme Court's decision to proceed this way was expressly adopted following the U.S. Supreme Court practice.[37]

3. Origins of a New Style of Adjudicating Cases

In 1864, six months after its establishment, the Supreme Court of Argentina decided the *Tomkinson & Co.*[38] case, a customs dispute in which the Customs Office claimed that the plaintiff, an imports company, had made a false declaration as to the goods imported as required by the applicable statutory law. After expressly discarding plaintiffs argument that the customs declaration contained involuntary mistakes, the federal judge said: "[B]esides, apart from the reasons stated above, the instant case is already decided by the Supreme Court case law, because it is entirely identical to the Thomson Co. warehouse case where the Supreme Court upheld the Custom's decision that ordered the payment[.]" Notwithstanding that this statement may be considered an *obiter dictum*, the language employed was compelling: "the instant case is already decided by the Supreme Court case law."[39]

The plaintiff appealed to the Supreme Court and, among other assertions, contested the similarity of cases alleged by the inferior court. After reciting the relevant facts of the case, the parties' arguments and the previous decision by the district court, the Supreme Court treated the question of similarity in the first place and endorsing the prior court ruling decided: "it is not inferable that the present case is of different nature than the *Tomkinson* & Co. case so as to decide it based on different principles."[40]

Neither the Supreme Court nor the district court explicitly supported in custom, laws, or the Constitution their decision to follow the prior decision

---

a specific office within the Supreme Court, namely, *Oficina de Jurisprudencia*, which prepares the case syllabus and the judgment for web publishing.

37. In the Preface of the first volume, the Court's Clerk, José M. Guastavino, introduces the publication and says, among other things, that "[a]s it happened in the U.S., this publication will be in Argentina the great book, the great school which will attend everybody and particularly judges, legislators, lawyers and students to study decisional law, the Constitution and the perfection or imperfection of statutes." José M. Gustavino, Preface, *in* FALLOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA NACIONAL 1: iv (1863).

38. Tomás Tomkinson y Compañía y el Fiscal, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Apr. 26, 1864, Fallos 1:148 (1864) (Arg.).

39. *Id*. at 153 ("Que, además de las consideraciones espuestas [sic], el presente caso se halla ya decidido por la Suprema Corte de Justicia, pues es enteramente idéntico al de la casa de Tompson y compañía en el cual se confirmó la resolución de la Junta de Comisos, que condenaba al pago de la diferencia.").

40. *Id*. at 156 ("Primero: que de la circunstancia espresada [sic] en la primera observación, no se deduce que el presente caso sea de distinta naturaleza y deba resolverse por otros principios[.]").

rendered in a similar case just because such a precedent existed, a weird path for justices that did not belong to the Common Law tradition. But it is apparent that for both courts the similarity of cases was reason enough, actually the first reason laid down by the Supreme Court, to decide both cases alike.

Besides, the Supreme Court did not explain why it stated in detail the facts of the case and previous procedural contingencies. As I have already stated, this was also a temperament that had not been regularly observed in the past. In any case, where was that practice rooted?

4. The Previous Legal Background and its Critics

The first answer to that question, as I have inferred some years ago, is the strong bearing the U.S. Constitutional text and practice exercised over the framers of the Argentine Constitution. We should also bear in mind that the first Argentine judiciary statute of 1863, Law No. 48, that designed the federal courts jurisdiction, including the rules to apply to the Supreme Court from the district and provincial courts, was modeled after the U.S. Judiciary Act of 1789. The familiarity of the Justices and district judges with those texts and case-law may have decided them to borrow that practice for themselves.[41] However, a deeper historical research reveals other part of this story.

As stated above, many Spanish laws, substantive and procedural, remained in force well after the independence.[42] One of those rules, enacted by Carlos III, King of Spain in 1778, prohibited to state the reasons which supported the judgment in order to prevent, among other motives, the "*litigants' ruminations*."[43] As a consequence of the latter the most important court in Buenos Aires in colonial times, the *Audiencia de Buenos Aires* enacted a rule that stated "that our President shall hold a book of Audiencia's conferences (under oath of having it secret) in which he briefly shall state his opinions and the Oidores [*i.e.*, his peers].'"[44] Usually, the extension of courts' judgments was extremely brief. They occupied one short paragraph

41. ALBERTO F. GARAY, LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE EN LA CORTE SUPREMA 26 (2013).

42. *See supra* section. I.1.

43. Real Cédula de Carlos III de 23 de junio de 1778, Chapter V ("I order to cease the practice of motivating judgments limiting themselves to state the decision arrived . . . to prevent the harms experienced by the Mallorca Court [*Audiencia de Mallorca*] derived from grounding its decisions, giving room to the ruminations of the parties, time consuming because the judgment restates the proceedings and costs to the parties[.]"); *see* A. MURILLO VILLAR, ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL DERECHO ESPAÑOL, TEORIA E STORIA DIL DIRITTO PRIVATTO V, 45 (2012); CALZADA, *supra* note 35, at 442.

44. CALZADA, *supra* note 35, at 442.

in which the judge stated in just a few words the plaintiffs' claim and the decision of the Court.[45] The decisions did not refer to prior cases either. Furthermore, the secrecy and writing style hardly gave room to the practice of supporting today's decision in the one rendered yesterday in a similar case as did the Supreme Court and the federal court in *Tomkinson & Co.* case.

The legislation that had given room to this style was bitterly criticized by lawyers and journalists of the time who repudiated the Spanish legislation and its aftermath. In 1832, Valentín Alsina strongly argued against that practice. Some of his reflections were as follows:

> If for the enactment of a statute it is necessary for the legislator to state its motives, much stronger is the necessity of that statement when it deals with the application of that very statute. This is the only way to prevent mistakes or arbitrariness, and to give effect to the judge responsibility, that in our system in force I believe it is unrealizable, chimerical and nominal. Nothing has the judge to be afraid of when he does not have to ground his decisions. The aggrieved party cannot complain of nor can she accuse him when ignores the foundations . . . . It will happen many times that in complicated affairs or very long proceedings, the judge renders his decision without reading [the record]: his laziness or mismanagement will always remain hidden and unimpeachable . . . . Explaining the Judge the grounds for his decision one obtains another valued advantage; namely to facilitate to the party the possibility to challenge it properly[.][46]

---

45. *Id*. at 444.

46. *See* Valentín Alsina, *Reflexiones Breves sobre la conveniencia de que los jueces funden sus sentencias, y la de que se examinen y voten separada y consecutivamente las diversas cuestiones que haya en una causa*, *in* Víctor Tau Anzoátegui, *Acerca de la Fundamentación de las Sentencias en el Derecho Patrio*, 13 REVISTA DEL INSTITUTO DE HISTORIA RICARDO LEVENE 181, 192, 194 (1962), http://www.derecho.uba.ar/investigacion/revista-historia-del-derecho/rihdrl-13-1962.pdf. Most of the translations in this article are my own. Some of them had to be adapted to provide more clarity or to adapt ancient language. In note, I offer the original version in Spanish:

> Si para la sanción de una ley importa que el legislador esponga [sic] previamente sus motivos, con más razón importa esa esposición [sic] cuando se trata de la aplicación de ella. Este es el único modo de evitar errores o arbitrariedades, y de hacer efectiva la responsabilidad judicial, que en nuestro actual sistema, la creo irrealizable, quimérica y nominal. Nada puede temer el juez cuando no tiene que fundar sus pronunciamientos. La parte agraviada no puede acusarle ni quejarse, cuando ignora los fundamentos; y cuando quizá la sentencia se funde en alguna razón o ley que ella ignoraba . . . . También sucederá muchas veces que en asuntos complicados, en procesos volumosos [*rectius*, voluminosos], sentencie el juez aun sin leerles: su incuria o desidia quedarrán siempre ocultas y siempre inacusables. Esponiendo [sic] el juez el fundamento de su auto, se obtiene otra ventaja inapreciable; cual es la de facilitar al litigante el impugnarle debidamente.

Id. In this piece, Valentín Alsina also criticized the absence of foundations of many criminal judgments and the incoherent way the Court of Appeals acted when deciding cases by majority vote. In order to eliminate the possibility that despite both votes agrees in the result however they lay contradictory reasons that supported that result, he proposed the judges treat each question under decision separately and subsequently, that is, he was proposing the adoption of the method developed by Condorcet.

A similar critique was years later made by another young lawyer, Miguel Estéves Saguí.[47] Both Alsina and Estéves Saguí considered the practice of secrecy and of not expressing the decisions' grounds to be anti-republican and contrary to personal security, the latter a liberal ideal to be attained at that time.[48]

Contemporarily, in 1834, it appeared a journal to be published twice a week, under the direction of another lawyer, Bernardo Vélez.[49] In its first number, Vélez stated that "all the educated nations have taken care of keeping a collection of judicial decisions, because with that measure one gets very sensitive materials for the people."[50] After highlighting the importance of publishing the judgments' justifications and its deterrent effect against the filing of "unjust" law suits, he stressed the importance of making public judicial decisions in order "to present to judges, lawyers and the general public a whole collection of cases . . . to guide themselves with certainty in other identical or similar cases that can happen."[51]

Initially, publishers like Vélez encountered some distrust from the judges and the press, who considered the publication to be a "conspiracy

47. See the doctoral thesis by Miguel Estéves Saguí, *Disertación sobre la necesidad indispensable de que se expresen los motivos y razones que se han tenido en vista para pronunciar las sentencias* (Biblioteca Nacional de Buenos Aires, Colección Candiotti, Tesis de jurisprudencia, T. III, 1836-1837).

48. CALZADA, *supra* note 35 at 458-59. Levaggi argues that all these critics incur in exaggeration and that their main thesis, i.e. the non-founding of judgments, needs several qualifications; *see* Abelardo Levaggi, *La Fundamentación de las Sentencias en el Derecho Indiano* 45, 73*, in* 6 REVISTA DE HISTORIA DEL DERECHO, INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO (1978). For a critical appraisal of the criminal judgments of the time, see OSVALDO BARRENECHE, CRIME AND ADMINISTRATION OF JUSTICE IN BUENOS AIRES 1785-1853 (2006). Generally speaking, there was a profound dissatisfaction with the way the criminal and commercial justice was administered at that time. *See* RICARDO LEVENE, LA ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LA VIDA DE SU FUNDADOR MANUEL ANTONIO DE CASTRO 78 (1941), http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/2018-levene-la-academia-de-jurisprudencia-y-la-vida-de-su-fundador-manuel-antonio-de-castro-1941.pdf.

49. Vélez was a lawyer and journalist. Among the many activities developed (he was also a legislator and a Judge), he was Vice President (1828) and President (1830 and 1831) of the Academia de Jurisprudencia, a prestigious graduate law center of the time attended by most of the lawyers referred in this section. *See* Rodolfo Trostiné, *Noticia Preliminar*, *in* BERNARDO VÉLEZ: ÍNDICE DE LA COMPILACIÓN DE DERECHO PATRIO (1832) Y EL CORREO JUDICIAL (REEDICIÓN FACSIMILAR) (1834) CON NOTICIA PRELIMINAR DE RODOLFO TROSTINÉ xxv-xxvi (1946), http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/2018-velez-bernardo-indice-de-la-compilacion-de-derecho-patrio-y-el-correo-judicial.pdf.

50. 1 *El Correo Judicial* 2, Buenos Aires, Aug. 27, 1834, reprinted in Trostiné, *supra* note 49, at xlvi ("En todas las naciones cultas se ha cuidado con esmero de conservar la colección de las resoluciones judiciales, porque con esta medida se consiguen bienes demasiado sensibles para los pueblos.").

51. Trostiné, *supra* note 49, at xlvii ("La recopilación de estas decisiones presenta á los jueces, á los letrados, y al público todo una colección de casos, y otros tantos ejemplares, para que puedan regirse con acierto en otros idénticos ó semejantes que puedan ocurrirles.").

against the administration of justice."[52] Besides that, he had serious problems of getting the judgments, because the courts were reluctant to hand over the materials despite the fact that he had been expressly authorized by the government to get those decisions.[53] This was the reason why several publications, the one just mentioned among them, short-lived.[54] Nevertheless, the objective these endeavors sought signaled in a different direction from the Spanish past reflecting that lawyers needs and aspirations were changing. They aimed at the judgments and the necessity that they stated the reasons on which the decision rested. They stressed the crucial relevancy of published case-law in attaining the principle of treating like cases alike.

Despite the obstacles just mentioned, lawyers' claims were at last heard and remedied. In 1838, Buenos Aires legislature created a new Court of last resort, the *Tribunal de Recursos Extraordinarios por Nulidad e Injusticia Notoria* (Court of Extraordinary Writs for Nullity and Manifest Injustice), which was obliged to express in the decision the reasons on which it based the judgment. Besides, those judgments should be published and available to the public.[55] The decisions so rendered usually had a modest expression of reasons but a long recital of facts, lawyers' motions and previous judicial decisions. Nevertheless, they represented a serious improvement on style. Despite that innovation, said improvement would not last. After Governor Juan Manuel de Rosas' defeat in 1852, political reasons – though not related to the founding of judgments – led to elimination of this Court.[56]

Notwithstanding the Court's elimination, the necessity to count with better reasoned judgments and its availability to the public became a crucial legal issue. Lawyers begun to organize themselves to offer a more consistent and powerful battlefront on that question. Consistently, some of them launched new magazines which published judicial decisions, praised the importance to take into account what the judges said in their opinions and its exemplar character to solve future similar cases. The lawyers' cause soon disseminated and years later, in 1854, *El Plata Científico y Literario* published a note written by a young lawyer and editor-in-chief, Miguel

52. Trostiné, *supra* note 49, at xlviii.

53. *Id*.

54. Another journal, *El Correo Nacional,* had the same inconvenience in 1827. *See* Anzoátegui, *supra* note 21, at 323.

55. CALZADA, *supra* note 35, at 476.

56. The *recurso extraordinario de nulidad y de injusticia notoria*, had been strongly criticized since 1821. Its mere filing produced a stay of the judgment appealed and this caused the unending delay in finishing the lawsuits. *See* RICARDO LEVENE, VII HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO 436 (Guillermo Kraut ed., 1945); LEVENE, *supra* note 47, at 77.

Navarro Viola, in defense not only of grounding the judgments but also of taking into account the case-law to that effect. He said:

> How much convenient it is for us to study our tribunals decisions, analyze the *causes célèbres* on which they are rendered, criticize those very judgments and form with all these works a body of our own jurisprudence[?] Apart of being that a deterrent for the judicial power and a guarantee for today's people, that guarantee also plays an important role prospectively. The people know that a founded judgment that is rendered today, won't be capriciously contradicted tomorrow by another decision in an analogous case. And, so, the decisions publicity is a guarantee against capricious decisions.[57]

In the same vein, in 1859 the Buenos Aires Bar founded *El Foro*, a journal which published judicial decisions and critical comments on them. It is noteworthy that among the collaborators of this bi-mensual revue was Valentín Alsina, the author of the first critical note on the necessity of stating the grounding of decisions referred to above.[58] Among the editorial board staff were other members who years later would also be appointed Justices of the Supreme Court, such as José Barros Pazos (1863-1877), Marcelino Ugarte (1870-1872), José Dominguez (1872-1887) and Luis Sáenz Peña (1890-1892).[59] Miguel Estévez Saguí, author of an influential doctoral thesis already mentioned on the founding of judgments, written in 1837, was also a staff member.

In a note dated in 1855, but published in 1869 in *La Revista de Buenos Aires*, one anonymous author (later revealed to be Miguel Navarro Viola),[60] went farther and claimed for publishing and recording judgments imitating England and the U.S. He stated:

---

57. Miguel Navarro Viola, *Prospect 3*, *in* 1 EL PLATA CIENTÍFICO Y LITERARIO (1854).

> ¿Cuánto más conveniente no nos es estudiar las sentencias de nuestros Tribunales, analizar las causas notables sobre que recaen, juzgar esas mismas sentencias, é ir formando de todos estos trabajos un cuerpo de jurisprudencia propia? Aparte de ser ello un freno para el mismo poder judicial, y una garantía para el pueblo en el presente, lo es también para su porvenir. Él sabe que una sentencia fundada que hoy se dé, no será mañana caprichosamente contrariada por otra en un asunto igual. Y esa garantía está toda en la publicidad.

Id.

58. *See* Alsina, *supra* note 46. The same Alsina was later appointed President of the Supreme Court in 1863 but he did not accept the post, alleging he was very tired for such a responsibility. Héctor José Tanzi, *El Nacimiento y los Primeros Pasos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1853-1903): El Período de la Continuidad Institucional*, *in* 1 HISTORIA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA 23, 41 (Alfonso Santiago ed., 2013).

59. *See* JONATHAN M. MILLER ET AL., CONSTITUCIÓN Y PODER POLÍTICO: JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA Y TÉCNICAS PARA SU INTERPRETACIÓN 1755 (1987); Tanzi, *supra* note 58, at 2031, app.

60. *See* Vicente Quesada, *Jurisprudencia de las Sentencias*, XXI LA REVISTA DE BUENOS AIRES, HISTORIA AMERICANA, LITERATURA Y DERECHO 92 (1869); Quesada, *infra* note 67 and accompanying text.

> But it is a fact that the best conceived and phrased code gives room to the competing interest of both parties and it is necessary an explanation of it as high as it is the law's origin. That explanation, that new decision, that true applied legislation, is formed by the Courts' decisions. Not any decision but judgments that carry with them the presumption of possible infallibility: the last judgment, that against which there is no other possible appeal according to the law. We found this body of judgments in England, in the United States and we found it in France, where a special journal is consecrated to such a task so useful to a modern bar . . . . What else could a litigant long for knowing what has been decided by the Court of last resort in cases similar to his and knowing his own luck beforehand?[61]

Months later, another lawyer, Vicente G. Quesada, also director of *La Revista de Buenos Aires*, submitted that provincial courts should imitate the national courts in their following precedents.[62] Quesada stressed – against what it was considered anathema for others[63]– the higher court judgments' *inevitable* binding character in future analogous cases. He wrote:

> The national justice case-law is the immovable base on which the laws' application resides. So, once a case is decided and the law applied with a determinate meaning, the people know that analogous cases will be governed by the inalterable holding of those cases.[64]

---

61. Miguel Navarro Viola & Vicente Quesada, *Jurisprudencia de Sentencia*, *in* XIX LA REVISTA DE BUENOS AIRES, HISTORIA AMERICANA, LITERATURA Y DERECHO, 367, 368 (1869) ("Pero cuando es un hecho que el Código mejor concebido y mejor redactado abre ancha brecha á [sic] las pretensiones encontradas de los litigantes, se necesita una explicación tan alta como es elevado el origen de las leyes. Esa explicación [sic], esa nueva decisión, esa verdadera Legislación aplicada, la forman las sentencias de los Tribunales. No tampoco cualquier sentencia, sino sentencias tales que lleven consigo la presunción de infalibilidad posible: la última sentencia en un plkeito, aquella de que las leyes no admiten ya recurso alguno. Esta jurisprudencia de las sentencias la encontramos en Inglaterra, la encontramos en los Estados Unidos, la encontramos en Francia donde un periódico especial se halla consagrado a tarea de tan grande interés para el foro moderno . . . . Qué más querría un litigante, que saber lo que en casos análogos al suyo ha resuelto el último Tribunal y conocer su suerte de antemano?").

62. Quesada, Navarro Viola and Miguel Estéves Saguí had been appointed co-Justices of the Supreme Court in 1865. *See* Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Jan. 9, 1865, Fallos 2:5 (1865) (Arg.). A co-Justice is a person that occasionally integrates the Supreme Court in cases where it is necessary to reach a certain majority to decide a case. These nominations were made once a year and they were later re-appointed several times. For a case in which Estéves Saguí acted as a co-Justice, see Enrique Yateman en representación de una Sociedad compradora de terrenos en Entre–Ríos contra el Gobierno de esta Provincia sobre cumplimiento de contrato, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], May 2, 1874, Fallos 15:7 (1874) (Arg.).

63. Dalmacio Vélez Sárfield, a prominent figure of the time and author of the Argentine Civil Code of 1869, was among the strong opponents of a case law system. *See* Anzoátegui, *supra* note 21, at. 321.

64. Vicente G. Quesada, *Jurisprudencia de las Sentencias*, *in* XXI LA REVISTA DE BUENOS AIRES, HISTORIA AMERICANA, LITERATURA Y DERECHO 92 (1869), https://books.google.com.ar/books?id=P2FFAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#

In the following paragraphs, Quesada relied on XIII Century Castilian law referred to customary law which stated, "We also say that in cases of doubt the law may be interpreted by the costume, so it must be understood as was previously understood by the others."[65] He considered that "the costume" referred in the Castilian law were judicial decisions. To reinforce his argument, he cited Law No. 5 which stated that the costume may be determined by "the opinion, without contradiction, of two persons who know and understand of judging."[66] Then, Quesada held:

> These laws undoubtedly establish the case law as a legal means to decide legal controversies, and from here the importance of making public the judgments, not only because of their ratio decidendi but because like decisions of *two* [italics in original] cases make mandatory to decide the same in following analogous cases. Dr. Navarro Viola stated clearly the advantages of the case law and the necessity to take it as a rule of decision in deciding other cases in an article on this subject published in Volume XIX of this Revue.[67]

The *Corpus Iuris Civile* established the contrary principle in the "*non exemplis*" maxim (v.gr. decisions should be rendered in accordance, not with

---

v=onepage&q&f=false ("La Jurisprudencia de las Sentencias en la justicia nacional es la base inconmovible sobre la cual reposa la aplicación de las leyes. De manera que una vez resuelta una causa y aplicada la ley en un sentido dado, el pueblo sabe que los casos análogos serán regidos por la doctrina inalterable de la jurisprudencia de las sentencias.").

65. *Id.* at 106 ("Otrosí decimos que la costumbre puede interpretar la ley quando [rectius, cuando] acaeciese dubda [rectius, duda] sobre ella, que ansi [rectius, así] como acostumbraron los otros de la entender, ansi debe ser entendida y guardada.") (quoting Law No. 6, tit. 2, pt. 1).

66. *Id*. ("[S]abiéndolo el Señor de la tierra e non lo contradiciendo, é teniéndolo por bien, puedenla facer, é debe ser tenida, é guardada por costumbre, si en este tiempo mismo fueran dados concejeramente dos juicios por ella, de otros sabidores e entendidos de juzgar e non habiendo quién se los contralle[.]") (quoting Law No. 5, tit. 2, pt. 1).

67. *Id*. ("Estas leyes establecen indudablemente la jurisprudencia de las sentencias como un medio legal para decidir las causas litigiosas y de aquí nace la importancia de hacer públicos los fallos, no tan sólo por la doctrina legal que ellos contengan, sino porque con arreglo a lo resuelto en dos juicios debe resolverse en adelante todos los que sean análogos. El doctor Navarro Viola en su artículo sobre esta materia publicado en el tomo XIX de esta Revista, estableció con toda claridad las ventajas de la jurisprudencia de las sentencias y la necesidad de que sirviera de norma en la resolución de los pleitos.").

examples, but with the laws"),[68] and also in other Partida law.[69] But Quesada grounded his defense of the binding character of precedents on *Partidas* laws that clearly conflicted and run against them. He solved the contradiction in favor of the Partida laws mentioned by him and with express support in Navarro Viola's defense of equal treatment to like cases. Similar ideas were held in the Provinces of Tucumán, Mendoza, Salta and Corrientes as well.[70]

5. The Bar Demanded Treating Like Cases Alike

As we have seen, the influential lawyers of the 1830s led a current of opinion that advocated for ameliorating the way justice was administered in the country. A sense of pragmatism, progress, equality, litigant's right of defense and certainty clashed against abstract, old and unjust laws, secretly applied in rulings that didn't express the reasons on which they rested. These lawyers proposed that judgments should be properly founded, public and published, as a guarantee against arbitrary adjudication. Some of them also proposed to elevate the courts of last resort caselaw to a higher standard of respect in order to treat equal cases alike, replicating the experiences of countries like England and the United States.

Although these ideas were rudimentarily exposed at that time, once we remember the influence the U.S. law exercised over the framers of the Argentine Constitution and on judges and Justices, we can better understand the *Tomkinson* case mentioned above. We now see the comprehensive intellectual background that explains why the Supreme Court decided the *Tomkinson* case based on precedent, apart from stating afterword other reasons. We can now understand why a group of judges educated mainly in Spanish law decided a case as a common law judge would have done it, that is, by invoking its similarity with an analogous case previously decided by them. In the following pages, I will examine how this approach evolved.

---

68. The translation is John P. Dawson's. Dawson stressed the idea that the CORPUS IURIS CIVILIS "*non exemplis*" maxim, which established that judicial decisions were mere examples and need not to be followed, was embedded in a clause that was constructed as a parenthesis. He stated:

> The impact of the maxim non exemplis might have been much less if the compilers of the Corpus Iuris had included texts that conflicted with it in a major way. There were a few late imperial constitutions preserved in the Corpus Iuris that did lay stress on judicial practice as an appropriate source of rules of procedure.

DAWSON, *supra* note 20, at 123. Curiously, in 1840, Vélez Sarsfield, the drafter of the Argentine Civil Code of 1869, acting as a lawyer, had opposed to the idea of following prior decisions on similar cases, invoking the "*non exemplis*" maxim and another Partida law that contradicted the one employed by Quesada.

69. *See* Anzoátegui, *supra* note 21, at 321-22, n. 5.

70. *Id*. at 324-25.

IV. HOW THE ARGENTINE SUPREME COURT DEALS WITH ITS OWN PRECEDENT

1. Introduction

The way in which the Supreme Court adjudicated the *Tomkinson* case represented a novelty in Argentine constitutional adjudication. Looking backwards, until then no court had proceeded that way. Looking forward, that novelty was going to turn into an initiating experience. That precedential reliance was firmly embraced by the Supreme Court and, generally speaking, it became the usual way in which subsequent Court's compositions dealt with cases, either interpreting the Constitution or federal law: From then on, Supreme Court Justices would always take into account its own precedents.[71] In doing so, the Court had to face the same kind of problems that any common law court faced. The interesting thing is how the Supreme Court managed to solve those problems. So, the Court began a long journey of change, learning from its own and foreign experience. Let us see what resulted from that and how the Supreme Court behaves today when deciding cases.

2. Different Styles for Speed Adjudication of Cases

The structure and style of judgments varies according to the necessities of the Court and the peculiarities of the case. Today, most cases are ruled on through extremely short decisions. The brevity resembles certiorari denials in the U.S. Even though the law specifically authorizes the Court to proceed in that way, this summary disposition of cases has received complaints from several scholars who argue, generally, that the said disposition is contrary to the due process of law. The Supreme Court has affirmed its constitutionality.[72]

---

71. Miller, *supra* note 15, at 1559, n.556.

72. Articles 280 and 285 of the National Civil and Commercial Procedure Code expressly authorizes the Court to discretionary deny the extraordinary writ (the equivalent to the original writ of appeal before the Supreme Court, Judiciary Act, Section 25) in the absence of a sufficient federal question or when the questions presented result insubstantial or without transcendence. The Court is not obliged to express any reason of denial except the sole mentioning of Article 280. The Court has decided that Article 280 is constitutional. *See* Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios c. Set Sociedad Anónima, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Dec. 21, 1999, Fallos 322:3217 (1999) (Arg.). *Contra,* MIGUEL A. EKMEKDJIAN, TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL 551 (1999); Juan Olcese, *La Institución del Certiorari Repugna al Concepto Nacional del Derecho de Defensa*, JURISPRUDENCIA ARGENTINA 980 (1997) (Arg.); Miguel M. Padilla., *El art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el derecho de acceso a la justicia*, LA LEY 358 (1992) (Arg.); Héctor E. Sabelli, *El rechazo sin motivación del recurso extraordinario cuando la cuestión federal es intrascendente, ¿es constitucional? (sobre el certiorari criollo)*, JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Other similar source of denial decisions are grounded on many unfulfilled formalities, fatal in character, imposed to the writ of appeal (called *recurso extraordinario federal)* by the rules of the Supreme Court enacted in 2007. Its fatal character has been strongly criticized too,[73] but nobody proposed a serious remedy to solve the Court's overloaded docket.

In the remaining bulk of cases, where the Court renders a decision on the merits, one may find judgments that in a few words dispose of cases based on precedent. According to one style, decisions are very short in length. They only assert that the present case is similar or analogous to a previous one, and because of that similarity the decision to adopt today must be equal to the one taken in yesterday's case. For instance, in *Lescano* the Court shortly said "[t]he questions involved in the present case, as far as this controversy is concerned, are substantially analogous to the one debated and decided in the case M.1380.XLI 'Medina, Orlando Rubén y otro c/ Solar Servicios On Line Argentina S.A. y otro s/ interrupción de prescripción,"[74] decided on February 26, 2008, to which the Justices refer for the sake of brevity.

Short decisions like this one fail to explicit the relevant facts of both cases and the reasoning employed by the Court. Such a practice is contestable since the omitted process is the key element that justifies or not the result, but this deficit has not refrained the Court from so deciding and it hasn't received much scholarly complaints either. There are other judgments that after succinctly mentioning the relevant facts rely on previous precedent. For instance, in *Caballero*, the Court decided:

> In its present composition, this tribunal agrees with the *ratio decidendi* of Fallos: 304: 1865 to which we must rely for the sake of brevity, taking into account the substantial similarity between this case and the questions presented and decided on that occasion. In effect, as the court of appeals moves away from art. 1 of decreto-ley 6277/58 . . . , we decide to reverse the appealed judgment.[75]

1343 (2003) (Arg.); Gustavo L. Vitale, *Indefinición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un Caso de Suspensión del Proceso a Prueba (el ilegítimo 'certiorari al revés')*, JURISPRUDENCIA ARGENTINA 1244 (2003) (Arg.).

73. *See* Germán González Campaña, *Acordada 4/07: Necesidad de Atenuar su Excesivo Rigor Formal*, LA LEY pt. VII (2017) (Arg.).

74. Lescano, Demetrio y otro v. Estructuras Metalúrgicas Din S.A. y otro, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], June 3, 2008 (2008) (Arg.). This case is not published but, as any other unpublished case, can be found in the Supreme Court's website, www.csjn.com.ar.

75. José Emilio Caballero c. C.R.J.P.P.F, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Mar. 21, 1985, Fallos 307(I):240, 243 (1985) (Arg.).

The case was governed by a legal rule, but the Court decides not to interpret the rule *de novo* but to rely on to the meaning assigned to that norm in the precedent. However, the decision has two peculiarities. One of them is the blunt expression "in its present composition" that relates to the fact that the Justices signing the precedent are different from the ones deciding the case today. Apparently for those Justices the mere change of personnel was a valid reason to alter the meaning attributed to a legal rule in a prior case.[76]

Unfortunately, after several years of not using that expression, it has reappeared in the Court's case law what reveals that some Justices and scholars do think that new appointments in the Supreme Court authorizes to re-think, without qualifications, prior precedents.[77] The second peculiarity is that said reliance is not based on the very existence of a precedent on point. It is the present Court's agreement with the decision taken therein what determines to follow the previous case decision. This is a sort of caveat, very usual in many judgments that affirm to rely on precedent. It is related to the soft character generally attributed to the precedent's force, a characteristic that I will retake further.

3. Distinguishing Cases

3.1. Introduction

One of the most striking common law techniques for lawyers educated in the Civil Law tradition is how common law courts deal with precedents' facts and accordingly distinguish or not the present case from prior ones based on their facts. Nothing of that sort compares in the civil law to the craftsmanship that many common law courts and scholars show in that enterprise, particularly, in difficult cases. Put it simply, the way they treat

76. Due to the many coups d'état that happened in Argentine political life in the period 1930-1976, it was common that the Supreme Court's composition was completely renovated with each coup. When democratic governments return to rule the country, they obviously replaced the *de facto* Justices with new ones. So, both groups of Justices used to employ that expression each time they saw fit. Apart from critiques that one can elaborate as to it, that expression became so usual that it was naturalized by the legal community and nobody said anything when that expression was later used, in democratic times, by a majority of Justices of a recently enlarged Supreme Court that overruled a prior leading case that has been rendered by Justices appointed by the preceding democratic government. *See* Ernesto Alfredo Montalvo, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Dec. 11, 1990, Fallos 313:1333, consideration 6 (1990) (Arg.); Alberto F. Garay, *La Corte Debe Sentirse Obligada a Fallar Conforme sus Propios Precedentes (Aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso 'Montalvo')*, JURISPRUDENCIA ARGENTINA 870 (1991) (Arg.).

77. Juan F. González Bertomeu, *¡Sin Precedentes!*, JURISPRUDENCIA ARGENTINA, SUPLEMENTO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, ABELEDO PERROT 3 (2009).

the facts of a case is sometimes astonishing for a civil law eye.[78] Every common lawyer knows this can be a problematic and imaginative process at times. But the law schools educate them in order to acquire familiarity with that task and to do it properly, intelligently, artfully once in the legal profession. An enterprise that, as a Cambridge law professor told me once, is not limited to the law school years but it is "a whole life experience." Nothing of that sort happens in the Civil Law world.

Argentine Supreme Court case law, for instance, is full of precedents in which the Court, many times inferior courts and the parties to a lawsuit wrestle with similarities and dissimilarities. This activity has been performed from the very beginning by the Supreme Court and by district courts too: remember the analogy with a prior case discussed in the *Tomkinson & Co.* case decided in 1864.[79] This practice of comparing facts of cases is performed regularly since then and, in easy cases,[80] it is performed acceptably good. On the contrary, when dealing with the multitude of particulars offered by a line of past cases, courts -including the Supreme Court- inevitably make mistakes, sometimes clumsy mistakes through common law eyes. In my view this is the consequence of several reasons.

3.2. Some Reasons that Explain the Lack of Expertise in Dealing with Facts

In Argentina the judicial practice of treating similar cases alike was the mid-nineteenth century response to the legal profession's demand of reasoned decisions, equal treatment of similar cases, respect to the parties

78. To immerse oneself in KARL N. LLEWELLYN, THE BRAMBLE BUSH: ON OUR LAW AND ITS STUDY (1981) or THE COMMON LAW TRADITION: DECIDING APPEALS (William S. Hein & Co. Inc. ed. 1996), is some sort of science fiction for a regular civil law mind. As Professor Cappalli has rightly said, the common law is a method that "civilian lawyers (that is, lawyers who use the civil law) rarely come to understand . . . more than superficially." RICHARD B. CAPPALLI, THE AMERICAN COMMON LAW METHOD 11(1996).

79. *See* Tomás Tomkinson y Compañía y el Fiscal, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Apr. 26, 1864, Fallos 1:148 (1864) (Arg.); Florez, José Ignacio c. Garmendia, Pedro, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Oct. 11, 1870, Fallos 9:434 (1870) (Arg.); José R. Lozano pidiendo se declare inconstitucional un acto del Gobernador de Jujuy D. Teófilo S. de Bustamante, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], June 2, 1874, Fallos 15:65 (1874) (Arg.). In *Lozano*, the Supreme Court succinctly affirmed the judgment below. The plaintiff had cited in support of his case a decision handed down by the Supreme Court four years before. The district court, after scrutinizing the facts of both cases, denied the similarity of facts alleged by the plaintiff.

80. This activity is "easy" when you have a precedent "on point"; it gets complicated when you have to compare the facts of the present case to the facts of, for instance, a line of cases which have differences that at first impression are not strictly or "sufficiently" similar (or vice versa). Those dissimilarities can also refer to the cases procedural settings.

right of defense and judicial transparency.[81] The influence that the style of the U.S. Supreme Court decisions had on the Argentine Supreme Court Justices may have also played an important role. Despite its auspicious beginnings, that practice did not evolve. Neither did it gain in sophistication as the cases offered more complicated factual situations, except in occasional cases scattered in the Court case-law. This under-development is also verifiable at the moment of justifying a decision with support in prior cases, something that I will postpone for the moment. I agree with Carrió in that "we have not developed a good technique to correctly ground a decision in a previous one."[82] For Carrió, the lack of such a technique is attributable to the beliefs lying at the base of the Civil Law tradition "that assign an excessive importance to the legislator role shadowing at the same time the judges' role."[83]

Besides that, since the sixteenth century – and skipping the enormous work developed by the Bolonia school and the glossators since the eleventh century – the European jurists' and professors' interests centered not in the Justinian's *Digest* - more casuistic - but on the *Institutes* - more general - adopting its style and structure.[84] The study and teaching of law was centered almost exclusively on the interpretation of those texts from which scholars extracted principles and elaborated theories.[85] This theoretical works on Roman law that, as Samuel has observed "became very much easier to read and to absorb,"[86] gained popularity and prestige and soon this canonical-text-centered professorial activity became the predominant way in which the law was taught and learned in most of the European countries. These abstractions and generalizations gave room to the idea that legal reasoning is about general rules.

These ideas, reinforced by the nineteenth century process of codification after the French Civil code and Montesquieu famous *dictum* relegating the judges' role to a sort of a mechanical activity (judges did not make the law; they just apply it; the law is made by the legislatures), later took root in Latin American soil. What counted, then, were laws, texts and the scholar's

81. *See supra* section III.3.

82. CARRIÓ, *supra* note 28, at 174.

83. *Id*. at 175.

84. GEOFFREY SAMUEL, A SHORT INTRODUCTION TO JUDGING AND TO LEGAL REASONING 12 (2016) ("Thus in France, the jurist Jean Domat (1625-1696) rearranged Roman Law in its 'natural order' so that the Roman Law was to be learned and applied, not through the reading and application of the original texts but through a set of principles.").

85. *Id*.

86. *Id*. Samuel supports his argument by reference to J. GORDLEY, THE JURISTS 145 (2013). Samuel's remark retains vitality even today.

"scientific" elaborations about them.[87] The law will be viewed idealistically. So, as Carrió concluded, "another way of reasoning, a way more closely related to the factual situation that a judge confronts, appears to them as something a bit vulgar, mere casuistry, a petty enterprise."[88] As a consequence of those beliefs, the legal education a law student received and still receives is predominantly centered in scholarly works found in articles, manuals (hornbooks) and treatises annotating codes or statutes, general works that – apart from their intrinsic value as theoretical works – are written with abstraction to the case-law.[89] If cases are occasionally used, it is just to exemplify a specific situation.

Therefore, students lack any specific instruction to (i) identify with precision *inter alia* the facts of a case; (ii) reason from one case to another one and so forth nor (iii) connect those facts with the reasons on which the decision rests. Finally, (iv) to make a rule explicit from a judicial decision. So, unless it is part of their natural abilities or personal way of perceiving the world, under this kind of legal education students don't develop a skill to deal with particular cases because their objects of study are rights, duties, powers and theories about them. Accordingly, when today's civil law judges (and their clerks) that received that kind of instruction take into account prior decisions –a daily experience at the Supreme Court- the weaponry they have to face that activity is mostly inapposite because, as it was said, it is apt to wrestle with statutes, codes and theories about legal institutions. In other words, their tools are fit to work with general rules and abstract theories about certain areas of the law "uncontaminated" by facts.

As a by-product of that education, continental lawyers, generally, and Argentine judges and Justices, legal clerks, professors and lawyers in particular, develop a "natural" tendency to generalize. That tendency -and I am still referring to the average lawyer, judge or professor- leads them to

87. *See also* Genaro R. Carrió, *Sobre las Creencias de los Juristas y la Ciencia del Derecho*, 1 ACADEMIA REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO NO. 2, 111, 115 (2004). One could take a step further and add to such a short list the "Civil Law" as such, which is a subject-matter that transcends texts of a code or of a statute. However, its consideration is beyond my purpose in this essay.

88. CARRIÓ, *supra* note 28, at 177. This value judgment as to the case-law would have probably disturbed Sir Frederick Pollock idea of the case-law. FREDERICK POLLOCK, *The Science of Case- Law*, *in* JURISPRUDENCE AND LEGAL ESSAYS BY SIR FREDERICK POLLOCK 169 (1961).

89. In 1985, the school of law of the University of Buenos Aires began a process of reform in the way the law was taught and learned. Among the teaching methods, the reform gave room to the gradual implementation of the so-called case method. This also opened the door to publishing books that offer cases as materials of study (calling them casebooks would be misleading). Nevertheless, fifteen years later the prevailing method was still the dogmatic and magisterial. *See* Laura Clérico, *Nota sobre los Libros de 'Casos' en el contexto del Método de Casos*, *in* 1 ACADEMIA: REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO, NO. 2, 13 (2004).

interpret or to analogize a prior decision or a group of decisions with a high degree of generality. Thus, that tendency to generalize may affect the operative facts of a case or the reasons, that is, the justification on which the decision rests or both. When this exaggerated generalization affects the operative facts, the court rapidly jumps to a much more general category of which the particular facts of a case are an example, skipping other intermediate possible categories.

The same tendency also manifests itself when the moment to ground the present decision arrives. Once in that stage, judges frequently generalize in excess the reasons on which a past decision lies (reasons that are probably written in an already broad language) and sometimes disconnect them from the specific facts of the case.[90] I do not naively pretend that only civil lawyers and judges generalize. It is very well known that in common law jurisdictions judges and lawyers need to generalize in order to extract the rule of a case.[91] It is also a reality that in the common law jurisdictions one may find decisions which go farther than necessary in its reasoning. Nevertheless, (i) the difference of degree among their generalizing tendency is very big[92] and (ii) the absence of an accepted doctrine or theory from which to criticize the way courts deal with cases, give courts a power that goes unchecked.

When one is trained in distinguishing minutely the facts of a case and in making up different applications a rule can have – as a common lawyer normally is – that person necessarily takes consciousness of a myriad of situations that the application of a principle can face and how that principle or rule -judicially created- takes different formulations according to the relevant facts which it is meant to control and the justifications offered to support it.[93] The same detailed analysis of the specific facts of the case at

90. In private conversations with Supreme Court law clerks – most of whom conforms the real muscle and memory of the Supreme Court – they usually recognize the difficulties faced in their first months or years at the moment of analogizing cases or of justifying a draft opinion with support in past decisions. To reason inductively, from one case to another one, was almost a completely new experience. They must re-educate themselves in a different way of thinking about a case and its solution without any theoretical or doctrinal help apart from some scattered local articles on the subject. Unfortunately, they keep that experience almost secretly. I do not know of any article or public exposition where they have said so.

91. CAPPALLI, *supra* note 78, ch. II-V; Neil H. Andrews, *The Precedent System: Rule-Making at Common Law,* ch. I-III (forthcoming 2019).

92. One realizes that difference not only in decisional law but also when you compare provisions of a code with any American restatement of the law. The degree of detail found in the latter is alien to the former.

93. The Supreme Court of Argentina also "creates" rules and frames remedies. A typical example is Angel Siri, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Dec. 27, 1957, Fallos 239:459 (1957) (Arg.), where the Supreme Court, with support on the freedom of the press and of expression clause, articulated in Article 14 of the Argentine Constitution, held that when a journal has been closed down by the police and there is no indication

hand must be made when one has to subsume them in a rule or principle statutorily created. That approach minute to the particular facts of the case also relates to a doctrine, the doctrine of precedent, and forms part of it. So, because of her education, a common lawyer is inclined to think case by case, in a piecemeal approach.[94] She develops a "natural" constraint against generalizing in excess, apart from particular theories that try to offer a more expansive view.[95]

Argentine law has not formally incorporated the doctrine of Precedent. It is true that since its establishment and from time to time, the Supreme Court has employed several common law techniques and even some practices that are considered controversial in the common law world.[96] However, those uses lack consistency and regularity and neither the Supreme Court nor the academia, despite some exceptions, has developed a systematic approach to them.[97]

---

that such a closure has been ordered by a judicial authority any court is obliged to entertain the journal claim and immediately order to lift the closure irrespective of whether there exist a specific legal action to that effect or not. In the case, the journal's owner claim has been made within a habeas corpus proceeding that involved his detention by the police. After his release, the state court refused to lift the closure because that claim could not be entertained in a habeas proceeding. In this ruling it is interesting to observe how the Court language generalizes a freedom of the press and of expression case to any case in which what is at stake is the violation of "constitutional guarantees." *See generally* CARRIÓ, *supra* note 28. Following the generalization tendency, this case is considered as creating a right of action to protect constitutional rights, action or writ usually called 'amparo" in Latin America. After ten years of this decision, the government enacted Law No. 16.986, which legally instituted the "amparo" to protect individual rights against governmental arbitrary action. *See* Law No. 16986, B.O. Oct. 20, 1966 (Arg.), http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/46871/norma.htm.

94. CAPPALLI, *supra* note 78, at 23. This constraint is also related to the notions of holding and *obiter dictum*. *Id*. at 25.

95. MELVIN ARON EISENBERG, THE NATURE OF THE COMMON LAW (1991); FREDERICK SCHAUER, THINKING LIKE A LAWYER (1991).

96. In Tellez v. Bagala, the Court gave retro-prospective effect to a prior ruling rendered one week prior. Tellez c. Bagala, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Apr. 15, 1986, Fallos 308:552 (1986) (Arg.); Juan Luis Strada, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Apr. 8, 1986, Fallos 308:490 (1986) (Arg.). Full prospective overruling, a technique resisted in the U.S. and in the U.K., was utilized by the Argentine Supreme Court in two cases in which the Court declared the federal laws in question unconstitutional. Nevertheless, neither of the petitioners benefitted from this result. *See* Carlos Alberto Rosza, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], May 5, 2007, Fallos 330:2361 (2007) (Arg.); Administracion Federal de Ingresos Publicos c. Intercorp S.A., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], June 15, 2010, Fallos 333:935 (2010) (Arg.).

97. *See* CARLOS COSSIO, EL DERECHO EN EL DERECHO JUDICIAL: LAS LAGUNAS DEL DERECHO, LA VALORACIÓN JURÍDICA Y LA CIENCIA DEL DERECHO (2002); SANTIAGO LEGARRE, LA OBLIGATORIEDAD ATENUADA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA (2016); CARRIÓ, *supra* note 28, at 174-75.; GARAY, *supra* note 41, at 26; RÚA, *supra* note 31, at 224-25.

When one focuses on the judicial decision in itself, as the Doctrine of Precedent punctiliously does, one discovers many techniques and principles developed and perfected through the Centuries to cope with some aspects of a decision (*i.e.,* how to deal with facts and to distinguish the relevant from the irrelevant; how to reason from one case to another, the relative importance of the reasons stated in favor of deciding in a certain way according to its level of proximity with the decision taken, the more or less importance of the decision verbiage depending on the system where the doctrine is used, the court applying precedent powers, the idea of incremental growth of the law through the judges work, etc.).

Many of those techniques and principles that the continental law has historically neglected and still neglects, could be relevant for the civil decisional law as long as they refer to (i) modes of reasoning legal problems (ii) ways of justifying legal decisions, and (iii) the use of reasons and reasoning employed in past cases as examples of reasoning to use (or not to use) in present cases. As a general proposition nothing should prevent civil law judges or lawyers, from getting help from these common law tools when performing the same kind of activities, treating them systematically and adapting them in case of being necessary or more convenient to their legal and constitutional frameworks. And this proposition should apply particularly in Argentina, where the Supreme Court has emphasized so strongly on the decisive importance of treating like cases alike.

Let me briefly show how the tendency to generalize in excess has manifested in some leading cases.

3.3. The Case of Sua Sponte Judicial Review

According to Article 116 of the National Constitution, federal judges have the power to decide "cases," that is, a particular situation conformed by certain set of facts. Law No. 27 states that courts can only decide actual controversies submitted by aggrieved parties. I have already said that the Supreme Court adopted the American doctrine of "cases and controversies" to interpret Article 116, and that judges have jurisdiction to declare unconstitutional legislation that opposes the Constitution. This is the black letter law and generally speaking nobody questions that.[98] However, despite the vitality of those principles, the controlling force of facts is often ignored: courts act as if the case were the springboard on which to jump and rule on a whole area of the law in question.

98. *See* CARLOS JOSÉ LAPLACETTE, TEORÍA Y PRÁCTICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (2016).

Since the middle of the twentieth century, several Argentine scholars have defended the general duty of judges to declare *sua sponte*[99] the unconstitutionality of any law applicable in a case that in their judgment is in opposition to the Constitution.[100] This argument is cast in very general terms, and refers to any situation in which a court, either first instance, appeal or highest court, considers that the law applicable to the case at hand is in opposition to a constitutional clause.[101] The argument runs against an undisturbed interpretation of Article 2 of Law No. 27 against that possibility, entrenched ideas concerning standing to sue, the opportunity to raise a constitutional question and an uninterrupted line of cases that denied that that power.[102]

Contrary to that background, in *Banco Comercial de Finanzas*[103] the Supreme Court admitted the possibility for courts to raise constitutional questions *sua sponte*. In this case, the highest provincial court had vacated the previous judgment for having declared unconstitutional the applicable law without the request of the interested party. The Supreme Court reversed the highest court judgment. The Court justified the possibility to declare unconstitutional a law without the request of interested party was as follows:

> It is worth remembering that it is true that courts cannot give abstract opinions in matters of constitutionality. But the need for an express request

99. In Argentina we refer to control of constitutionality *ex officio.*

100. *See* ALBERTO B. BIANCHI, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: EL PROCESO Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONALES 207 (1992); RAFAEL BIELSA, LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO 98 (2nd ed. 1958); GERMÁN J. BIDART CAMPOS, EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL PODER II 325 (2nd ed. 1967); RICARDO HARO, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD 81 (2003); *see also* Néstor P. Sagüés, *El Control de Constitucionalidad de Oficio ¿Deber de los Jueces Argentinos?*, 2013-D LL 35 (2013) (arguing that judges act *sua sponte* and declare that a law is contrary to the Constitution but puts some caveats to that action).

101. My aim here is to highlight how lawyers, professors and judges do not realize or neglect the importance of the facts of the case and how from those particular facts the Court elaborates a solution for "any case" of *sua sponte* review of legislation. For those interested in a critique of the doctrine, see LUIS F. LOZANO, LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO (2004); Alberto F. Garay, *Controversia sobre el Control de Constitucionalidad de Oficio,* 2008-II JA 1404 (2008); Alberto F. Garay, *Sobre el Control de Constitucionalidad de Oficio, Nuevamente,* 2014-IV JA, 19/11/14 (2014).

102. *See* Alberto F. Garay, *El Recurso Extraordinario y la Vindicación de Derechos constitucionales y Federales*, *in* III TRATADO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES 981 (Julio César Rivera (h), José Sebastián Elías, Lucas Sebastián Grosman & Santiago Legarre eds., 2014); LAPLACETTE, *supra* note 98, at 107.

103. Banco Comercial de Finanzas, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 19, 2004, Fallos 327:3117 (2004) (Arg.); In a previous case, only a plurality of the Justices agreed to the *sua sponte* power. *See* Rita Mill de Pereyra y otros c. Provincia de Corrientes, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Sept. 27, 2001, Fallos 324:3219 (2001) (Arg.).

> from an interested party does not necessarily flow from that principle, because the control of constitutionality entails a question of law and not of fact, and Judges have the power to supplement the law that parties do not invoke or invoke erroneously -a power contained in the old adage *iura novit curia*-[104]. This power entails the duty to keep the supremacy of the Constitution (Article 31, Magna Charta) applying the highest-ranking norm, in case of collision, that is to say, the constitutional norm, and disposing the one of inferior rank.[105]

As it emerges from the previous transcript, the Supreme Court did not consider the specific fact and procedural setting of the case. It spoke completely in an abstract way about "*the control of constitutionality*," "*iura novit curia*" and the "*supremacy clause*." It did not make any qualification at all. And the case demanded qualifications because (i) the law in question had already been declared unconstitutional by the Supreme Court in the past;[106] (ii) the provincial intermediate court which acted *sua sponte* had grounded its decision in the Supreme Court precedent which had declared the law unconstitutional in a similar case and (iii) the highest provincial court had acted contrary to said Supreme Court ruling.[107]

The aforementioned circumstances showed that the case was so particular that it deserved to be treated in its own terms. To go beyond the specific facts of the case, beyond its particular procedural setting, and talk generally about the judges' power to *sua sponte* declare a law unconstitutional was unnecessary and inapposite.[108] At the same time, several scholars celebrated the decision claiming that from now on it would be possible for judges to declare laws unconstitutional without the request of aggrieved parties. One of them, C. Drake, stated that "our supreme tribunal has given room to the mechanism of the unconstitutionality sua sponte allowing judges to face this question without party request[.]" W. Carnota affirmed that in the light of the decision convincing arguments the debate

104. This adage did not specifically addressed questions of judicial review of legislation. Originally, it has served judges to apply a law not invoked by the interested party to solve the case. It has never been used to invalidate a law on constitutional grounds, when the interested party did not request that invalidation. *See Mill de Pereyra*, Fallos 324:3219 at 3262 (Moliné O'Connor, dissenting).

105. *Id*. at 3224.

106. *Id*. at 3221, 3223. The leading case was Banco Sidesa S.A., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], July 15, 1997, Fallos 320:1386 (1997) (Arg.).

107. *Mill de Pereya*, Fallos 324:3219, at 3225.

108. The Supreme Court added, always in general terms, that the *sua sponte* review of legislation did not offend the right of defense "*of the parties*" neither did it violate the principle of separation of powers. *Id*. at 3224-25.

about the Judges duty to act *sua sponte* and declare unconstitutional any law "appears as legal archeology."[109]

Three years later, the academic enthusiasm waned. The Supreme Court enacted a set of Rules regulating the writ of appeal before it.[110] By Rule 3.d the appellant was obliged to state when and under what terms the federal question had been introduced by him or her in the case, a requirement historically attached to this appeal by the Supreme Court case-law. But that "formality" seemed unnecessary and even contradictory with the *Banco Comercial de Finanzas'* holding, according to one scholar. If judges – including the Supreme Court Justices – are in the obligation to act *sua sponte,* her argument goes, they are obliged to identify and decide all the constitutional questions a case, any case, could have irrespective of the party's requests.[111]

Apart from the impracticality of this general proposal – courts are generally overloaded – and putting aside the case of class actions, it is noteworthy the way in which most scholars everybody neglects the particular facts and the procedural setting of the case and the unnecessary generality of the reasons stated. It's as though the *sua sponte* power has cast a spell that has made them blind to the facts.

3.4. The Cases of Drug Possession for Personal Consumption

There are cases in which the conditions under which a certain behavior has occurred are crucial to adjudge it as legal or illegal, constitutional or unconstitutional. Drug possession for personal consumption is one of those cases. In *Bazterrica*, the Supreme Court declared 3-2 that a law criminalizing mere possession of narcotics for personal consumption was unconstitutional.[112] The majority vote – formed by a plurality opinion of two

---

109. Walter Carnota, *La Fundamentación de la inconstitucionalidad de oficio,* 2005-A LL 67 (2005) (Arg.); *see* Carlos E. A. Drake, *Control oficioso de constitucionalidad*, 2006-1 LNBA 26 (2006). The same generality can be observed in Leandro Fernández, *Nuevos horizontes en el control de constitucionalidad*, 2005-C LL 482 (2005) (Arg.).

110. *See* Rule 3.b, Acordada No. 4 (2007), *published in* Fallos 330:1315 (2007). However, in *Jorge Luis Rodríguez Pereyra c. Ejército Argentino*, the Supreme Court, ignoring Rule 3.b Acordada 4 (2007), seemed to strongly endorse the *sua sponte* power of review. Jorge Luis Rodríguez Pereyra c. Ejército Argentino, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Nov. 27, 2011, Fallos 335:2333 (2012) (Arg.). Two years later, in *Mansilla*, the Court further weakened this approach. Carlos Mansilla c. Fortbenton Co Lanoratories S.A., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Mar. 6, 2014, Fallos 337:179 (2014) (Arg.).

111. *See* Fabiana B. Berardi, *De la articulación de la cuestión federal en tiempos de control de oficio*, 2005-III JA 446 (2005) (Arg.).

112. Gustavo Mario Bazterrica, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 23, 1986, Fallos 308:1392 (1986) (Arg.).

Justices and one concurrent opinion – considered that the law violated the constitutional right to privacy. The three Justices agreed in the result but stated independent reasons. However, the facts of the case were mentioned exclusively by the concurrent Justice, who referred to a bunch of particulars in a couple of lines, namely, what narcotics were at stake (marijuana and cocaine) and its (scarce) quantity.[113] No Justice stated under what circumstances the drugs had been found by the police- a relevant fact to determine the privacy of the behavior.

The rest of the lengthy concurrent vote and the plurality opinion dealt entirely with the politics of generally incriminating the mere possession of drugs (also, in general) for personal consumption, the experience of other countries dealing with the same issue, criminal theories involved, United Nations works, philosophical underpinnings of protecting strictly personal decisions that do not compromise other people, etc. The Justices wrote as if this single case would present the Court all the possible factual permutations and combinations. Of course, the dissent stated the contrary position in the same general terms.

After this decision was rendered, liberals effusively celebrated it but there was an important opposition on the part of many non-liberal social forces, politicians and academics, undoubtedly fed by the generality with which the majority had spoken. One would have thought that, due to the generality of the reasons stated, the majority votes had already decided the whole question. However, subsequent cases showed the importance of distinguishing on the facts of each case and re-directed the analysis to the path from which it had never deviated.[114]

---

113. *Id.* at 1429 (Petracchi, J., concurring) ("el apelante dedujo recurso extraordinario, sosteniendo que dicha norma viola la garantía establecida en la primera parte del art. 19, de la Constitución Nacional, especialmente en atención a la exigua cantidad de sustancia hallada en poder del procesado (3,6 grs. de marihuana y 0, 06 grs. de clorhidrato de cocaína[.]") (translated as "the appellant filed the writ of appeal holding that said statutory norm violated the guarantee established in Article 19, National Constitution, especially taking into account the scarce quantity of substance found in the defendant[.]").

114. *See* Alejandro Carlos Capalbo, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 29, 1986, Fallos 308:1392 (1986) (Arg.); María M. Noguera y otras, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Feb. 17, 1987, Fallos 310: 294 (1987) (Arg.); Gustavo Adolfo Von Wernich, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Dec. 24, 1987, Fallos 310:2836 (1988) (Arg.); Nancy G. Giménez y otros, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Mar. 1, 1988, Fallos 311:185 (1988) (Arg.); García, Alejandro M. y otros, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Nov. 1, 1988, Fallos 311:2228 (1988) (Arg.); Myriam Gerstein, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Dec. 20, 1988, Fallos 311:2721 (1988) (Arg.); Fiscal c. Ideme, Daniel y Galesi, Alberto, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Apr. 25, 1989, Fallos 312:587 (1989) (Arg.); Sergio H. Di Capua, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Oct. 5, 1989, Fallos

So, what initially appeared as a general *carte blanche* in favor of drug possession and consumption turned into a standard that would stress the conditions (not endangering nor harming third parties' rights or goods) under which the possession of drug for personal consumption was discovered.

Four years later, and after a legislative reform that *inter alia* reduced the punishment to be applied in drug possession for personal consumption cases,[115] the Court decided the *Montalvo* case.[116] A new majority in the enlarged Supreme Court[117] overruled *Bazterrica* completely, ignoring that long line of subsequent cases in which the Court, case by case, had restricted *Bazterrica*'s reach carving out an important number of exceptions to the leading case's holding.[118] The *Montalvo* Court also based its decision on reasons and assertions as general as the ones employed in *Bazterrica* and failed to describe minutely the facts of the case. Again, the Court spoke *ex cathedra*.

Thirteen years after *Montalvo*, and once again with a new majority, the Supreme Court re-considered the issue and, in *Arriola*,[119] overruled *Montalvo.* Late Justice Petracchi, author of the concurring vote in *Bazterrica*, referred to his original opinion. Two recently appointed Justices and another concurring vote that formed the majority bulk followed Petracchi's vote in *Bazterrica*, without adding or clarifying anything about the facts of that case and their bearing on the facts of the present one. Late Justice Fayt, dissenting in *Bazterrica* and with the majority in *Montalvo,* re-casted his vote now in favor of protecting the liberty at stake. But the only one that highlighted the poor description of facts in *Bazterrica* and *Montalvo,* the pernicious generality in which those cases were drafted, the relationship of the "case" with judicial review, the limits of the judicial power and the

312:1892 (1989) (Arg.); Emilio F. Rossi, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Dec. 19, 1989, Fallos 312:2475 (1989) (Arg.).

115. *See* Law No. 23737, art. 14, B.O. Oct. 11, 1989 (Arg.), http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/138/norma.htm.

116. Ernesto Alfredo Montalvo, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Dec. 11, 1990, Fallos 313:1333 (1990) (Arg.).

117. The number of Supreme Court Justices had been augmented from five to nine in 1990. *See* Law No. 23774, art. 21, B.O. Apr. 16, 1990 (Arg.), http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/175/norma.htm. Years later, that number was again reduced to five. *See* Law No. 26183, art. 21, B.O. Dec. 18, 2006 (Arg.), http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123154/norma.htm.

118. *See supra* note 114.

119. Sebastián Arriola et al., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 25, 2009, Fallos 332:1963 (2009) (Arg.).

relevance of subsequent cases' facts in order to get a holding, was the concurring vote of the late Justice Carmen Argibay.[120]

As it emerges from the cases restated above, the tendency to generalize, inherent in the civil law education, leads the Court to underestimate the precise facts of a case, categorizing them in very broad terms. The foregoing conclusion must be completed with another consequence of the education received. Contrary to common law doctrine,[121] in the Argentine Supreme Court (and in any court in Argentina) judicial language plays a very important role in that practice.

That is one of the reasons why decisions repeat lengthy prior decisions paragraphs. Generally, this way of conceiving of precedents resembles what professor Llewellyn called the *"loose view"* of precedent. In his words:

> That is the view that a court has decided and decided authoritatively *any* points or all points on which it chose to rest a case, or on which to choose, after due argument, to pass. No matter how broad the statement. No matter how unnecessary on the facts or the procedural issues, if that was the rule the court let down, then that the court has held.[122]

4. Holding and Obiter Dictum

4.1. The Notion of Holding or Ratio Decidendi of a Case

As it was shown above, the Supreme Court and the district courts use to ground their decisions in Supreme Court precedents. But to affirm that inferior courts follow Supreme Court precedents is a sort of vague statement because it does not explain what "a precedent" is for those courts. The way district courts used Supreme Court judgments or a line of them in the nineteenth century to give support to their decisions was sometimes cryptic,

120. The same generality and disdain for the facts of the case can be observed, among many others, in a famous abortion case. *See* F. A. L. s/ Medida autosatisfactiva, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Mar. 13, 2012, Fallos 335:197 (2012) (Arg.).

121. Andrews, *supra* note 91, ch. III ("As mentioned, the judicial craft is not the same as legislative drafting. And so, the words (ipsissima verba) uttered by a superior court (whether oral and thus captured by a law reporter or written in a reserved judgment have no binding literal value as a set of words or series of propositions.") (internal citations omitted). The same rule has been advanced in constitutional matters. *See* CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (2001). A trend that tries to offer a lighter view of that classic understanding on both sides of the Atlantic can be found in FREDERICK SCHAUER, THINKING LIKE A LAWYER: A NEW INTRODUCTION TO LEGAL REASONING 179 (2009); and NEIL DUXBURY, THE NATURE AND AUTHORITY OF PRECEDENT (2008).

122. LLEWELLYN, *supra* note 78, at 74.

either just citing a certain case by the parties' names only,[123] or just affirming that the decision they were adopting was equal to the one taken by the Supreme Court earlier.[124] Generally, they did not make explicit a principle, rule or *ratio decidendi* emanating from the judgment.[125] The same can be said of the way the Supreme Court worked during that Century.

---

123. See, for instance, D. Ricardo Vadillo contra Pedro Palma y hermanos, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], July 7, 1881, Fallos 23:366, 367 (1881) (Arg.) ("Este juzgado no tiene jurisdicción para conocer., artículo 14 de la Ley Nacional de jurisdicción y competencia; jurisprudencia hecha por la Corte Suprema fallo: 146, Volume 3, 2nd serie, p. 505) (translated into English as "[T]his court has no jurisdiction., Article 14 national law of jurisdiction and venue; Supreme Court precedent, fallo: 146, Volume 3, 2nd serie, p. 505.").

124. Rodríguez Balmaceda y Cía., contra el Fisco Nacional, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Sept. 5, 1868, Fallos 6:159, 160 (1868) ("[T]he Supreme Court of Justice . . . , has decided for the second time, giving to the word 'party' used in the cited Article of the Constitution a restrictive interpretation and declaring that the Nation is not a 'suable party' (case 77, p. 43, Volume 2[.])") ("La Corte Suprema de Justicia . . . ha resuelto por segunda vez dando á la palabra «parte» del citado art. de la Constitución una interpretación restrictiva y declarando que la Nación no es 'parte demandable' (causa 77, pág. 43, del tom. 2, de la publicación de los Fallos por su Secretario)."); Don Ramón Dávila, contra Don Ricardo Valdez, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Dec. 6, 1881, Fallos 23:726, 727 (1881) (Arg.) ("[A]nd Supreme Court precedents in analogous cases") ("y la jurisprudencia seguida por la Corte Suprema en casos análogos[.]"); D. Tristán A. Malbrán, contra D. Antonio Marechal, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Feb. 26, 1885, Fallos 28:28, 30 (1885) (Arg.) ("And finally, that the latter are doctrines that the Supreme Court has made prevail in several decisions rendered after the one cited by the defendant; see 2nd. serie, Vol. 3, p. 7 and Volume 4, p. 392.") ("Y finalmente, estas son las doctrinas que con más acierto y en conformidad a la Constitución y leyes, ha hecho prevalecer en diversas resoluciones posteriores al fallo citado por el demandado, vease 2ª.serie, Tomo 3°, pág. 7 y tomo 4°, pág. 392.").

125. Of course, there were exceptions. For instance, in *Agustín Richeri* the district court said:

[I]n the decision published at page 476, Volume 2, 2nd series, the Supreme Court, has declared that national courts do not have a supervisory power over the Municipalities for the delay in deciding matters conferred to the latter; and the fact of delaying the payment of the salary is one of those cases.

Agustín Richeri contra la Municipalidad de Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Feb. 12, 1880, Fallos 22:37 (1880) (Arg.) ("Que… la Suprema Corte, en el fallo publicado en la página 476, tomo 2, serie 2ª, ha declarado que la Justicia Nacional no puede ejercer superintendencia en las Municipalidades por tardanza de éstas en resolver lo que á ellas corresponde; y el hecho de retardar el pago del sueldo se halla en este caso."); *see also* Don Herlado Eckell, contra Empresa del Ferro-Carril del Sud, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Mar. 14, 1885, Fallos 28:75, 76 (1885) (Arg.) ("It is the law, that all the consequences of a maritime accident . . . must be litigated exclusively before the district court with jurisdiction over the waters where the accident happened, and so it is decided by the Supreme Court in the case Mensajerías Fluviales con Don Santiago Cánepa cited by Eckel.") ("Que es de estricto derrecho, que todas las consecuencias jurídicas de un siniestro maritime . . . corresponden privativamente al juez de sección en cuyas aguas ocurre el hecho, y así se halla resuelto or la Suprema Corte en el caso que cita Eckell de las Mensajerías Fluviales con Don Santiago Cánepa."); Varios comerciantes estranjeros [sic] contra D. Samuel Palacios y Compañía, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Mar. 17, 1885, Fallos 28:78 (1885) (Arg.) ("[I]t barely deserves mentioning that our Constitution,

Something that emerges from the case law is that both district courts and the Supreme Court were more focused in finding the similarities between cases than in making a rule, principle or *ratio decidendi* explicit from de judgment. This focus on similarities was kept until today. But the practice to regularly make the rule of prior cases explicit did not develop. There are also twentieth and twenty-first century decisions in which the Supreme Court uses the expression "holding"[126] or in some other times uses *ratio decidendi*,[127] to aim at what the Court decided in a previous case. However,

in its Article 100, taken from the North-American, Article 3, Section 2, and our law on jurisdiction and venue, art. 2, section 2, adapting what is established by the Judiciary Act of 1789, state the federal jurisdiction the cases between a citizen and a foreigner; and the Supreme Court, in applying this principle, has observed a rigorous uniformity.") ("2° que apenas merece mencionarse que nuestra Constitución, en su artículo 100, tomado de la Norte-Americana, artículo 3°, Sección 2ª., adoptando lo dispuesto en la ley Judiciaria de los Estados Unidos de 1789, atribuyen al fuero federal las causas en que sean partes un ciudadano y un extranjero; y la Suprema Corte de la Nación, en la aplicación de este principio, ha observado una rigurosa uniformidad. T° 8, Série [sic] 1ª, pág. 156. T° 9°, pág. 350. T° 11, Série [sic] 2ª, pág. 393Tómo 14, pág. 731.").

126. María Gabriela Osswald s/solicitud en autos "Willner, Eduardo Mario c. Osswald, María Gabriela s/exhorto", Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Apr. 17, 1995, (Fayt and Petracchi, dissenting) Fallos 318:541 (1995) (Arg.); Armando Boto c. Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], May 6, 1997, Fallos 320:786 (1997) (Arg.); César Luis Waltta, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Nov. 21, 2004, Fallos 327:3829 (2004) (Arg.); Silvia Amanda Sevilla, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Sept. 30, 2014, unpublished opinion (2014) (Arg.); Champion IBSA c. Estado Nacional, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], July 10, 2018, unpublished opinion (Rosenkrantz, dissenting) (2018) (Arg.).

127. *See* Víctor Peláez, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Oct. 19, 1995, Fallos 318:1967 (1995) (Arg.); Isacio Aquino c. Cargo Servicios Industriales S.A., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Sept. 21, 2004, Fallos 329:5913 (2004) (Arg.); Casa Casmma S.R.L., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice, Mar. 26, 2009, (Argibay, concurring) Fallos 332:616 (2009) (Arg.); Horacio Osvaldo Benítez c. Plataforma Cero S.A., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Dec. 22, 2009, Fallos 332:2815 (2009) (Arg.); Carlos Fabián Cerigliano c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Apr. 19, 2011, Fallos 334:398 (2011) (Arg.); Elsa Alejandra Monroy c. Infantes S.R.L., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Sept. 17, 2013, Fallos 336:1468 (2013) (Arg.); Hugo Miguel Cristiani c. IOSE, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Nov. 18, 2014, unpublished opinion (2014) (Arg.); Orlando Mario Gómez c. Estado Nacional, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Nov. 27, 2014, Fallos 337:1337 (2014) (Arg.); Villar, Lisandro Nelson c. COMFER, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], June 16, 2015, unpublished opinion (2015) (Arg.); Norma Alicia Lentine de Sarnari c. Estado Nacional, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Oct. 17, 2018, unpublished opinion (2018) (Arg.).

those notions are used loosely, without much precision.[128] The idea of "holding" or of *ratio decidendi* has never been subjected to the sophisticated analysis that they have received in the Common Law.

As I said before, instead of looking for a certain *ratio* or holding and make it explicit it is very common to find judgments in which the Court quotes, extensively or briefly, portions of a prior decision containing (i) the reason or reasons on which the decision rests or (ii) purposes or goals expressed in it. In cases referred in (i), the Court uses to quote -sometimes extendedly-[129] some selected paragraphs of it which, for today's Court, conveys the reason or reasons considered relevant to decide both cases alike. Other times, as was stated above,[130] *brevitatis causae* (for the sake of brevity) the sole reason for deciding is the ambiguous and vague reference to "the foundations" of a specific prior case. But as in the past, in present time the Court does not consider itself routinely obliged to take a step further and extract a principle or rule from the prior decision.

It is obvious that styling decisions in this way gives the Court some flexibility, yet it does it at the cost of indeterminacy. Without the constraints of any prior canonical formulation and without the obligation to explicitly state the rule from a past case, the Court can easily follow the precedent in future cases, but it could also revise and adjust its factual predicate. The Court could also revise and adjust the reasons, or the language used in the precedent in order to broaden or narrow its reach. Finally, by the same token, the Court could distinguish it. It is no secret that leaving those possibilities open weakens the precedent's guiding strength but neither the Court nor the academia has driven their attention to it.

Another disadvantage of the "flexible" style just mentioned is that, in contested matters which confront individual or minority rights *vis à vis* the Executive or Congress, the new decision of the Court relying in such a wide

128. A curious case that attests the loose use of the word "holding" is found in Amelia Ana Villamil c. Estado Nacional, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Mar. 28, 2017, Fallos 340:345 (2017) (Arg.). The Court did not make the holding explicit. Instead, it said: "The aforementioned difference results immaterial because it was not part of the Larrabeiti Yañez holding (stated in consideration No. 5 of said judgment)."). *Id*. ("En efecto, la diferencia mencionada resulta inmaterial puesto que ella no fue parte del holding de «Larrabeiti Yañez» (expresado en el considerando 5° de dicha sentencia."). If one reads the case Anatole Alejandro Larrabaeiti Yáñez c. Estado Nacional, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Oct. 30, 2007, Fallos 330:4592 (2007) (Arg.) one finds that consideration No. 5 is fifty-six lines long and has references to three previous cases, one statute, one code article and different facts.

129. *See* Carlos Eugenio Mansilla c. Fortbenton Co. Laboratories S.A. y otros, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Mar. 6, 2014, Fallos 337:179 (2014) (Arg.).

130. *See supra* section IV.2.

foundation and favoring the latter can be perceived by the public as spurious, politically influenced and this perception would inevitably undermine the Supreme Court credibility.

But in any case, why is this so? Why doesn't the Supreme Court formulate the rule of the case? Or why does it feel comfortable with just referring to some portions considered important or relevant? Is the aforementioned flexibility a good enough reason? The flexibility is an important reason but not the only one. Another reason already mentioned is that the legal profession tends to consider that a judgment is not a source of law in the Civil Law tradition: sources of law are constitutions, statutes, executive orders and administrative regulations.

This idea is at the base of that tradition. Sources of law are binding on all; judicial precedents only bind the parties to a lawsuit and the *jurisprudencia* -taken here as a collection of prior similar cases decided alike by the highest court within a jurisdiction- may be persuasive but never binding. So, if judicial decisions are not sources of law, they do not deserve scholars' nor judges' attention. Besides, and this is something not to underestimate, the overriding majority of Supreme Court Justices has not received any kind of training in the doctrine of precedent. Their education is overwhelmingly Continental.[131]

These ideas are mechanically repeated in Argentina and they coexist with the fact that courts, and particularly the Supreme Court, often use precedents and distinguish facts and procedural settings of prior cases. What is more –as we have seen in the drug possession for personal use and the *sua sponte* power cases,[132] the Court often renders decisions as if it were legislating. Taken at face value, this way of deciding expands its denied law generating capacity and blurs the distinction between holding and obiter dictum, a distinction which, as we will see, the Court repeatedly holds.[133] On the other side of the counter, and reasserting the relevance of this practice, lawyers also rely on precedents to support their arguments and some scholars have developed theories and doctrines based almost exclusively on Supreme Court's case-law.[134]

---

131. Exceptions to this predominance are evidenced by former Chief Justice Genaro R. Carrió and, today, Chief Justice Carlos F. Rosenkrantz. Both Chief Justices pursued graduate studies and taught at U.S. universities.

132. *See supra* sections IV.3.1 and IV.3.2.

133. DUXBURY, *supra* note 121, at 90 ("If, within the common law tradition, the distinction between ratio decidendi and obiter dicta were not recognized judges would be able to create a more or less unlimited amount of new law and courts would be overwhelmed by precedent.").

134. ALEJANDRO CARRIÓ, GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL (6th ed. 2015) (Arg.); GENARO R. CARRIÓ, EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR SENTENCIA ARBITRARIA (Abeledo Perrot ed., 2nd ed. 1978) (Arg.); GENARO R. CARRIÓ, RECURSO DE AMPARO Y TÉCNICA

Separation of powers has been another reason historically argued in the Civil Law against the Doctrine of Precedent. Courts do not create law because that function belongs to the legislatures. However, it is undeniable that nowadays the doctrine of separation of powers is not generally endorsed as strictly as it was in the eighteenth and nineteenth centuries. That way of conceiving the separation of powers has been scholarly and judicially abandoned decades ago since the emergence of the Administrative State in the second third of the twentieth century.

Finally, at least in some occasions the Supreme Court has incidentally applied rules and standards that weren't enacted previously by any legislature or constitutional convention. They were the Court's own creation.[135] It is evident that the powers wielded by the Supreme Court in those cases, many of them supported in U.S. Supreme Court case law, cannot be squared with that old-fashioned notion of separation of powers that deny the possibility for the court to incidentally "create law" in the course of adjudicating cases.

4.2. The Expression Obiter Dicta

The first time the Supreme Court was obliged to distinguish between what was decided in a judgment and other observations made in it, was in 1871, in a lawsuit coming from a provincial court. In *Banco de Londres* case,[136] when the defendant answered the complaint, she questioned the constitutionality of the provincial law on which the plaintiff based his action. With support on that defense, the defendant asked for removal from the provincial court to a federal court, motion which was denied. Nevertheless, apart from that, it seems that in the decisions denying removal both provincial courts also defended the constitutionality of the provincial law. The Supreme Court decided that the provincial court's denial of removing the case to a federal court was appropriate for three reasons: (i) the plaintiff's original right of action was based on a provincial law; (ii) the suit did not arise under the Constitution and (iii) the "defendant's defense on the unconstitutionality

JUDICIAL (Abeledo Perrot ed., 2nd ed. 1987) (Arg.); JORGE A. GONDRA, JURISDICCIÓN FEDERAL (Edición de la Revista Jurisprudencia Argentina 1944) (Arg.); ESTEBAN IMAZ & RICARDO REY, EL RECURSO EXTRAORDINARIO (Abeledo Perrot ed., 2nd ed. 1992) (Arg.); SANTIAGO LEGARRE, OBLIGATORIEDAD ATENUADA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA (Ábaco de Rodolfo Depalma ed., 2016) (Arg.); FELIPE S. PÉREZ, LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LA CORTE SUPREMA: CON LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS ARTÍCULOS DE LA CARTA POLÍTICA (1962) (Arg.); JULIO CÉSAR RIVERA (H), LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS EXPRESIONES DE ODIO (Abeledo Perrot ed., 2000) (Arg.); BARRANCOS Y VEDIA, GRAVEDAD INSTITUCIONAL (Abeledo Perrot ed., 1991) (Arg.)..

135. *See* cases *supra* accompanying notes 93 & 96, at 42-43.

136. El Banco de Londres y Rio de la Plata del Rosario c. D. Casimiro Rivadaneira, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], May 30, 1871, Fallos 10:134 (1871) (Arg.).

of the provincial law, is not enough to deprive the provincial court of its jurisdiction to decide the cases governed by provincial laws and litigated between neighbors of the same province."[137] The Court added:

> [T]hat the question on the constitutionality of the law on which the plaintiff based his right has not been decided yet . . . for the words registered in the decision at page twenty one and page forty five . . . , are not dispositive of the question nor do they have *res judicata* effect.[138]

After several years, general expressions used in prior decisions gave the Supreme Court a second opportunity to fine-tune the notion of what weight the Court was willing to recognize to them. In this occasion the general expressions at issue did not belong to a provincial court judgment as in the prior case, but they were Supreme Court's.

In *Elortondo*,[139] the defendant had questioned an expropriation statute on constitutional grounds. The government defended the law based, *inter alia*, on two Supreme Court precedents. The unconstitutionality defense had been rejected by the district court and the defendant appealed. The majority of the Supreme Court held that the amount of property taken by the law exceeded what was strictly needed for the construction of an important Avenue in the city of Buenos Aires, a narrow interpretation of the "public use" concept contained in Article 17 of the Constitution.[140]

For the dissent, the legislative decision was not reviewable by the Court. Besides, according to this vote, the opinion of the Court was in sharp contradiction with what the Court had said in several prior expropriation cases as to the ample leeway the government had at the moment of determining the amount of land to be taken. In the dissent's terms: "[T]he 'Ferro-Carril Central Argentino' case is so conclusive, that if the established

---

137. *Id*. at 137 ("[Q]ue la objeción de inconstitucionalidad hecha por el demandado a la referida ley, non basta para privar a los Tribunales de esa Provincia, de la jurisdicción que les compete para conocer y decidir en causas regidas por leyes provinciales, y seguidas entre vecinos de la Provincia misma[.]").

138. *Id*. at 138 ("[Q]ue la cuestión sobre constitucionalidad de la ley invocada por el demandante no ha sido resuelta ni aun está debidamente sustanciada todavía, pues las palabras que a ese respecto se registran en los considerandos de los autos que corren a fojas veinte y uno y fojas cuarenta y cinco de los que se hallan agregados, no son parte dispositiva ni hacen cosa juzgada.").

139. Municipalidad de la Capital c. Isabel A. de Elortondo, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Apr. 14, 1888, Fallos 33:162 (1888) (Arg.).

140. CONSTITUCIÓN NACIONAL [CONST. NAC.] ART. 17 (Arg.), http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=63. Article 17 states, part: "The property is inviolable and no inhabitant of the Nation can be deprived of it, but by virtue of judicial decision grounded in the law. The expropriation for public use must be established by law and previously indemnified." *Id*. ("La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad publica, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.").

precedents deserve any respect it is unconceivable how the constitutionality of this statute has been brought before this Court."[141]

The majority, after distinguishing the present case (an urban expropriation), from the precedents in which the plaintiff relied (rural expropriations), without even mentioning the *Banco de Londres* case, added:

> [B]ecause whatever it is the generality of the concepts used by the Court in those cases, they cannot be understood but as related to the circumstances of the case that caused them, being as it is a maxim of law, that general expressions used in judicial decisions must always be taken in connection with the case in which they are used, and if they go beyond the case they may be respected but they cannot oblige the court in any manner whatsoever for the subsequent cases.[142]

This paragraph never ceases to amaze me, because what the Court presented as a "*maxim of law*" was certainly not a maxim of Argentine or Spanish law, but closer to a Common Law maxim.

Additionally, the paragraph just translated may also sound familiar to the American ears, and this is due to the fact that it was undoubtedly taken from the opinion of the Court penned by Chief Justice John Marshall in *Cohens v. Virginia.*[143] Many times the Supreme Court of Argentina cited cases decided by the U.S. Supreme Court. Those foreign precedents, as Miller says, had a legitimating force when interpreting analogous constitutional clauses and for many influential thinkers they represented the correct understanding of the Argentine clauses.[144] I ignore why in this particular opportunity the Court silenced the paragraph's reference and omitted to add italics to it, when the aforementioned reliance was that frequent and the notion referred was devoid of any particular political

---

141. *Elortondo*, Fallos 33:162, at 199 ("[E]l caso del Ferro-Carril Central Argentino es tan concluyente, que no se concibe cómo la cuestión de constitucionalidad de esta ley ha podido traerse ante esta Corte, si algún respeto han de merecer los precedentes establecidos.").

142. *Id*. at 196 ("[P]orque cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sinó [sic] con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como esempio, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan,, y que en cuanto vayan más allá, pueden ser respetadas pero de ninguna manera obligan el juicio del Tribunal para los casos subsiguientes.").

143. P.J. Cohen & M.J. Cohen v. Virginia, 19 U.S. 264, 399 (1821) ("It is a maxim not to be disregarded that general expressions, in every opinion, are to be taken in connection with the case in which those expressions are used. If they go beyond the case, they may be respected, but ought not to control the judgment in a subsequent suit when the very point is presented for decision."). This paragraph is offered by Murphy and Kernochan as an example of obiter dictum. HARRY W. JONES, JOHN M. KERNOCHAN & ARTHUR W. MURPHY, LEGAL METHOD 131 (1978 ed.).

144. *See* Miller, *supra* note 15, at 11, ch. V.

meaning that could have refrained the Court from disclosing its American pedigree.[145]

Finally, the notion of *obiter dictum* has been used many times by the Supreme Court with or without reference[146] to its formulation in *Elortondo,* and is currently employed by it.[147] One can fairly say that the identification of peripheral, tangential or in passing comments in a decision is an activity incorporated into Supreme Court practice.

5. The Binding Character of Supreme Court Precedents

5.1. Introduction

We have seen that the Supreme Court of Argentina has used its past decisions in support of todays since its very beginnings. District courts have

145. According to García-Mansilla and Ramírez Calvo, some scholars have a sort of bias against the U.S. that lead those scholars to minimize the powerful influence the United States Constitution and, specifically, the influence its liberal values had on the Argentine Constitution, thereby falsifying the historical truth. *See* GARCÍA-MANSILLA & CALVO, *supra* note 2, at 6.

146. An interesting case in which the Court did not refer to *Elortondo* but applied the notion of *obiter dictum*, claiming the power of the deciding Court to say what was the rule of law for which the precedent is made to stand, is Félix Antonio Degó, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Oct. 20, 1958, Fallos 242:73 (1958) (Arg.).

147. Luis y Jutto Vila y otros c. Provincia de Córdoba, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 6, 1937, Fallos 178:308 (1937) (Arg.); Margarita M. Fornasini de Ponce, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], May 23, 1951, Fallos 219:583 (1951) (Arg.); Compañía Azucarera Tucumana S.A., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], June 2, 1975, Fallos 292:84 (1975) (Arg.); Eduardo Manuel Bocaccio, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Oct. 18, 1983, Fallos 305:1694 (1983) (Arg.); Horacio Verbitzky y otros, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], June 13, 1989, Fallos 312:916 (1989) (Arg.); Santiago Omar Riveros y otros, Dec. 11, 1990, (Petracchi and Oyhanarte, concurring opinion) Fallos 313:1392 (1990) (Arg.); Abaco Compañía Financiera S.A., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Mar. 24, 1992, Fallos 315:449 (1992) (Arg.); C. J. A., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Dec. 4, 1995, Fallos 318:2481 (1995) (Arg.); Sebastián Arriola y otros, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 25, 2009, (Argibay, concurring opinion) Fallos 332:1963 (2009) (Arg.); Unión de Usuarios y Consumidores c. E.N., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Oct. 1, 2013, Fallos 336:1612 (2013) (Arg.); Carolina Marite Muñoz y otro, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], May 6, 2014, Fallos 337:505 (2014) (Arg.); Isabel Lindow de Angio c. Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Mar. 3, 2015, Fallos 338:134 (2015) (Arg.); Leonel Ignacio Acosta, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 22, 2017, Fallos 340:1084 (2017) (Arg.); Recurso de Queja No. 1, Imputado: Carlos del Señor Hidalgo Garzón, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Dec. 4, 2018, unpublished opinion (Maqueda and Lorenzetti, concurring opinions) (2018) (Arg.).

also relied in Supreme Court precedents when deciding cases, generally taking for granted that Supreme Court decisions had to be followed. Among the federal cases that reached the Supreme Court during the nineteenth century, I could not find any district court decision that openly refused to follow Supreme Court precedents. On the contrary, the rhetoric employed by those courts allows me to infer that they considered themselves bound to follow Supreme Court precedents on point, notwithstanding the fact that there are not decisions in which a district court elaborates on this subject until 1883.[148]

The same can be said as to the way the Supreme Court worked during that Century.[149] Until today, I registered only one important nineteenth century case, *Sojo*,[150] rendered in 1887, in which the Supreme Court, in a split decision, 3-2, expressly overturned the decision in *Acevedo*.[151] Something not to disregard in the *Sojo* case is that the majority vote was conformed with the dissenter in *Acevedo* and two recently appointed Justices that hadn't participated in the *Acevedo* decision.[152] As we have seen above, it is precisely the binding character of Supreme Court past decisions what

148. One district court decision that expressly affirmed that inferior courts should follow Supreme Court decisions rendered in analogous cases and which proceeded accordingly is Rodríguez Balmaceda y Cía. c. El Fisco Nacional, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Sept. 5, 1868, Fallos 6:159, 160 (1868) (Arg.). However, the district judge limited the scope of the ruling to questions of jurisdiction, stating "as to the reach of the Federal Justice, the district courts must subordinate their proceedings to the jurisdiction established in the resolutions of their Superior." *Id*. ("y que los Juzgados de primera instancia deben subordinar sus procedimientos a la jurisdicción establecida por las resoluciones de su Superior en cuanto al alcance de la justicia Federal[.]") (internal citations omitted); *see* Magdalena Videla c. Vicente Aguilera, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Apr. 9, 1870, Fallos 9:53 (1870) (Arg.). The first decision that reached the Supreme Court in which a district court expressly affirmed, *obiter dictum*, that there was no "legal" obligation to conform its decisions to Supreme Court precedents but followed them, was rendered in 1883 in the *Pastorino* case. Bernardo Pastorino c. Ronillón, Marini y Cia., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], June 23, 1883, Fallos 25:364 (1883) (Arg.); *see infra* note 189, at 73, and accompanying text.

149. Miller, *supra* note 15, at 1559 ("Traditionally, both the Argentine Supreme Court and lower courts took the Argentine Supreme Court's precedents seriously. At least through the 1890's Argentine Supreme Court precedents were regarded as binding on the lower courts . . . . Regarding the Supreme Court itself, the Court regularly cited its own precedents and sought to follow them[.]") (internal citations omitted).

150. Eduardo Sojo, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Sept. 22, 1887, Fallos 32:120 (1887) (Arg.).

151. Eliseo Acevedo, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 1, 1885, Fallos 28:406 (1885) (Arg.). The Court formed a quorum, with only three Justices out of five. The majority was signed by Domínguez and Federico Ibarguren. Frías voted in dissent.

152. Recently appointed Justices Victorica and Zavalía, and experienced Justice Frías formed the majority opinion of the Court. Justices Ibarguren and de la Torre (both in the majority decision in *Acevedo*) dissented. *See Sojo*, Fallos 32:120; *Acevedo*, Fallos 28:406.

Justice Zavalía – now in the majority overruling decision – will claim two years later in his dissent in *Elortondo.*

There is much literature on *stare decisis* in the common law world. As expected, not everybody offers the same idea about the binding effect of highest courts decisions. Besides, in the U.S. one important difference to take into account refers precisely to the subject matter. I am aware that *stare decisis* offers its weakest form in constitutional adjudication.[153] In Argentina we don't find such an abundant and varied offer. Yet, the problem has been expressly discussed judicially and academically in some occasions, as we'll see in the following pages.

5.2. The Supreme Court's Respect for its Own Precedents

5.2.1. Political Instability of the Past

Before speaking about *stare decisis* it is necessary to take a fast trip through Argentine political convoluted life in the twentieth century. Until 1930 one does not perceive that the Court has overruled its own precedents very frequently. There's being some changes in the case law, but they did not damage the Court´s credibility.[154] Constitutional law scholars of the time did not attack the Court for rendering overruling decisions too often either.[155] Nevertheless, since 1930, political instability was a constant feature of Argentine life until 1983. In between those years, Argentina experienced six coups d ètat (1930, 1943, 1955, 1962, 1966 and 1976).

153. Henry Paul Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 COLUM. L. REV., 723, 741 (1988) ("Resort to stare decisis presents formidable problems. In the common-law area, the doctrine has been the target of unremitting attack throughout this Century . . . . If stare decisis cannot maintain a powerful grip on the common-law system that spawn it, it is not surprising that it appears to have fare still worse in the highly charged atmosphere of constitutional adjudication.").

154. Santiago Legarre agrees with this assessment. *See* Santiago Legarre, *Precedent in Argentine Law,* 57 LOYOLA L. REV. 781, 788 (2011) ("[A]t the appellate level, including the Supreme Court, courts tend to follow prior decisions and treat them, to some extent, as precedent.").

155. Probably the most famous cases of the first third of the 20th century were those that attacked the first rent control law. *See generally* Agustín Ercolano c. Julieta Lanteri de Renshaw, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Apr. 28, 1922, Fallos 136:161 (1922) (Arg.); José Horta c. Ernesto Harguindegui, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 21, 1922, Fallos 137:47 (1922) (Arg.); Leonardo Mango c. Ernesto Traba, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 26, 1925, Fallos 144:219 (1925) (Arg.). On the mortgage morarorium law, see Oscar Agustín Avico c. Saúl G. de la Pesa, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Dec. 7, 1934, Fallos 172:21 (1934) (Arg.).

In 1930 the Court was left untouched and in 1943 the military *junta* covered a vacancy in the Court appointing one Justice.[156] In 1947, Perón put into effect his own Court packing plan. As a consequence of it, the Supreme Court Justices were successfully impeached and replaced with members of the political party in government. The only exception was the Justice that had been appointed by the military government in 1943, who remained in Court. In 1949 a Constitutional Convention replaced the 1853-1860 Constitution with a completely new one.

In 1955, a new *coup d' ètat* overthrown the government and removed the Justices of the Supreme Court, appointing five new Justices. In 1957, the 1949 Constitution was abrogated by the *de facto* government and it reinstated the 1853-1860 Constitution. Also in 1957, a Constitutional Convention reinstated the 1853-1860 Constitution and added several amendments. The same replacements and appointments happened in 1966 and 1976 *coups d' ètat*, and new Justices were also appointed by the democratically elected governments in 1973 and 1983.

5.2.2. Stare Decisis and the Supreme Court Case Law: A Rule that Allows Exceptions

As one can fairly infer from the previous survey, the political instability of Argentina in the period 1930-1983 should have had its counterpart in the Supreme Court case law. To say the least, it would be too much to ask a Supreme Court appointed by a democratic government to respect precedents established by its *de facto* predecessors.[157] The decisions of the later may be persuasive but never binding. Its spurious origin undermines its authority.

However, the political situation has been different since 1983. Governments have been freely elected by the people and Supreme Court appointments have been made in accordance with the Constitution. Generally speaking, and considering the historical background against which the Supreme Court acts, during this period there has been stability in the Court case law except for highly important cases that for different reasons may be considered worth of overruling by a circumstantial majority. In exceptional cases of the sort just referred the Justices don't appear to feel constrained by precedent.

156. Juan Domingo Perón was the Vice President of that *de facto* government and, at the same time, was acting as Minister of War and Secretary of Labor.

157. The Supreme Court has either explicitly or implicitly overruled its own precedents many times, regardless of the legitimacy of the Courts that handed down those decisions. *See* Alberto F. Garay, *Federalism, the Judiciary and Constitutional Adjudication in Argentina*, 22 INTER-AM. L. REV. 161, 189, n.201 (1991).

In Argentina one my confirm Justice Scalia's assertion that "overruling of precedent rarely occurs without change in the Court's personnel."[158] The descriptive difference with Scalia's assertion rests in context: in the twentieth and twenty-first centuries the Argentine Supreme Court´s personnel, many times the full Court´s personnel at once, has been replaced more frequently than in the U.S. Supreme Court.[159] The drug possession for personal consumption saga, commented above, is a good example in a highly contested issue. The *Bazterrica* case[160] – decided by 1983 Supreme Court appointees – overruled *Colavini*,[161] a case that had been rendered eight years before by a Supreme Court composed of different Justices, all of them appointed by the 1976 *de facto* government. Five years later, in *Montalvo*,[162] a majority of the Court overruled *Bazterrica.*[163] Finally, the *Arriola* case,[164] overruling *Montalvo,* was decided in 2009 after two Justices of the *Montalvo* majority (plus other two Justices previously appointed by President Menem) were impeached during Néstor Kirchner's government.

If the Court renews its personnel very frequently and if there is not a strong tradition favorable to *stare decisis*, it only seems inevitable that the Supreme Court's case law will reflect this.[165]

---

158. South Carolina v. Gathers, 490 U.S. 805, 824 (1989) (Scalia, J., dissenting).

159. See the list of Justices until 1987 in JONATHAN MILLER ET AL., CONSTITUCIÓN Y PODER POLÍTICO: JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA Y TÉCNICAS PARA SU INTERPRETACIÓN 1155-57 (1987); *see El Período de la Continuidad Institucional*, *in* 1 HISTORIA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA 23, 41 (Alfonso Santiago ed., 2013).

160. See the cases cited *supra* note 112 and accompanying text.

161. Ariel Omar Colavini, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Mar. 28, 1978, Fallos 300:254 (1978) (Arg.).

162. *See* cases, *supra* note 116 and accompanying text.

163. However, that majority decision was obtained after President Menem's government enlarged the Supreme Court from five to nine members in 1990, appointing finally six new Justices due to two preexisting vacancies.

164. *See* cases, *supra* note 119 and accompanying text.

165. Garay, *supra* note 41. A quick survey of the last fifteen years shows the following overruling decisions: Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina), Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 19, 2004, Fallos 327:3117 (2004) (Arg.), *overruling* Ganadera Los Lagos S.A. c. Nación Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], June 30, 1941, Fallos 190:142 (1941) (Arg.); Isacio Aquino c. Cargo Servicios Industriales S.A., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Sept. 21, 2004, Fallos 327:3753 (2004) (Arg.), *overruling* Juan Ramón Gorosito c. Riva S.A., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Feb. 1, 2002, Fallos 325:11 (2002) (Arg.); María del Carmen Sánchez c. ANSeS, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], May 17, 2005, Fallos 328:1602 (2005) (Arg.), *overruling* Sixto Celestino Chocobar v. ANSeS, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Dec. 27, 1996, Fallos 319:3241 (1999) (Arg.); Alberto Damián Barreto y otra c. Provincia de Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Mar. 21, 2006, Fallos 329:759 (2006) (Arg.), *overruling*

One of the first times the Court expressly treated its overruling power was in *Baretta*,[166] a case decided in 1939. Two years before *Baretta*, the Court had decided *Vila*[167] where it had designed a new standard under which to consider cases on provincial taxes levied by a Province allegedly contrary to several articles of the Constitution. After the *Baretta* Court decided to follow *Vila*'s holding, it also stated:

> The Court's decision . . . must comply . . . with the conclusions reached in *Vila,* because the Tribunal could not move away from its case law but under causes sufficiently serious as to justify the change of criteria. It would be extremely inconvenient to the public[,] if precedents were not duly regarded and implicitly followed. And even if the latter does not mean that the authority of those antecedents are not decisive in every respect, nor that in constitutional matters the principle of stare decisis applies without any reservation[,] it is not less true that if the error and inconvenience do not clearly emerge from the decisions already rendered, then the solution of the instant case must be found in the referred precedents.[168]

Beatriz Isabel de Gandia c. Provincia de Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Oct. 6, 1992, Fallos 315:2309 (1992) (Arg.); Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Tierra del Fuego, Dec. 18, 2007, Fallos 330:5279 (2007) (Arg.), *overruling* Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Casa de la Provincia del Chubut, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 5, 2003, Fallos 326:2479 (2003) (Arg.); Sebastián Arriola y otros, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 25, 2009, Fallos 332:1963 (2009) (Arg.), *overruling* Ernesto Alfredo Montalvo, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Dec. 11, 1990, Fallos 313:1333 (1990) (Arg.); César Alejandro Baldivieso, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Apr. 20, 2010, Fallos 333:405 (2010) (Arg.), *overruling* Norma Beatriz Zambrana Daza, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 12, 1997, Fallos 320:1717 (1997) (Arg.); Leopoldo Héctor Schiffrin c. Poder Ejecutivo Nacional, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Mar. 28, 2017, Fallos 340:257 (2017) (Arg.), *overruling* Carlos Santiago Fayt c. Estado Nacional, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 19, 1999, Fallos 322:1616 (1999) (Arg.).

166. Miguel Baretta c. Provincia de Córdoba, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], May 15, 1939, Fallos 183:409 (1939) (Arg.).

167. Luis y Justo Vila y otro c. Provincia de Córdoba, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 6, 1937, Fallos 178:308 (1937) (Arg.).

168. *Baretta*, Fallos 183:409, at 413 ("La sentencia . . . debe ajustarse . . . a las conclusiones de aquél, porque no podría el tribunal apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio. Sería en extremo inconveniente para la comunidad –dice Cooley citando al Canciller Kent, Constitutional Limitations, T. 1, pág. 116- si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos.Y aun cuando ello no signifique que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos los supuestos, ni que pueda en materia constitucional, aplicarse el principio de 'stare decisis', sin las debidas reservas –conf. Willoughby, On the Constitution, pág. 74- no es menos cierto que cuando de las modalidades del supuesto a fallarse, no resulta de manera clara, el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes.").

This case has been quoted or cited by the Supreme Court in many occasions.[169] If one takes into account the Supreme Court case law until 1930, the compromise assumed by the Court in *Baretta* and in many other cases handed down since 1983 in which it mentions or quotes with approval the principle announced in *Baretta*, one could assert that the Supreme Court tends to respect its own precedents. Thus, from all those cases and the regularity that they represent, one can make explicit a rule that command the aforementioned respect. Undoubtedly, that due respect would not be an inexorable command, as Justice Brandeis[170] and others have approvingly held many years ago, but a rule with exceptions is still a rule.[171]

The foregoing ideas were adopted by the Argentine Supreme Court in what appears to be a consistent line of precedents that started with a dissent[172] and years later became the opinion of the Supreme Court. In *Barreto,*[173] the Court held that the respect of its own precedents is not a rigid rule and allows some exceptions. After reciting the *Baretta* quoted paragraph, the Court considered that among the causes that authorize an overruling are (i) the erroneous character of the decision in question, (ii) the lessons of the experience and (iii) the changing historical circumstances.[174] The exceptions announced are expressly rooted in U.S. Supreme Court precedents.

---

169. *See* Sucesión Emilia Namen de Cheuan c. Dirección Nacional de Aduanas, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 20, 1995, unpublished opinion (1995) (Arg.); Alberto Damián Barreto y otra c. Provincia de Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Mar. 21, 2006, Fallos 329:759 (2006) (Arg.); Arte Radiotelevisivo Argentino c. Estado Nacional, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Feb. 11, 2014, Fallos 337:47 (2014) (Arg.); Eduardo Díaz García c. Swiss Medical ART, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Dec. 4, 2018, unpublished opinion (Rosatti dissenting) (2018) (Arg.); Recurso de Queja No. 1, Imputado: Carlos del Señor Hidalgo Garzón, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Dec. 4, 2018, unpublished opinion (2018) (Arg.); Daniel Alberto Tejada c. Asociart S.A., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Dec. 18, 2018, unpublished opinion (Rasatti dissenting) (2018) (Arg.).

170. Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 286 U.S. 393, 405-06 (1932).

171. HERBERT L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 136 (Oxford University Press, 10th ed. 1971) ("It does not follow from the fact that such rules have exceptions incapable of exhaustive statement, that in every situation we are left to our discretion and are never bound to keep a promise. A rule that ends with the word 'unless . . .' is still a rule.").

172. *See* Ernesto Alfredo Montalvo, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Dec. 11, 1990, Fallos 313:1333 (Petracchi, J., dissenting) (1990) (Arg.).

173. Alberto Damián Barreto y otra c. Provincia de Buenos Aires y otro, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Mar. 21, 2006, Fallos 329:759 (2006) (Arg.); *see* Mabel Itzcovich c. Anses, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Mar. 29, 2005, Fallos 328:566 (2005) (Arg.); Carlos Alberto Rosza y otro, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], May 23, 2007, Fallos 330:2361 (2007) (Arg.).

174. *Barreto*, Fallos 329:759, at 765.

5.2.3. Is the Horizontal Stare Decisis a Sound Principle?

Objections to the binding character of Supreme Court decisions abound in Argentina. Most of them are the same as those expressed two centuries ago in England by Hobbes or Bentham,[175] or in the twentieth century in the U.S. by Brandeis[176] and many more. All of them appeal to the decision's correctness (its "error") and, in the case of Brandeis, to the idea that to follow or not to follow a Supreme Court precedent is "a question entirely within the discretion of the court." The same ideas may have a different impact in a civil law mind. The ideas of the "decision's correctness" or "the discretion of the Court" – operating without the constraining principles of the Common Law in the background – taken to its full extension would authorize a Court to overturn a decision if simply thinks that the decision's holding is wrong.

In my opinion horizontal *stare decisis* is an indispensable tool in any court system. It fosters equal treatment, legal certainty, foreseeability and economy, values traditionally ascribed to the doctrine of precedent[177] and implicit in the idea of the supremacy of law that permeates the systems of Civil Law. "Nobody is above the law" is a repeated phrase in both legal traditions and that limit also operates on the Justices. I submit that such a limit may be rooted in the Constitution and in the precedents that interpret it.

---

175. *See* DUXBURY, *supra* note 121, at 17 ("Bentham was forthright on this point: although we speak of a judge creating a rule when pronouncing a decision, this decision can be 'nothing more than a *particular* rule, bearing upon the individual person and things in question.' '*Rules*? yes,' he asserted, '*Rules of law*? No', for the binding force of the decision does not extend beyond the particular instance . . . . Hobbs appreciated that precedents may be treated as authoritative, but did not consider they must be: judicial reason, he claimed, is neither the artificial perfection of reason extolled by Coke nor the 'right reason' of the sovereign, but merely the natural reason of any competent person; judges are as prone to error as anyone else, and so while a judge today might well follow an example set by his forbears because he finds it satisfactory, he should not consider it binding – even 'though sworn to follow it' – if he considers it mistaken.").

176. Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U.S. 393, 405-07, 412-13 (1932) (Brandeis, J., dissenting) ("Stare decisis is not, like the rule of res judicata, a universal, inexorable command . . . . Stare decisis is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right. This is commonly true even where the error is a matter of serious concern, provided correction can be had by legislation. But in cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this court has often overruled its earlier decisions . . . . In cases involving constitutional issues of the character discussed, this Court must, in order to reach sound conclusions, feel free to bring its opinions into agreement with experience and with facts newly ascertained, so that its judicial authority may, as Mr. Chief Justice Taney said, 'depend altogether on the force of the reasoning by which it is supported.'") (internal citation omitted); Hertz v. Woodman, 218 U.S. 205, 212 (1910) ("The rule of stare decisis, though one tending to consistency and uniformity of decision, is not inflexible. Whether it shall be followed or departed from is a question entirely within the discretion of the court, which is again called upon to consider a question once decided.").

177. RICHARD WASSERSTRÖM, THE JUDICIAL DECISION: TOWARDS A THEORY OF LEGAL JUSTIFICATION 56-74 (1961).

On the one hand, as I have showed in Part II above, the idea of treating similar cases alike has an ancient pedigree in Argentine history. This was a demand of the legal profession that the Supreme Court respected since its establishment in the nineteenth century. During those years, there weren't frequent overrulings. That principle was also respected by the district courts. At the same time the American Constitutional practice furnish the Argentine federal system with tools that presupposed the principle of *stare decisis*, the idea of precedent and of *obiter dictum.*[178] As a consequence of this respect, the case-law was stable until 1930s. So, one can fairly say that the need of stability in judicial decisions was implicit in the idea of Judicial Power consecrated in the Constitution. Obviously, you can't attain stability if the system does not articulate some kind of *stare decisis*. It is not a mere coincidence that during this period of legal stability the Argentine economy grew at a formidable rate and citizens enjoyed a high standard of living despite some corrupt political practices.[179]

On the other hand, the appointment of a new Justice cannot be viewed as a sufficient reason to overrule a decision because a dose of impersonality is of the essence of the judicial function, particularly when the Court is interpreting the Constitution.[180] If a simple change of personnel would be considered a sufficient reason to legitimate an overruling one could say that the Court is acting as if it were the Congress before new legislation. Simple majority rule and contingent value predilections can be argued for by legislators as inherent in their political capacity. Further, they can legitimately argue that the people voted them to implement those values through appropriate legislation.

But a Supreme Court Justice (or judges generally) can neither claim the same power nor the same representation as legislators. They do not carry a popular representation and their positions are for life (as long as they observe good behavior). Their decisions must be impartial and detached from any political affiliation. A Justice must not confuse the constitutional rights and powers with their personal preferences.

---

178. Bear in mind the *Elortondo* case, analyzed *supra* section IV.4.2.

179. *See* Miller, *supra* note 15, at 1534.

180. The idea of impersonality is stressed by Monaghan as to the U.S. Supreme Court. *See* Monaghan, *supra* note 153, at 752. The Supreme Court of Argentina has returned to the bad habit of highlighting the presence of new Justices in the Supreme Court when overruling a prior decision. *See* Alberto Damián Barreto y otra c. Provincia de Buenos Aires y otro, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Mar. 21, 2006, Fallos 329:759 (2006) (Arg.) ("Tribunal's members that subscribe this decision consider that the generalized notion of 'civil cause' that is in use since the 1992 precedent just mentioned must be abandoned.") ("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.").

As Justices O'Connor, Kennedy and Souter said in *Casey:*

> [O]ur obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code . . . . To overrule prior law for no other reason than that would run counter to the view repeated in our cases, that a decision to overrule should rest on some special reason over and above the belief that a prior case was wrongly decided.[181]

Changes in the constitutional case law must be tolerated and may be made. But in order to implement them, special circumstances must concur. The Argentine Supreme Court, following the categories allowed by the U.S. Supreme Court has articulated them. Apart from the case of "error" – a category too much malleable as to consent to it without reservations – the remaining circumstances can be fairly tested. If the Justices behave with candor, and I stress upon the word candor, those categories may fulfill the purpose for which they were created.

5.2.4. The Vertical Reach of Precedent

When the U.S. Supreme Court decides a constitutional issue, its holding binds every federal and state court addressing the same constitutional issue.[182] In Argentina the same rule is a matter of debate. Initially, federal courts appear to follow Supreme Court case-law. For instance, in the *Rodríguez Balmaceda,*[183] case the question was whether the Government could be sued. After considering an analogous case decided by the Supreme Court, the district judge stated that "as to the reach of the Federal jurisdiction, the district courts must subordinate their proceedings to the jurisdiction established in the resolutions of their Superior."[184] The Supreme Court, after reciting the rule that stated that the Government couldn't be sued, rule mentioned by the district court, expressly referred to the same Supreme Court case cited by the district judge on support of its decision and affirmed the judgment.[185]

---

181. Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 850, 864 (1992) (citing Mitchell v. W T. Grant Co., 416 U. S. 600, 636 (1974) (Stewart, J., dissenting) ("A basic change in the law upon a ground no firmer than a change in our membership invites the popular misconception that this institution is little different from the two political branches of the Government. No misconception could do more lasting injury to this Court and to the system of law which it is our abiding mission to serve"); and Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643, 677 (1961) (Harlan, J., dissenting).

182. *See* Frederick Schauer, *Precedent*, 39 STAN. L. REV. 571, 576 (1987).

183. Rodríguez Balmaceda y Cía. c. el Fisco Nacional, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Sept. 5, 1868, Fallos 6:159 (1868) (Arg.).

184. *Id*. at 160 ("y que los Juzgados de primera instancia deben subordinar sus procedimientos a la jurisdicción establecida por las resoluciones de su Superior en cuanto al alcance de la justicia Federal[.]") (internal citations omitted).

185. *Id*. at 161 ("No pudiendo ser demandada la nación ante los Juzgados Federales, como lo tiene ya declarado la Suprema Corte, en el caso citado por el Juez de Sección, y en otros análogos,

Two years later, in *Videla*,[186] the federal judge, after making explicit the holding of a prior Supreme Court´s decision, stated that:

> [T]he federal courts must conform their proceedings and resolutions to the Supreme Court's resolutions rendered in analogous cases . . . . The present case is identical to the case of Mr. de la Peña and his wife Elena Eiras . . . so the case must be decided in the same way, subordinating its decision to the Supreme Court declarations[.][187]

The Supreme Court upheld the appealed judgment. The Supreme Court held: "in accordance with the grounds stated therein, the judgment is affirmed."[188] The brevity of the Supreme Court judgment raises problems of interpretation. For it is not altogether clear whether the Supreme Court approves the whole opinion, some parts of it or just the holding. In spite of that ambiguity, in my view, if the Court had considered that the "*subordination*" announced by the district court was a wrong assumption, it would have corrected it. Particularly, because it was the second time a district court declared that subordination. Besides, as I stated before, federal courts usually followed Supreme Court precedents to decide those cases under their jurisdiction.

Nevertheless, thirteen years later, another district judge stated a different argument that would change the judges' position as to Supreme Court's precedents. In *Pastorino*,[189] the plaintiff had argued that his claim was based on a Supreme Court precedent. The district court reviewed the precedent and concluded that it did not support the plaintiff's claim. Following that, the judge said:

> On the other side, the Supreme Court resolutions only decide the concrete case under its consideration, and they do not legally obliged but to the parties to the lawsuit; the difference between the legislative function and the judicial one lays therein. If it is true that it exists a moral obligation of inferior judges to conform their decisions to the Supreme Court's in

---

se confirma el auto apelado de fojas treinta y seis, con costas; y satisfechas éstas y repuestos los sellos, devuélvanse.").

186. Magdalena Videla c. Vicente García Aguilera, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Apr. 9, 1870, Fallos 9:53 (1870) (Arg.).

187. *Id.* at 54 ("[Q]ue los Juzgados Seccionales deben ajustar sus procedimientos y resoluciones, a las decisiones de la Suprema Corte, que en casos análogos dicte haciendo jurisprudencia . . . . Que siendo este juicio idéntico al de la señor de la Peña y su esposa Elena Eyras . . . , debe resolverse el caso del mismo modo, subordinándose a las declaraciones de la Suprema Corte.").

188. *Id*. at 55 ("Y vistos: por su fundamento se confirma, con costas, el auto apelado de fojas catorce y vuelta, y satisfechas éstas y repuestos los sellos, devuélvase."). At the time, the Supreme Court commonly used this formula.

189. Bernardo Pastorino c. Ronillón, Marini y Cia., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], June 23, 1883, Fallos 25:364 (1883) (Arg.).

> analogous cases . . . that obligation is mainly grounded in the presumption of truth and justice that informs the wisdom and integrity that characterize to the magistrates that conform it. That obligation has the purpose of preventing useless appeals, but this does not take away from the judges the power to appreciate with its own criteria those resolutions and depart from them when, in its judgment, they do not conform to clear legal rules, because no court is infallible. Besides there are precedents than run counter previous ones decided in analogous cases.[190]

The judge's *dictum* is not entirely clear. It undoubtedly was an *obiter dictum* because that exposition was not necessary to reach the result. The district judge expressly recognized it in the following lines. The appeal to the "moral" obligation, in a Civil law country, clearly diminishes the force of the obligation. It is an obligation that is not established by statute or code rule. It is merely "moral," that is, an obligation to be fulfilled if, and only if, the obliged considers that it deserves to be fulfilled. So, the obligation depends entirely on the obligated willingness. But, be it as it may, this *dictum* seems to be limited to very anomalous cases in which the Supreme Court precedent is rendered contrary to "*clear legal rules*" ("*preceptos claros del derecho*"). The district judge paragraphs previously quoted did not have any serious repercussion in the Supreme Court. It laconically affirmed the lower court's decision "*by its foundation*" and only reversed it in a minor question of fact.

Many years later, in *Cermámica San Lorenzo*,[191] the Supreme Court introduced a very disturbing caveat. In this case, the inferior court had decided against a Supreme Court's precedent, without considering the statutory interpretation the Supreme Court had made therein and despite the fact that the aggrieved party had supported her defense on that precedent. The Supreme Court reversed, because the decision under consideration had decided against the precedent "without making new arguments that would justify a change in the position settled by the Court in its character of final

---

190. *Id*. at 368.

> Que por otra parte, las resoluciones de la Corte Suprema sólo deciden el caso concreto sometido á su fallo y no obligan legalmente sino en él, en lo que consiste particularmente la diferencia entre la función legislativa y la judicial; y si bien hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos, á [sic] los fallos de aquél Alto Tribunal, él se funda principalmente en la presunción de verdad y justicia que á [sic] sus doctrinas dá [sic] la sabiduría é [sic] integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles, sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas cuando á [sic] su juicio no sean conformes á los preceptos claros del derecho, porque ningún Tribunal es infalible y no faltan precedentes de que aquellos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos.

Id.

191. Cerámica San Lorenzo, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], July 04, 1985, Fallos 307:1094 (1985) (Arg.).

interpreter of the Constitution and of the laws enacted as a consequence of it[.]"[192]

On one level, the decision is contradictory. The Supreme Court cannot hold that lower courts have no real legal obligation to follow Supreme Court precedents, while simultaneously holding that a lower court which departs from precedent must furnish novel grounds for disregarding it, or else the Supreme Court will reverse. It is obvious that if the lower court must provide *"new grounds"* in case of departure, it is because the precedent binds in the sense that, regardless your own contrary point of view on the matter, you have to follow the precedent on point.

Additionally, the Supreme Court cited three cases in support of its conclusion: *Pastorino,*[193] *Santín*[194] and *Pereyra Iraola*.[195] *Pastorino* calls for a moral obligation to follow precedent unless the latter shows a departure from "clear legal rules." *Santín* accepts a departure from precedent based on "new and justifiable controverting grounds."[196] And *Pereyra Iraola*, stresses that discarding Supreme Court precedents would damage the constitutional order.[197] It is evident that one cannot make explicit a rule that embodies the three cases. Still, to allow lower courts departure from precedent as long as they have "novel grounds" was an invitation to disagree. Because, in what sense of "novel" or "new" has an argument to be in order to satisfy *Cerámica San* Lorenzo?

This vague requirement gives great leeway to the rebellious judges' imagination, it fosters unending litigation, deteriorates the Supreme Court credibility, it breeds uncertainty and it turns the law unstable. If you add to this short list the pernicious idea that for some scholars and judges the appointment of new Justices would legitimate *per se* a precedent's overruling, you have created a chaotic system where anything or almost anything goes.

Dawson's remarks about the French legal system are a perfect fit for those who oppose *stare decisis* in Argentina. As he put it:

> An effective case-law technique employed by judges through the medium of the reasoned opinion, with the responsibilities that it should entail, has

192. *Id*. at 1097 ("carecen de fundamento las sentencias 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[.]").

193. *See Ronillón*, Fallos 25:364, at 368.

194. Jacinto Santín c. Impuestos Internos, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Oct. 6, 1948, Fallos 212:51 (1948) (Arg.).

195. Sara Pereyra Iraola c. Provincia de Córdoba, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Oct. 15, 1948, Fallos 212:160 (1948) (Arg.).

196. Santín, Fallos 212:51, at 59.

197. *See Pereyra Iraola*, Fallos 212:160, at 160.

> the purpose and should have the effect of limiting the powers of judges. Its absence in France has resulted from a desire to limit the power of judges, but it has produced instead a much greater freedom for judges than we would consider tolerable.[198]

The same excessive freedom for judges has occurred in Argentina. In the following years after *Cerámica San Lorenzo* the Supreme Court had to overturn many lower court decisions that ruled against Supreme Court precedents.[199] However it is impossible to extract a rule from them. The standard is so vague that covers a too wide range of cases.

V. CONCLUSION

For Argentines, the Doctrine of Precedent is, as such, a foreign tradition, respectable but alien to its legal system. Argentines consider that they belong to the Civil Law tradition. Both claims may be true, but they are incomplete. From the moment it was established, the Argentine Supreme Court had to answer an ancient demand of the legal community: to judicially treat like cases alike and in so doing to consider prior decisions. Those demands also included the publication of decisions. The Supreme Court took all these requests seriously. It recorded its decisions – taking as a model the U.S. Supreme Court tradition – and made them public. It decided cases taking into account previous decisions and the latter practice disseminated in the federal courts. So, Supreme Court decisions were also used by lower courts to ground theirs.

At one point, intuition and Logic were not enough to cope with the kind of problems that such a methodology entailed. At a certain point, without a systematic way of approaching those difficulties, the method could not evolve and got stuck. Legal certainty, stability, equality or fairness, foreseeability, and judicial economy are values underlying the Doctrine of Precedent, but they also belong to the idea of supremacy of laws, so cherished

198. DAWSON, *supra* note 20, at 415.

199. Patricia Dorotea Cuello c. Lucena, Pedro Antonio y otro, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Aug. 7, 2007, Fallos 330:3483 (2007) (Arg.); Fernando Salmerón y otro c. La Cabaña S.A. Línea 242 y otros, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Feb. 3, 2009, unpublished opinion, (2009) (Arg.); Martín Villarreal c. The Security Group S.A., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], May 12, 2009, Fallos 332:1098 (Lorenzetti, dissenting) (2009) (Arg.); Héctor Octavio Murillo c. Compibal S.R.L., Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], Sept. 30, 2008, Fallos 331:2149 (Lorenzetti, dissenting) (2009) (Arg.); Syngenta Agro S.A. c. Municipalidad de Córdoba, Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] [National Supreme Court of Justice], May 28, 2013, unpublished opinion (2013) (Arg.); *see* Santiago Legarre & Julio César Rivera, *La Obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis vertical*, REVISTA JURÍDICA LA LEY, 2009-E LL 821, 828 (2009) (Arg.).

in the Civil Law tradition. I need not to recall that in the Civil Law tradition legal certainty was and still is a fundamental tenet to be attained mainly by way of statutes (or codes) enacted by legislatures. The original intent was to fetter judges. In that scenario, generality or equal treatment also played an important role. One of the ingredients of any statute should be its generality. They should apply evenhandedly to those cases falling within the legislative umbrella. Like cases should be treated alike.

If those values are still present in the Civil Law tradition at the legislative level, why they are considered irrelevant or ignored at the moment of applying it by the judicial power? In the preceding pages I have tried to show how those values are forgotten or baffled just because there is a blind resistance to adapt a refined technique developed through the Centuries in the Common Law world. The doctrine of precedent is not a panacea and it's under re-elaboration from time to time. But the doctrine furnishes a framework to deal with cases that the Civil Law tradition does not have.

In my view, when a legal order leaves its judges at liberty to interpret the law or the Constitution contrary to Supreme Court's precedent, such legal order is betraying the system to which it belongs. The idea of one Supreme Court at the top of the federal judicial system consists, basically, in empowering that Court with the final word. Constitutional cases should not be re-litigated anew each time any federal or provincial court deems it appropriate. The "new grounds" exception commented above, undermines the constitutional scheme. As to horizontal stare decisis, the exceptions to that rule give enough room to accommodate the constitutional meaning to the years to come. In the end, it is power we are talking about. And power must have limits.

So, recognizing that precedents are more than just "persuasive" sources of law is a more accurate and fair description of a Supreme Court's power. The values underlying the law of the Constitution limit the Legislative power, as in fact it does, and must also limit the judicial power. Seeing this opens the door to seeing the limits to that power. Refusing to see it allows unequal treatment of equal cases and leaves us at the mercy of uncontrolled power.

Anexo 15

LA CORTE SUPREMA DEBE SENTIRSE OBLIGADA A FALLAR CONFORME SUS PROPIOS PRECEDENTES

(Aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso "Montalvo")

Por ALBERTO F. GARAY

SUMARIO: I. Introducción: *a) El stare decisis en el derecho constitucional norteamericano:* 1. La supremacía de la ley, la confianza pública, la Corte imparcial y el stare decisis; 2. Síntesis. — **II. La obligatoriedad del precedente constitucional en la Argentina:** *a) Introducción:* 1. Los hechos del caso "Montalvo"; 2. El caso "Bazterrica"; 3. Un hecho sobreviniente; *b) Análisis de la sentencia dictada en la causa "Montalvo":* 1. Mención de la Corte al caso "Bazterrica"; 2. La fuerza sancionatoria de la costumbre en la Corte Suprema; 3. Las sentencias de la Corte Suprema como "debate racional" acerca de la interpretación constitucional; 4. La igualdad ante la ley y el cambio de jurisprudencia: *A. Antecedentes del caso "Villada"; B. Comparación de "Villada" con "Montalvo";* 5. De nuevo sobre la jurisprudencia de la Corte y la igualdad. — **III. Esbozo de algunas excepciones a la regla general:** *a) Introducción; b) Algunos ejemplos; c) El caso "Montalvo" es un justificado cambio de jurisprudencia:* 1. Argumentos del ministro Petracchi respecto de la insatisfacción de tales causales; 2. Contra-argumentos del voto mayoritario; 3. El argumento constitucional de la mayoría. — **IV. Conclusión**

I. INTRODUCCION

"Tomar las opiniones de la Corte Suprema seriamente emergió como tópico de discusión en un almuerzo al que asistí el año pasado con varios secretarios letrados (*clerks*) de la Corte Suprema. De algún modo concluimos alrededor de un caso recientemente decidido por un Tribunal Federal de 1a. instancia compuesto por tres jueces, respecto del cual confiadamente opiné que estaba 'seguro' de que sería revocado sobre la base de principios anunciados en opiniones anteriores. Los secretarios letrados fueron un ejemplo de circunspección y amabilidad; ni una vez me confiaron que la sentencia (por voto dividido) sería confirmada. Pero ni bien había anunciado mis puntos de vista sobre el caso, uno de los secretarios comenzó a acosarme insistentemente y me preguntó si no sería simplemente que yo me tomaba las sentencias de la Corte 'demasiado en serio'. Admití que estaba inmerso en estos temas desde hacía bastante tiempo y que, a pesar de la fuerza de las presiones enfrentadas dentro de ese cuerpo, reconocía que mis nociones de fallar conforme a principios jurídicos tenían todo lo necesario como para poder sobrevivir en la Corte Suprema. Seguidamente y volviéndome sobre un ex alumno, me trabé en lo que consideré un excelente ejemplo de diálogo socrático:

"P.: Cuando Ud. estaba en la revista de la Facultad, ¿tomaba en serio lo que se decía en las sentencias de la Corte Suprema?

"R.: Sí.

"P.: Cuando Ud. consumió el verano trabajando en el estudio jurídico X, ¿tomaba en serio lo que se decía en las sentencias de la Corte Suprema?

"R.: Sí.

"P.: Cuando Ud. trabajó como secretario letrado en la Cámara de Apelaciones, ¿tomaba en serio lo que se decía en las sentencias de la Corte Suprema?"

"R.: Sí."

"P.: Cuando el año que viene se dedique al ejercicio libre de la profesión, ¿tomará en serio lo que se dice en las sentencias de la Corte?

"R.: Sí.

"P.: ¿Piensa Ud. que es un poco raro que la única institución que no toma en serio lo que se dice en sentencias de la Corte Suprema es la propia Corte Suprema?

"R.: (una sonrisa)" (1).

a) El stare decisis en el derecho constitucional norteamericano

En Estados Unidos, contrariamente a lo que se cree en nuestro medio, la doctrina del *stare decisis* no está firme y claramente establecida. Desde hace muchos años se discute, en particular, si la Corte Suprema está obligada a resolver los casos ocurrentes conforme las decisiones adoptadas por ella misma con anterioridad —en cuanto al sentido adjudicado a alguna cláusula constitucional— en precedentes cuyos hechos relevantes son sustancialmente análogos a los del caso pendiente de decisión (2). La discusión se reaviva en épocas de cambio y, en particular, ella se ha reavivado recientemente, a partir de los nombramientos efectuados en la Corte Suprema tanto por el ex Presidente Richard Nixon (1969-1974), quien designó a W. Burger (que renunció en 1986), H. Blackmun, L. Powell (que renunció en 1987) y W. Rehnquist (actual presidente del Tribunal), cuanto por el ex Presidente Ronald Reagan (1981-1989), quien designó a S. O'Connor, A. Kennedy y A. Scalia (3). Obviamente, el ir y venir de esta polémica está estrechamente vinculado a los nuevos nombramientos dentro de la Corte y a su repercusión en las decisiones del Alto Tribunal. Por lo general, la aparición de nuevos Ministros ha provocado cambios de jurisprudencia (4). Las críticas contemporáneas a los frecuentes cambios de jurisprudencia y lo encendido y franco de la polémica no puede sino asombrar a un abogado argentino, generalmente acostumbrado a observar impasible, como si fuera un extraño o como si lo que sucede le fuera ajeno, destituciones (en épocas de gobiernos de facto), nuevas designaciones y ampliaciones del número de ministros del Alto Tribunal o vaivenes jurisprudenciales en materia constitucional que, en gran medida y en muchos casos, reflejan tan sólo la diferente opinión del o de los ministros de turno. Por ejemplo, Archibald Cox, preocupado por la sucesiva elección de los nuevos Ministros de la Corte Suprema, su común ideología conservadora, y su repercusión en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana dice:

"Llenar las vacantes del Poder Judicial a través de una selección impropia y corrupta de hombres y mujeres pertenecientes a una ideología política intolerante, tiende a erosionar la vasta confianza pública en las instituciones judiciales. Si, como yo creo, la legitimidad de las decisiones judiciales depende en parte considerable de la confianza pública depositada sobre la idea de que los jueces están comprometidos predominantemente no en formular juicios políticos personales sino en aplicar un ordenamiento jurídico (*body of law*), cuanto más profundamente proclame un Presidente su intención de predeterminar el curso de las decisiones, más socavará los fundamentos de la legitimidad. Del mismo modo, la expresada selección de jueces cuyas mentes ya están cerradas en cuanto a los casos que puedan presentarse ante ellos en el futuro.... erosiona el respeto y el apoyo a decisiones judiciales que fluyen de la confianza pública, basada en que los casos sometidos a decisión van a ser decididos por individuos con una apertura mental lo más liberada de intereses personales, políticos y económicos como sea humanamente posible, así como de obligaciones de lealtad a un partido político u otra organización y de la mayoría de las formas de la ambición" (5).

Más adelante y luego de referenciar una serie de precedentes generalmente objetados por los conservadores, dice:

"El apartarse (*the overruling*) (6) aunque más no fuera de la línea jurisprudencial menos significativa —como es la de los casos de aborto— sugeriría de algún modo que los derechos constitucionales dependen de los caprichos de ciertos ministros y de la política que lidera el Presidente que los nombró. El mensaje se haría más claro y fuerte si la tendencia se disemina a otras áreas. El ejemplo, ademas, se extendería y alentaría vueltas a los precedentes anteriores si, como producto de una ola de nuevas designaciones, esta vez por un Presidente más liberal, resultara una segunda nueva mayoría. El constitucionalismo, según como lo hemos practicado en el pasado no podría sobrevivir si, como resultado de una repetida y cuidadosa selección presidencial de nuevas designaciones, el sentimiento de una mayoría de los ministros tuviera marchas y contramarchas en intervalos de cinco o diez años, de modo que los derechos... fueran reconocidos o negados alternativamente" (7).

Sin embargo, aquellos que tengan cierta familiaridad con la vida política y el derecho constitucional norteamericano podrían sospechar (equivocadamente) de parcialidad el párrafo precedente. Archibald Cox fue *solicitor general* de los Estados Unidos de 1961 a 1965, es decir, durante un gobierno demócrata (J. F. Kennedy-L. B. Johnson) y, además, fue cesanteado por Richard Nixon. Siendo aquél *especial prosecutor* encargado de liderar la investigación que culminó en el escándalo del caso *Watergate*, se negó a desistir, en nombre del gobierno federal, de la intimación judicial dirigida a Nixon y encaminada a que éste arrimara al juez federal cier-

eran "insubstanciales". Con este vocablo se significaba que el mismo tema ya había sido resuelto por la Corte en casos anteriores en un sentido determinado, el que no se variaba (25).

Respecto de todos estos casos, *nada dijo la mayoría*. Y a mi modo de ver, la sola existencia de estos precedentes exigía su consideración y, eventualmente, la justificación de porqué, en este caso, no eran aplicables o se abandonaban los principios en ellos establecidos en cuanto a la "autoridad institucional del precedente".

Una de las razones centrales por la que la mayoría de la Corte Suprema debió haber considerado expresa e inexcusablemente el punto relativo a la obligatoriedad de su precedente, es que el caso "Baretta" y la jurisprudencia sobre cuestiones federales insubstanciales establecieron un principio dirigido, no sólo a *cómo se debe* resolver un caso dado sino, primordialmente, *cómo debe hacerlo la propia Corte Suprema*. Esta característica cobra particular relevancia cuando nos enfrentamos a un Tribunal con miembros vitalicios, cuya tarea primordial es interpretar la Constitución Nacional y cuya actividad —en gran medida— no está reglada por leyes específicas. Su actividad es preponderantemente creadora de derecho. De allí que si la propia jurisprudencia del Alto Tribunal ha impuesto una norma de auto-limitación como aquélla, lo menos que se puede esperar es que cuando dicha regla debería cobrar operatividad, se haga consideración *expresa* de su alcance o de su abandono.

Consecuentemente, que la Corte Suprema omita considerar el punto relativo a la obligatoriedad de sus decisiones, debe ser visto como una falla grave. Ella afecta el *objeto de la decisión*, pues en un Tribunal que falla conforme a lo establecido en sus propios precedentes, el mantenimiento o la modificación de los principios, reglas y standars proclamados en ellos *forman parte del objeto a decidir. Esos principios, reglas y standars constituyen una parte considerable del ordenamiento jurídico-constitucional "vigente"* (26).

Por último, si se defiende la tesis de la no obligatoriedad, ésta podría llevar a relaciones paradojales. Pues la Corte Suprema —a diferencia de los litigantes— no estaría obligada sino a lo que cada uno de sus integrantes, en cada caso, consideraran que están obligados. Y, en tanto no decidieran (aún fundadamente) cambiar de opinión. Si estos vaivenes se producen a lo largo de períodos breves (p. ej., de cinco a diez años, como advierte Archibald Cox [27]) la cuestión se agrava. Dentro de un esquema tal parecería absurdo seguir hablando de *la* Corte Suprema. En realidad, habría que hablar de tal o cual Corte Suprema, en tal o cual caso. También deberíamos proyectar tal fragmentación respecto de la Constitución Nacional. Y, debo confesar que —en períodos "normales"— parece poco tentador ver a la Corte Suprema y a la Constitución Nacional de esta manera, aun cuando en algunas épocas de nuestro tenebroso pasado haya sido así y aun cuando se coincidiera con el sentido del cambio de jurisprudencia propuesto. Pues un esquema tal echaría por tierra la creencia en la independencia y la imparcialidad del Poder Judicial. Si el foro percibiese que los magistrados no están constreñidos por el derecho jurisprudencial establecido por el mismo órgano que ellos integran y que el cambio de rumbo está depositado enteramente en sus manos, difícilmente los precedentes que ellos dictan van a perdurar más allá de su fugaz paso por el Alto Tribunal (como, por otra parte, ya ocurrió en el pasado). Sus decisiones correrían el grave riesgo de ser vistas como la mera expresión de voluntad de los jueces que las firman y no como "derivación razonada" del derecho constitucional "vigente".

3. — Las sentencias de la Corte Suprema como "debate racional" acerca de la interpretación constitucional: Hace más de medio siglo, Adelqui Carlomagno sostenía en un comentario crítico de la famosa sentencia de la Corte Suprema dictada en la causa "*Avico v. de la Pesa*" (28), que "el deber de un Tribunal es agotar los argumentos y dar al pueblo la sensación de que se ha respetado el orden jurídico y de que se han consultado realmente las necesidades a través de ese orden... Ya se ha dicho: o se cree o no se cree en los jueces, y si nos decidimos por ellos, es preferible el gobierno de los jueces, porque es el gobierno de la razón" (29).

Los precedentes a los que aludí en el acápite anterior, y los principios que de ellos emanaban, fueron invocados en la disidencia del ministro Petracchi. Este los alzó, a lo largo de doce circunstanciados considerandos (10 a 21) (la disidencia tiene 22 considerandos), a modo de indudable obstáculo al giro jurisprudencial propuesto por la mayoría. En otras palabras, y según mi interpretación, lo que el ministro Petracchi estaba diciendo a la mayoría era, en un sentido, que el "procedimiento" que debe seguir la Corte Suprema cuando resuelve los casos que le son sometidos a consideración, y que era al que él, en el caso, adhería y fundaba, debe respetar los precedentes establecidos. Evidentemente, la consideración por los demás integrantes del Tribunal de las razones expresadas por el disidente, era a

todas luces ineludible. Sin embargo, *de esto nada se dijo* (30).

Lo expuesto precedentemente es pasible de una crítica (y, posiblemente, de otras) que podría ser formulada como sigue. No existe norma expresa alguna que obligue a una mayoría a tener que refutar todos y cada uno de los puntos que desarrolla la minoría. La mayoría expresa su opinión y la minoría la suya. De hecho, la Corte, muchas veces, ha operado de esa manera.

A pesar de reconocer como verdadera tal afirmación en su contenido descriptivo, el hecho de que la ocurrencia de un acontecimiento se pueda verificar experimentalmente (vgr.: otras sentencias en las que la mayoría no refuta a la minoría) no "justifica" ese acontecimiento. Simplemente atestigua o verifica que ocurre. Pero no nos dice nada sobre si está bien o mal que ocurra. Consecuentemente, me permitiré formular una réplica desde un punto de vista que entiendo tiene relación con la justificación de una decisión. Esto es, si es justificable que un cuerpo colegiado como la Corte Suprema, que celebra "acuerdos", y donde está permitido el disenso (31), emita decisiones de las que no pueda discernirse cuáles han sido las "razones" de los "desacuerdos".

De la lectura de muchos fallos de la Corte en los que no ha existido unanimidad, es frecuente advertir que tanto la mayoría cuanto la disidencia no refutan recíprocamente sus argumentos. Unos sostienen una posición y el o los restantes otra diferente, pero ninguno de los dos sectores se propone demostrar el error, la inconveniencia o la falta de fundamentación de la posición contraria (32). Ambas opiniones pueden ser leídas de modo aislado, como si se trataran de actos independientes entre sí, cuando, en realidad, ambas integran una misma sentencia. Estos casos, que no son pocos, son el arquetipo de lo que, a mi modo de ver, no es un debate racional. La Corte Suprema es un cuerpo colegiado en el que se confeccionan proyectos de sentencias (previos a los textos definitivos) y se intercambian memoranda referidos a esos proyectos y que discurren posiciones a veces encontradas, que circulan con anterioridad a la celebración de los acuerdos (33). Si la sentencia definitiva de que se trate no refleja las razones de los desacuerdos —las que muchas veces sí están contenidas en los proyectos o en los memoranda—, el producto final no es reflejo ni de la realidad ni de las diferencias, a veces profundas, que sostuvieron los ministros del Tribunal. Tampoco es reflejo de una decisión racional de un cuerpo colegiado, puesto que si un sector ignora lo que dijo el otro, el producto final se parece más a lo que en lenguaje cotidiano llamaríamos una "discusión de sordos" que a un debate racional acerca de la interpretación de la Constitución Nacional. La sensación visceral que sentencias tales producen es que lo que en definitiva llevaría a decidir, por ejemplo, por una condena o una absolución, sería el mayor número de un sector frente al otro, pero no el resultado de una confrontación de ideas opuestas, fundadas, razonadas y meditadas (34). Es decir, la fuerza del mayor número y no la de la razón.

Retomando el tema central que venimos desbrozando y si se coincide con lo que va dicho en cuanto a que, como regla general, los precedentes de la Corte Suprema son obligatorios —como mínimo— para la Corte Suprema, no pronunciarse sobre tal circunstancia —en oportunidad de apartarse de ellos— importa omitir el tratamiento de una cuestión que era conducente, en principio, para la solución del caso. La omisión de tratamiento de puntos conducentes para la solución de un litigio, demás está decirlo, es una causal que ha sido invocada reiteradamente por el Alto Tribunal para descalificar pronunciamientos inferiores por considerarlos arbitrarios (35). Aun cuando los casos que responden a esta causal no abarcan específicamente la situación que nos ocupa, no he podido encontrar ningún buen argumento que obste a tal extensión (36).

Ante el silencio de la mayoría, es evidente la imposibilidad de discernir *porqué se ignoraron doce considerandos* del voto disidente de uno de sus pares en los que se discurría acerca de la obligatoriedad del precedente. Tratándose del más alto tribunal de la República es, como mínimo, llamativo que cuando un argumento sobre un punto *decisivo* es opuesto por uno de sus pares al proceder de la mayoría, los demás no lo refuten (37). Tal conducta es por lo demás parte clave del "debate racional" constitucional. Pues si un argumento crucial y fundado (se lo comparta o no) esgrimido por la disidencia de uno de sus pares (o, a la inversa, por el voto mayoritario) no es refutado o, más precisamente, no es siquiera tenido en cuenta, el voto mayoritario (o, a la inversa, el minoritario) *queda debilitado en su fuerza de convicción* (38).

Cuando esto ocurre en una sentencia de la Corte que "deroga" la existencia de un derecho individual basado en la Constitución y que hasta ese día existía por virtud del caso "Bazterrica", la cuestión adquiere dimensiones preocupantes.

4. — La igualdad ante la ley y el cambio de la jurisprudencia: Sostiene la mayoría ser "consciente

de que tal variación jurisprudencial (el abandono del precedente) no afecta la garantía de la igualdad ante la ley", porque dicha cláusula constitucional no alcanza a los cambios de jurisprudencia. En apoyo de tal afirmación remite al caso "Villada", resuelto el 9/10/90. Este párrafo merece un detenido análisis.

De la lectura del fallo no se desprende con claridad cuál es la razón por la cual la mayoría trae a colación el problema relativo a la cláusula de la igualdad ante la ley (art. 16 CN.). Ello puede obedecer a varias causas, a saber: (1) la mayoría pudo considerar que tal reproche iba a merecer de la disidencia; (2) el recurrente pudo haberla invocado, adelantándose a un posible cambio de jurisprudencia, de donde la Corte estaría refutando tal argumentación; (3) la mayoría de la Corte pudo haberla introducido, de oficio, previendo que tal garantía podría invocarse en contra del giro jurisprudencial que adoptaba.

Si se tratara del primer caso, estaríamos ante una previsión que quedó desconectada de la estructura final del voto de la mayoría y de los de la minoría. Los ministros Belluscio y Petracchi no hacen expresa alusión a dicha garantía ni mencionan tampoco el caso citado ("Villada"). Sin embargo, la compulsa del caso "Villada" presenta una incógnita que queda irresuelta. El ministro Barra votó en disidencia en esa causa y ahora, en ésta, vota adhiriendo a la mayoría —sin formular salvedad expresa alguna—, mayoría que sostiene el criterio (restrictivo) contrario al suyo, votado dos meses antes. Queda así la incógnita de saber si se trató de una inadvertencia o de un cambio deliberado (y no fundamentado) de criterio.

Los supuestos (2) y (3) los examinaré en conjunto.

A. Antecedentes del Caso "Villada": Para comprender porqué, a juicio de la mayoría, el cambio de jurisprudencia no violentaría la igualdad ante la ley, hay que acudir, necesariamente, al caso "Villada", resuelto por mayoría (6 votos contra 3) —con la nueva integración—, y que fue citado por el Alto Tribunal en respaldo de aquella afirmación.

En "Villada" los recurrentes habían interpuesto recurso de revisión ante la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, "basados en la aplicación por analogía del art. 551 (inc. 4 [39] CPr. Cr.), a raíz de la doctrina de este Tribunal recaída en la causa Martínez, José Agustín s/robo calificado, donde por mayoría se declaró la inconstitucionalidad del art. 38 del decreto ley 6582" (40). Villada habría sido condenado por aplicación de dicha norma, la que agravaba la pena, cuando se trataba de robo calificado de automotor. La Cámara de Apelación rechazó el recurso de revisión y la defensora oficial dedujo el extraordinario federal, que fue concedido.

Según la Corte, "de los recursos extraordinarios surge que lo que se pretende es incluir, en las previsiones del recurso de revisión del art. 551, inc. 4) CPr. Cr... la doctrina de la Corte recaída en otra causa, con posterioridad a la sentencia de autos. A tal fin la recurrente sostuvo que por analogía el recurso de revisión debe abarcar la doctrina de este Tribunal... Agregó la apelante que de no hacerse lugar a los recursos de revisión se vulneraría la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, pues de haberse aplicado únicamente el art. 166 inc. 2) CP. (que contempla una pena mínima menor para el caso de robo calificado que la del decreto-ley declarado inconstitucional), la pena impuesta a los condenados hubiera sido significativamente menor" (41).

Evidentemente, en el caso "Villada" ya existía *sentencia firme* pasada en autoridad de *cosa juzgada*. Lo que se solicitaba era la revisión de esa sentencia firme de la Cámara, a la luz del caso "Martínez" resuelto por la Corte Suprema con posterioridad.

B. Comparación de "Villada" con "Montalvo": Desde el inicio, saltan a la vista diferencias importantes entre "Montalvo" y "Villada".

El caso "Montalvo", a diferencia de "Villada", se trataba de un *recurso extraordinario* concedido, sustentado en el art. 14 de la ley 48 (ALJA [1853-1958] 1-14) en el que obviamente aún *no había sentencia firme,* y estaba basado exclusivamente en la interpretación que del art. 19 CN. se había hecho en "Bazterrica" cuatro años antes (en función del art. 6 ley 20.771) y que, al momento de la apelación extraordinaria, todavía no se había abandonado. Esa interpretación había sido desconocida por la Cámara Federal de Córdoba a pesar de que los hechos relevantes de "Bazterrica" y de "Montalvo" eran similares (42). El recurso, a diferencia del caso "Villada", no contenía un conflicto de interpretación del art. 551 inc. 4) CPr. ni del art. 166, inc. 2 del Código Penal. Tampoco versaba sobre la pretendida violación de la garantía de la igualdad ante la ley que, según la defensora oficial de Villada se consagraría, de no interpretarse el inc. 4) del art. 551 en el sentido expresado.

La relación de estas diferentes circunstancias ponen de relieve que, al menos en principio, los

hechos relevantes de un caso y del otro no son similares. El problema igualitario y el conflicto normativo que cada uno contenía era ostensiblemente distinto. Consecuentemente, la aplicación lisa y llana de los principios sentados en uno en punto a la igualdad no puede razonablemente extenderse al otro automáticamente. Hubiera sido necesario un paso más que destacara, eventualmente, porqué esas diferentes circunstancias eran irrelevantes (si es que lo eran). Este paso fue omitido. Y este paso es crucial porque, como declaró la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace más de cien años en "Municip. de la Capital v. Elortondo" (43), en oportunidad de distinguir los hechos de ese caso de los de otros anteriores para poder así sortear los principios establecidos en esos precedentes:

"Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales *deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan, y que en cuanto vayan más allá, pueden ser respetadas pero de ninguna manera obligan el juicio del Tribunal para los casos subsiguientes*" (44) (énfasis agregado).

La razón de ser de un principio como el transcripto se basa, primordialmente, en dos aspectos. Uno es que, como regla general, un tribunal, aún en Estados Unidos, sólo puede resolver el caso que le es sometido a decisión, conforme las circunstancias de hecho (relevantes) que éste presenta. De modo tal que la decisión se ajusta a los hechos considerados relevantes. Todos los casos posteriores que presentan hechos relevantes similares, interpretados reflexivamente y de *buena fe* (45), serán solucionados del mismo modo. El segundo aspecto es una regla elemental de prudencia y sabiduría. Nadie puede imaginar, seriamente, todas las variantes posibles que la aplicación de un principio dado (vgr.: la igualdad) podría ofrecer. Es más prudente ceñir la aplicación de dicho principio a las circunstancias relevantes del caso donde se lo estableció y, a partir de allí, extender o no su aplicación al nuevo caso (46). El respeto a estas dos características en el proceso de interpretación y creación judicial del Derecho es ineludible. Y ese respeto debe ser mucho mayor cuando hablamos de la interpretación y creación del Derecho constitucional que a diario efectúa su último, final expositor: la Corte Suprema. Pues si dichas reglas de pericia práctica no son puntillosamente observadas, habría que llevar a efecto ingentes esfuerzos —más allá de mis posibilidades— para que el "Derecho" así creado o interpretado no fuera visto como el resultado de la impericia, del capricho o de la mera voluntad de los jueces que lo suscriben.

Siguiendo estas enseñanzas, el caso "Villada", correctamente interpretado, establece que a los efectos del art. 551, inc. 4) CPr. Cr., el recurso de revisión *sólo procede* respecto de la sanción de *leyes* penales más benignas (o desincriminatorias). Los cambios en la jurisprudencia de la Corte posteriores a la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, no pueden ser asimilados a los cambios de legislación, a los efectos del recurso de revisión. El Alto Tribunal podría haber agregado que el recurso de revisión es una herramienta excepcionalísima que afecta, nada más y nada menos que a sentencias condenatorias pasadas en autoridad de cosa juzgada. En vista de tan graves consecuencias —y sin perjuicio de reconocer la ambigüedad del vocablo "ley", empleado tanto en el inc. 4) del art. 551 mencionado cuanto en el art. 16 CN.—, la Corte podría haber considerado preferible que existiera una ley del Congreso por la cual, expresamente, éste manifestara su voluntad de incluir dentro de los beneficios del recurso de revisión, los supuestos relativos a la "jurisprudencia posterior" del Alto Tribunal más benigna o desincriminatoria (47).

Queda así de manifiesto la remota relación entre los hechos del caso "Montalvo" y lo que la Corte pudiera haber sostenido en "Villada" en lo relativo a la garantía de la igualdad, en conexión con: a) la denegatoria de un recurso de revisión respecto de una sentencia de cámara pasada en autoridad de cosa juzgada, y b) a raíz del dictado de un precedente del Alto Tribunal, con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia (firme) de la cámara respectiva.

El caso "Montalvo", a diferencia del anterior, no pretendía ninguna revisión de sentencia (firme) de Cámara a mérito del establecimiento "posterior" de un nuevo precedente de la Corte. El recurrente sostenía que el artículo por cuya aplicación se lo había condenado en cámara, había sido declarado inconstitucional por el Alto Tribunal, cuatro años antes, y la jurisprudencia así sentada *estaba aún vigente*. En consecuencia, este recurso no difería en nada de cualquier otro extraordinario deducido dentro del curso regular de un proceso judicial y versaba sobre una clara cuestión federal compleja directa, según la tradicional clasificación de Imaz y Rey (48) (vgr.: conflicto entre el art. 19 CN. y el art. 6 de la ley 20.771). Así circunscripto el tema, queda de manifiesto que el problema relativo al principio de

igualdad, con particular atinencia a los hechos del caso "Montalvo", fue inadecuadamente resuelto. El caso "Villada" era ostensiblemente diferente de aquél en sus circunstancias relevantes, de donde los principios allá enunciados no podían extenderse sin más al primero (49).

5. — De nuevo sobre la jurisprudencia de la Corte y la igualdad: hemos visto cómo, en el caso "Montalvo", el punto relativo al problema igualitario fue decidido en función de lo establecido en otra causa ("Villada"), cuyos hechos relevantes ofrecían matices notoriamente distintos. Hemos analizado también porqué hubiera sido necesario un razonamiento (ausente) que "justificara" la subsunción de los hechos del caso "Montalvo" en los principios establecidos (respecto de circunstancias diferentes) en "Villada". Resta por analizar ahora —aunque más no sea esquemáticamente— si el cambio de jurisprudencia operado en el caso "Montalvo" puede ser visto como violatorio del principio de igualdad y qué objeciones podrían alzarse contra ese planteo.

Para comenzar el análisis parece ineludible destacar que una de las razones que sustentan la obligatoriedad del precedente hunde sus raíces en el principio de igualdad. El viejo principio jurídico que manda "tratar los casos semejantes del mismo modo" (50) cobra particular relevancia cuando se lo refiere a la actividad judicial y, en particular, a la que desarrolla la Corte Suprema. El planteo de Montalvo bien puede entonces interpretarse como sosteniendo la proposición "traten mi caso del mismo modo que hicieron con el de Bazterrica y su progenie". Si se coincide en que, en muchos aspectos relevantes, ambos casos eran semejantes, el planteo de Montalvo, en principio, estaba correctamente formulado en términos igualitarios. Sin embargo, todo planteo igualitario, analizado de un modo no superficial, es mucho más complejo (51). La conducta obrada por Bazterrica era, sin duda, semejante a la desarrollada por Montalvo (vgr.: tener ambos escasas cantidades de picadura de marihuana para consumo personal), no obstante, el análisis no puede detenerse allí. En el caso que nos ocupa, a la aspiración igualitaria de Montalvo (basada en la obligatoriedad del precedente), debemos oponerle la intención del Alto Tribunal de cambiar la jurisprudencia en la que aquél basó su relación igualitaria. Haciendo abstracción de que dicho cambio (el apartamiento del precedente) estuviese justificado adecuadamente (o no) en términos constitucionales, jurisprudenciales y valorativos, en el planteo o la relación igualitaria en la que Montalvo habría basado su recurso (52) sólo podía verse afectada si, y sólo si, dicho cambio jurisprudencial iba a ser revestido de efecto retroactivo. Si la Corte Suprema hubiera decidido apartarse de los principios establecidos en "Bazterrica" y su progenie, pero, al mismo tiempo, se hubiese abstenido de aplicarlos en el caso "Montalvo", el planteo igualitario del recurrente habría sido respetado y, conforme la jurisprudencia vigente, él habría carecido de "interés" en objetar constitucionalmente dicha solución hacia lo futuro, por ausencia de daño o perjuicio actual (53). Esta solución podría haber hallado sustento, por un lado, en el respeto a la obligatoriedad del precedente, y, por otro, en la extensión de los principios sentados en la causa "*Tellez v. Bagala*" (54) al presente caso.

Sin embargo, aún admitiendo la obligatoriedad del precedente, el Alto Tribunal tenía un argumento para sortearlo, sin perjuicio de anunciar su abandono en casos futuros. Al momento de ocurrida la detención de Montalvo, junio de 1986, el caso "Bazterrica" aún no había sido resuelto (55) y, consecuentemente, el derecho jurisprudencial vigente era el que emergía del caso "Colavini" (56). Esta postura también podría haber hallado sustento en los principios sentados en "Tellez" (57) y en el respeto a la obligatoriedad de los precedentes. A ello podría haberse agregado, con base en el art. 18 CN. (58), que la "ley" (en sentido formal —ley 20.771— y material —la jurisprudencia de la Corte—) anterior al hecho del proceso incriminaba la conducta por la cual Montalvo había sido penado. Tratar de un modo distinto a Montalvo que a los que en la misma época y bajo igual normativa habían sido condenados, vulneraría principios igualitarios.

Con las digresiones precedentes sólo me he propuesto mostrar, como dije al inicio, esquemáticamente, cuál podía ser el planteo igualitario y cuáles sus objeciones, también desde un punto de vista igualitario. El problema de la retroactividad y de la ultraactividad de los precedentes de la Corte Suprema, posee una notable complejidad y su desarrollo excede con holgura los límites que me he impuesto en este trabajo, ya muy extenso (59). Creo, sin embargo, que ha quedado demostrado que el voto mayoritario no consideró adecuadamente los alcances de su afirmación. En este sentido, dado que el caso al que la Corte remitió ("Villada") no guardaba semejanzas relevantes con "Montalvo", su expresión acerca de que el cambio de jurisprudencia no afecta la garantía de la igualdad ante la ley quedó desprovista de sustento. Fuera de la garantía del art. 16 CN., la igualdad, en tanto principio jurídico relacionado con la jurisprudencia (y no sólo con ella), es aplicable al caso del mismo modo que lo son muchos otros principios jurídicos que no figuran expresamente en la Constitución Nacional, pero que,

creados jurisprudencialmente, adquieren dimensiones determinantes al momento de resolver un caso (60), verbigracia, el principio que dice que en la interpretación de las normas legales debe preferirse la que mejor concuerde con las garantías y principios de la Constitución Nacional (61), y tantos otros.

III. ESBOZO DE ALGUNAS EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL

a) Introducción

En los capítulos anteriores he tratado de presentar cuáles son las razones por las que la Corte Suprema, con carácter de regla general, debe sentirse obligada a respetar sus propios precedentes en materia constitucional. No se me escapa que dicho desarrollo puede ser pasible de consideraciones y objeciones importantes. Entre otras, muchos pueden pensar —entre quienes me incluyo— que una cantidad importante de principios y reglas jurisprudenciales carecen de una adecuada ponderación técnica, o se contradicen con otras reglas o principios establecidos en otros precedentes, o responden a circunstancias históricas diferentes. La propia Corte, al resolver el recordado caso "Baretta" (62) anticipó, con carácter excepcional, la posibilidad del abandono del precedente en presencia de causas "suficientemente graves" que demostraran "el error y la inconveniencia" del mantenimiento de los principios sentados en un precedente. Si se comparte que los supuestos recién anticipados pueden ser vistos, al menos inicialmente, como causas suficientemente graves, no parece buena política propiciar la imposibilidad de modificar, ante circunstancias tales, las reglas establecidas en los precedentes de la Corte. En consecuencia y teniendo presente que la regla general es la obligatoriedad, debemos hallar un modo convincente, racional y objetivo para poder llevar adelante ese cambio, sin que ello implique caer en el mero acto de voluntad o de poder o de mala fe intelectual, y aún a riesgo de que a veces, dicho cambio sea, pese a todo, inconveniente y, por lo tanto, desaconsejable. Como dijo el profesor Wechsler hace unos años respecto de los criterios morales e intelectuales que deben presidir el proceso de interpretación constitucional:

"Debo anticipar mi disenso de aquellos más numerosos entre nosotros que, sin ninguna filosofía que los respalde, franca o encubiertamente convierten en test de la virtud de cierta interpretación, según que su resultado en la decisión inmediata parezca obstaculizar o promover los intereses o valores que él defiende... El hombre que permite que su juicio quede fijado en el resultado inmediato y que sin embargo, no es capaz de darse cuenta de que su posición implica que los tribunales quedan libres y que pueden funcionar como un desnudo órgano de poder, no advierte que es una afirmación vacía de contenido de verlos, de un modo tan ambivalente como generalmente se los ve, como tribunales de derecho. Si él puede saber que desaprueba una decisión cuando todo lo que sabe es que se confirmó un reclamo de un sindicato o de un contribuyente, o de un Negro o un segracionista, él consiente la proposición que dice que un hombre de simpatías políticas diferentes, pero de igual información, no pueda también apropiadamente concluir en que él lo aprueba.

No me acusarán de exagerado si digo que este tipo de evaluación *ad hoc* es, como siempre ha sido, el problema más profundo de nuestro constitucionalismo, no sólo en cuanto a sentencias de los tribunales sino también con respecto a un campo más amplio en el que ideas constitucionales encontradas han desempeñado una parte en nuestra política" (63).

b) Algunos ejemplos

Si bien el precedente "Baretta" anunció la posibilidad de apartarse de los precedentes ante la presencia de "causas suficientemente graves", no he encontrado una línea jurisprudencial que, con apoyo expreso en este caso, haya ido elaborando qué causas podían considerarse como suficientemente graves, conforme se anticipara en aquella sentencia. A pesar de tal circunstancia, del análisis de la jurisprudencia del Alto Tribunal pueden extraerse ejemplos que reconocieron causas objetivamente comprobables como las anticipadas en el acápite anterior.

Para el supuesto de cambio de la jurisprudencia por concurrir diferentes circunstancias históricas puede consultarse el recordado "*Mango v. Traba*" (64). En él, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la ley 11.318 (JA 13-sec.leg.-70) —que había prorrogado la vigencia de la ley 11.157— (JA 7-sec.leg.-14) a pesar de que en "*Ercolano v. Lanteri de Renshaw*" (65) la ley 11.157 había sido convalidada constitucionalmente. La Corte, entre otras consideraciones, hizo expresa alusión al cambio de circunstancias que la habían determinado, tres años antes, a admitir la validez del régimen creado por la ley 11.157. Sobre el particular, sostuvo:

"Que este régimen de emergencia... ha sido tolerado por las decisiones judiciales solamente en consideración al momento de extrema opresión

económica de los inquilinos debido a la ausencia de uno de los factores que regulan los precios en los negocios de locación de inmuebles, es decir, a la falta de oferta de habitaciones, y sobre todo como una medida transitoria y de corta duración (Fallos 136-161 o JA 8-263). Pero este régimen anormal no puede encontrar suficiente justificativo cuando se le convierte de hecho en una norma habitual... *y mucho menos cuando está destinado a actuar en un ambiente muy distinto por cierto de aquel que dio lugar a la sanción originaria de dichas leyes y que esta Corte describía en el fallo recordado...* Es, en efecto, de todos conocido el progresivo aumento en la oferta de locales destinados a la habitación y comercio producido en los dos últimos años, como puede observarse en los avisos de los diarios relativos a casas y piezas desocupadas, cuyo número inducen a pensar que no subsisten las circunstancias de excepción que llevaron al tribunal a dictar la sentencia referida. Esto puede igualmente inferirse del aumento de impuestos con que los poderes públicos gravaron últimamente las propiedades urbanas, *lo que no se armonizaría con aquella situación de emergencia*" (66) (énfasis agregado).

En cuanto a la contradicción de reglas o principios jurisprudenciales, los ejemplos abundan. Para seguir con el mismo tema desarrollado en el párrafo anterior, pero referido ahora a la reducción de los intereses pactados con anterioridad a la vigencia de la ley 11.741 (JA 43-sec. leg.-50) y la postergación por tres años del pago del capital de los préstamos otorgados con garantía hipotecaria, recuérdese el caso "*Avico v. de la Pesa*" (67). Aquí se sostuvo:

"Es indudable que la ley 11.741 que reduce el interés y prorroga el plazo para el pago del capital del préstamo para los deudores hipotecarios es, desde el punto de vista constitucional, idéntica a la ley 11.157 que reducía el alquiler de las casas y prorrogaba el término de su ocupación a favor de los inquilinos (existiera o no contrato escrito como lo sostuvo en su disidencia el doctor Bermejo)" (68).

"*Un largo y meditado estudio de los fallos dictados por esta Corte con motivo de la impugnación hecha a la ley número 11.157 sobre alquileres, y de los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que casi siempre han inspirado nuestras decisiones cuando se han interpretado los mismos preceptos adoptados en nuestra Constitución, nos decide a mantener la jurisprudencia establecida en los casos Ercolano y otros análogos, que coincide con la de la Corte de los Estados Unidos de América, pues la existencia o inexistencia de contrato escrito no cambia en lo más mínimo la situación del propietario cuya propiedad podía continuar ocupada por el inquilino por todo el término de la ley, y cuyo alquiler o renta se le restringía del mismo modo*".

"*La regulación o restricción de los derechos del propietario* de la ley 11.157 en cuanto a la prórroga del plazo y al máximo del alquiler que podía cobrarse, *es pues, exactamente la misma; y si ella puede regularse en un caso, también puede serlo en el otro*" (69) (énfasis agregado).

La disidencia del Ministro Petracchi (considerando 16) enumera otros casos del derecho norteamericano que, en lo sustancial, coinciden con la óptica precedente. Pero, además, este ministro analiza el voto de la mayoría a la luz de las pautas que enumera y que consideraré a continuación.

c) El caso "Montalvo" es un injustificado cambio de jurisprudencia

El ministro Petracchi extrajo de la jurisprudencia americana tres causales que generalmente han sido vistas en Estados Unidos como justificantes del abandono ("*overruling*") del precedente. Estas, coincidentes —en lo fundamental— con las recién analizadas respecto de la jurisprudencia argentina, son: a) el posterior desarrollo jurisprudencial inconsistente respecto del precedente originario; b) las lecciones de la experiencia; y c) las cambiantes circunstancias históricas.

1. — Argumentos del ministro Petracchi respecto de la insatisfacción de tales causales: La causal relativa al posterior desarrollo jurisprudencial inconsistente respecto del precedente originario, apunta a detectar la contradicción de reglas o principios jurisprudenciales, analizados en su faz dinámica, esto es, a medida que, tanto las reglas cuanto los principios establecidos por la Corte Suprema van evolucionando y cobrando forma (vgr.: generalizándose), de un fallo a otro, conforme las circunstancias de cada caso. En Estados Unidos, esta causal parece ser la más usada por la Corte Suprema (70). Cuando el ministro Petracchi analiza el voto mayoritario a la luz de esta causal, sostiene que la interpretación constitucional ensayada en "Bazterrica" está en un todo en armonía con los principios enunciados recientemente en la causa "Jorge Müller", resuelta un mes antes (13/11/90) JA 1990-IV-574 (71). Según sus propias palabras:

"Resulta claro, entonces, que la Corte acaba de ratificar expresamente la doctrina sentada en 'Bazterrica', según la cual el art. 19 de la Ley Fundamental otorga una protección mucho más amplia que la

limitada a las acciones que arraigan y permanecen en el interior de la conciencia de las personas y que sólo a ellas conciernen, sin concretarse en actos exteriores".

Seguidamente, en el consid. 20, expresa que tampoco existen nuevos elementos, "esto es, 'las lecciones de la experiencia' o 'las cambiantes circunstancias históricas'" que permitan apartarse de lo resuelto por el Tribunal en "Bazterrica", en el sentido de que los datos de la realidad indicaban la ineficacia de aplicar sanciones penales a la mera tenencia, con el objeto de combatir el flagelo de la drogadicción" (72). Finalmente, en el consid. 21 concluye:

"En tal sentido, conviene tener en cuenta que los argumentos formulados en autos para propiciar el citado apartamiento constituyen, en lo esencial, sólo una reiteración de los ya expresados en casos anteriores, lo cual es una excelente razón para mantener la doctrina vigente".

2. — Contra-argumentos del voto mayoritario: El voto mayoritario, nuevamente, omitió considerar y refutar, expresamente, los argumentos del disidente.

3. — El argumento constitucional de la mayoría: La médula de la interpretación que del art. 19 CN., formuló la mayoría (consids. 11 y 12) es conveniente trascribirla, al menos parcialmente, aún cuando con ello excedo los límites del presente trabajo, enfocado, primordialmente, sobre la obligatoriedad de los precedentes:

"Que conforme al art. 19 CN., las 'acciones privadas' están exentas de la autoridad de los magistrados cuando *'de ningún modo'* ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros. La expresión subrayada tiene alcance inequívoco y no es lícito soslayarla. Para que queden fuera del ámbito de aquel precepto no es necesario que las acciones privadas sean ofensivas o perjudiciales —en el sentido indicado— en toda hipótesis o en la generalidad de los casos. Basta que 'de algún modo', cierto y ponderable, tengan ese carácter. Lo que 'de algún modo' trae consigo los efectos aludidos en el art. 19 está sujeto a la autoridad de los magistrados y, por tanto, se subordina a las formas de control social que el Estado, como agente insustituible del bien común, pueda emplear lícita y discrecionalmente... Porque es claro que no hay 'intimidad' ni 'privacidad' si hay exteriorización y si esa exteriorización es apta para afectar, de algún modo el orden o la moral pública, o los derechos de un tercero" (consid. 11).

"Que, entonces, entre las acciones que ofenden el orden, la moral y la salud pública se encuentra sin duda la tenencia de estupefacientes para uso personal, porque al tratarse de una figura de peligro abstracto está ínsita la trascendencia a terceros, pues detrás del tenedor está el pasador o traficante 'hormiga', y el verdadero traficante, así como el que siembra o cultiva (73), sin que la presunción de peligro que emana del art. 6 de la ley 20.771 sea irrazonable, en atención a la relación entre los bienes jurídicamente protegidos y la conducta incriminada. Y tampoco debe exigirse en cada caso la prueba de la trascendencia a terceros con la consecuente afectación de la salud pública, pues de ser así se agregaría un requisito inexistente que altera el régimen de la ley, con el peligro de que tal inteligencia la torne ineficaz para la consecución de los fines que persigue (Fallos 300-254)" (consid. 12).

Queda a consideración de los lectores la adecuación de los párrafos precedentes respecto del art. 19 CN. Sin embargo, quiero destacar lo siguiente. La mayoría ensaya una interpretación exclusivamente gramatical del texto del art. 19, lo cual ya desde el inicio es manifiestamente inconveniente. No produce sino sorpresa leer, por ejemplo, que el alcance de la expresión "de ningún modo" del art. 19 "es inequívoco" (74). Pero, aún empleando tal método, su interpretación es pasible del siguiente reproche. El art. 19 habla de las acciones "que de ningún modo ofendan", es decir que el citado artículo excluye de su amparo a las acciones que, de algún modo ofendan. Hasta aquí no habría mayor problema. Pero la mayoría va más allá e involucra, escapando del método gramatical que había empleado y de la letra del art. 19, a las acciones que de algún modo "puedan ofender". Esta última característica se ve corroborada a poco que se recuerde que el voto mayoritario habla: a) de delito de "peligro abstracto" —esto es, un peligro no concreto— en los que se afirma dogmáticamente que "está ínsita la trascendencia a terceros"; b) de exteriorización de un acto, cuando esa exteriorización *"es apta para ofender"*. Es decir que si la exteriorización del acto ofensivo es "apta" para ofender, automáticamente, cae fuera de la protección del art. 19, independientemente de "que de algún modo ofenda", como dice el art. 19; y c) de la imposibilidad de exigir la prueba de la trascendencia de la acción ofensiva respecto de terceros pues, de exigírsela, se agregaría, según el voto mayoritario, un requisito inexistente que altera el régimen de la ley. Más allá, agrego, de que la letra del art. 19 exige "que ofendan", lo que implica, en cada caso, la demostración de que esas acciones privadas (tener marihuana para consumo personal) ofenden (75).

gún otro interés que el amor a la verdad jurídica y que, por consiguiente, no debe verse en este trabajo, ni una defensa ocasional que nadie me ha pedido, ni una elaboración tendenciosa que repugnaría a mi espíritu" (78).

---

(1) Monaghan, Henry P.: "Taking Supreme Court opinions seriously", 39 Maryland Law Review, 1 (1979). Dado que en nuestro medio el acceso a la bibliografía extranjera citada a lo largo de este artículo es bastante dificultoso, pongo a disposición de los lectores el referido material, que obra en mi poder.

(2) Ver, por ejemplo, el trabajo de Chamberlain, D.: "The doctrine of stare decisis as applied to decision of constitutional questions", publicado en 3 Harvard Law Review 125 (1889), con motivo del caso *Knox v. Parker*, 12 Wallace 457 (1871) (*the legal tender case*) que se apartó de la decisión adoptada un año antes en *Hepburn v. Griswold,* 8 Wallace 603 (1870). Este ensayo de Chamberlain es el primero que se registra en las revistas jurídicas sobre el tema. Sin embargo, no fue éste el primer caso en el que, en materia constitucional, la Corte Suprema se apartó de un precedente anterior. Ver, por ejemplo, *Hudson v. Guestier,* 10 U.S. 281, 285 (1810), abandonando parcialmente el principio establecido en *Rose v. Himley*, 8 U.S. 241 (1808), citados por Monaghan, Henry P.: "Stare decisis and constitutional adjudication", 88 Columbia Law Review 723, 757, nota 186 (1988). Según documenta Jerold H. Israel, Gideon v. Wainwright: "The 'art' of overruling", 1963 The Supreme Court Review, p. 211, 213-214, la Corte Suprema norteamericana —hasta 1963— había abandonado "expresamente" la jurisprudencia sentada en precedentes anteriores unas cien veces.

(3) Más recientemente, en septiembre de 1990, el Senado norteamericano aprobó la nominación de David Souter, propuesta por el Presidente Bush para reemplazar al renunciante William Brennan Jr. El renombrado Brennan se retiró contando ochenta y cuatro años de edad, habiendo dedicado treinta y cuatro de ellos al desempeño del cargo.

(4) Ver disidencia de Scalia, en *Alabama v. Smith,* 490 U.S. (1989) ("El abandono de un precedente rara vez ha ocurrido sin un cambio en el personal de la Corte").

(5) Cox, Archibald: The courts and the constitution", p. 362 (1987).

(6) El vocablo inglés "overruling" tiene un sentido más fuerte que el de apartarse. En realidad él es equivalente, en nuestra lengua, a los de revocación o dejar sin efecto. He preferido el de "apartarse" porque me ha parecido que se ajusta más al giro que nosotros empleamos cuando un tribunal cambia su jurisprudencia.

(7) Cox, A., op, cit. *supra* nota 5, p. 364.

(8) Esta posibilidad puede verificarse con la lectura del artículo citado en la nota 2, entre otros. En otro artículo aparecido no hace mucho, refiriéndose a los sucesivos cambios de jurisprudencia y a la orientación que ella había adquirido a ese entonces, con la que —en gran medida— Monaghan disentía, decía con gran honestidad intelectual: "Brevemente, mi punto de vista es que todas las 'viejas' revoluciones constitucionales, si eso es lo que son, tienen que ser protegidas; las nuevas, puestas en cuarentena lo más posible. Esto no es exclusivamente (aunque lo es, sin duda, en parte) un estado psicológico resistente al cambio, un estado que se siente confortable con el pasado, 'cualquier' pasado pero temeroso del futuro". ("The constitution goes to Harvard, 13 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, ps. 117, 130 [1978]). Coincidente con tal estado psicológico, Monaghan es un firme partidario de una interpretación histórica ("original understanding") del texto constitucional. Por ejemplo, refiriéndose a la Enmienda XIV sostiene que el concepto de democracia representativa, tan enraizado en el propio texto constitucional y en la vida norteamericana, "desaconseja el empleo de esa Enmienda para invalidar el resultado producido por los procesos políticos, a menos que el lenguaje de la Enmienda, tomado en su contexto histórico, indique alguna preocupación legítima con el tipo de problema en cuestión" (idem, ante, p. 131). Ver también de este autor, "Our perfect Constitution" 56 New York University Law Review 353 (1981).

(9) La expresión "Rule of law" es multívoca. A veces es utilizada con el alcance que nosotros le adjudicamos hoy día a la expresión "Estado de derecho" (ver, Carrió, G.: "Valor de la Justicia en un régimen democrático [comparación con el valor de ella en un régimen autoritario]", en Revista de la Fundación Plural Para la Participación Democrática, n. 12, ps. 5, 10 [1988]), esto es, un régimen en el cual impera la ley y se proclaman y garantizan determinados valores "liberales" como la propiedad, la igualdad, la libertad de expresión, el gobierno representativo, el *hábeas corpus*, las elecciones de autoridades, la publicidad de los actos de gobierno, la generalidad del derecho, etc. Con este alcance utilizaré dicha expresión a través de la fórmula "supremacía de la ley". En otros casos se la define como "un sistema que no sólo está regido por reglas anunciadas por anticipado y donde se resuelve de acuerdo a ellas, sino que también incluye ciertos standards de justicia, legitimidad y efectividad" (Así, por ejemplo, en "Note, constitutional stare decisis", 103 Harvard Law Review, ps. 1344, 1345 [1990]).

(10) Monaghan, H., op, cit. supra nota 2, p. 753 (citas omitidas).

(11) Idem, p. 752 (énfasis agregado). En igual sentido

En definitiva, lo que se extrae como conclusión de la lectura del voto de la mayoría, es que sus firmantes tenían una opinión diferente, más restrictiva e inclusive, si se quiere, ni mejor ni peor, que la de los signatarios del caso "Bazterrica". Lo único definitorio entonces, ha sido el mayor número de quienes piensan distinto. Es decir, una circunstancia contingente y una muy buena razón para no modificar la jurisprudencia establecida.

Pero, sin embargo, de lo que no pueden caber demasiadas dudas es que la mayoría de la Corte actual no se sintió significativamente constreñida por la autoridad del precedente. En caso contrario, si la mayoría de la Corte Suprema se hubiera sentido limitada por las reglas sentadas en "Bazterrica", y si hubiera existido respeto por valores tales como certeza, estabilidad, previsibilidad e igualdad, bien podría haber acogido el recurso extraordinario deducido por Montalvo, con estricta relación a la ley 20.771, que era aquella vigente al momento del hecho y en virtud de cuya infracción se lo había detenido, procesado y condenado. Al mismo tiempo, la Corte podría haber anunciado sus objeciones al criterio prevaleciente a partir del caso "Bazterrica", y que, a la luz de la insistencia del legislador, al sancionar la ley 23.737, tal criterio sería revisado nuevamente, en la primera oportunidad posible.

IV. CONCLUSION

El derecho jurisprudencial y, en particular, el generado a partir de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, salvo excepciones, no ha merecido un estudio analítico, crítico y sistemático de parte de los cultores del derecho constitucional argentino (76). Tal descuido, a no dudarlo, ha impedido que las sentencias del Alto Tribunal recibieran la atención que merecen, atención que, inclusive, conformaba la expectativa de uno de los primeros secretarios que tuvo la Corte Suprema, José M. Guastavino, quien, allá por los albores de la Organización Nacional decía:

"Las decisiones de la Suprema Corte que, tanto por los principios primordiales de todo gobierno cuanto *por los fundamentos propios del sistema, tienen aunque no sin graves inconvenientes, el carácter y toda la autoridad de ley obligatoria para todos los Estados y todos los individuos,* es preciso que sean conocidas del pueblo. Al lado de la influencia y poder que ejercen sobre la garantía de los derechos y sobre la suerte y organización del país *es necesario agregar la publicidad... para levantar ante el Tribunal de la Corte Suprema el poder de la opinión del pueblo, quien, a la par que gana en inteligencia con el estudio de las decisiones judiciales; con su censura hace práctica la responsabilidad de los jueces, los cuales ganan a su vez en respetabilidad y prestigio ante sus conciudadanos, según sean la ilustración y honradez que muestran en sus decisiones. De esta manera logra también el pueblo,* por un medio indirecto, pero que obra poderosamente sobre el hombre, *prevenir la corrupción de sus jueces...* Así como en los Estados Unidos de Norte América, esta publicación será, con el tiempo, en la República Argentina, el gran libro, la grande escuela en que todos, y con particularidad los magistrados, los legisladores, los abogados y los estudiantes concurrirán a estudiar la jurisprudencia, la Constitución y la perfección o imperfección de las leyes..." (77).

Este trabajo aspira a introducir a los lectores (en particular, a los estudiantes de Derecho) en un área por demás conflictiva como es la de la obligatoriedad del precedente respecto del mismo tribunal que lo estableció. Para dicho propósito me he valido del reciente caso "Montalvo", resuelto por la Corte Suprema. Creo no haber disimulado mi disconformidad con el procedimiento empleado en ese caso. La teoría en la que sustento mi posición procura operativizar principios tales como los de estabilidad, previsibilidad, seguridad, racionalidad e igualdad, a través de mecanismos (perfectibles) que considero convincentes, a menos, claro está que se los ponga al servicio de intereses subalternos. El pasado argentino reciente ha sido ejemplo, en muchas áreas, de marchas y contramarchas en las que los gobernantes de hoy venían a destruir lo hecho por los de ayer y así sucesivamente. De ello no ha escapado el Poder Judicial. Consecuentemente, nuestro penoso pasado no ha sido sino una interminable y recurrente disputa presente con el propio pasado. De todos nosotros depende no repetir nuestra reciente experiencia de error y de horror.

Si el precio que hubiera de pagarse para lograr estabilidad, seguridad, previsibilidad, racionalidad e igualdad y un Poder Judicial independiente fuera, de aquí en más, el de no alterar lo resuelto en el caso "Montalvo", creo que muchos estaríamos dispuestos a afrontarlo. Claro está: en tanto el procedimiento empleado en este caso sea un hecho aislado.

Si he cometido desaciertos graves, sepa el lector que he hecho lo imposible para evitarlos y que, una vez denunciados o advertidos, seré el primero en repudiarlos. Como dijo hace muchos años Alejandro Rayces:

"Casi es ocioso agregar, que no me mueve nin-

ver Cox, A., "The role of the Supreme Court in American Government", p. 50 (1976); Pound, Roscoe: "What of stare decisis?", 10 Fordham Law Review, p. 1, 5 (1941), quien sostiene que alguna concepción de *stare decisis* debe existir, puesto que ello es vital a la idea de gobierno limitado y de supremacía de la ley, al restringir el "absolutismo" judicial.

(12) Frickey, P.: "Stare decisis in constitutional cases: *Reconsidering national League of Cities*", 2 Constitutional commentary 123, 127, 128, 140 (1985). La cita de Jackson pertenece al artículo de éste, "Decisional law and stare decisis, 30, A.B.A.J. 334 (1944).

(13) *Moragne v. States Marine Lines*, 398 U.S. 375, 403 (1970). En igual sentido ver Stevens, J.: "The life span of a judge-made rule", 58 New York University Law Review, p. 1, 2 (1983) y otras obras allí citadas.

(14) Monaghan, Henry, op. cit. *supra* nota 2, p. 748, con cita de *McCulloch v Maryland*, 17 U.S. 316, 415 (1819).

(15) Monaghan, H., op. cit. *supra* nota 1, ps. 19-20.

(16) Fallos 308 (I)-1392 (1986) o JA 1986-IV-209, "*Gustavo Mario Bazterrica*".

(17) "*Ariel Omar Colavini*" (1978).

(18) Fallos 308-1392, 1416 o JA 1986-IV-209 y 230.

(19) El tercer voto necesario para constituir la mayoría fue emitido por el ministro Petracchi. Es de destacar que en esta opinión no se hace la mención expresa comentada en el texto. Tampoco se adhiere expresamente al voto de los ministros Belluscio y Bacqué.

(20) Ver, por ejemplo "*Rufina Riveros de Pacheco*", Fallos 294-430 (1976) o JA 1976-III-126, que se apartó expresamente de una vieja línea de precedentes en cuanto al carácter federal de las leyes jubilatorias. "*Mellor Goodwing*", Fallos 287-79 (1973) o JA 20-1973-192, que se apartó expresamente de otra extensa línea jurisprudencial en materia de repetición de impuestos y que fue de nuevo abandonado cuatro años después en "*Petroquímica Argentina S.A.*", Fallos 297-500 (1977).

(21) Ross, Alf: "Sobre el derecho y la justicia", traducción de Genaro R. Carrió, Eudeba, ps. 273-274 (1963).

(22) "*Baretta v. Provincia de Córdoba*", Fallos 183-409, 413 (1939), citado por la disidencia del Ministro Petracchi en el considerando 11. Este fallo fue resuelto por los siguientes ministros: Roberto Repetto (1923-1944), Antonio Sagarna (1928-1947), Luis Linares (1932-1944), Benito A. Nazar Anchorena (1934-1947) y Ramos Mejía (1938-1947).

(23) *Idem ante*. En este caso, la Corte decidió aplicar los principios sentados en un caso resuelto 2 años antes ("*Vila v. Provincia de Córdoba*", Fallos 178-308 [1937] o JA 59-375), en el que se había modificado parcialmente la jurisprudencia vigente hasta ese momento. La razón de este cambio obedeció, según el procurador general Juan Alvarez, a que la "cuestión del derecho de las Provincias a gravar los productos venidos de otro punto del país, viene debatiéndose judicialmente desde más de medio siglo, y es tal su complejidad y tantas sus modalidades siempre variantes, que *hasta este momento no ha sido posible establecer una norma de fácil aplicación a todos los casos*" (p. 310). Los ministros firmantes fueron: Antonio Sagarna, Luis Linares, Benito A. Nazar Anchorena y Juan B. Terán (1935-1938).

(24) Oyhanarte, Julio: "La Corte actual y el respeto de la tradición de la jurisprudencia valiosa", en Justicia en Democracia, Revista de la Fundación Plural para la Participación en Democracia, n. 12, p. 56 (1988), con cita del caso "Baretta" y de Fallos 192-414; 209-431; 212-51 o JA 1949-I-191; 212-160 o JA 1949-I-638; 212-251;212-325; 301-1169; 307-672 o JA 1986-I-375.

(25) Ver disidencia del ministro Petracchi, considerando 13. El hecho de declarar la inadmisibilidad de estos recursos no está exento de reproches. En rigor, el recurso era admisible, desde que contenía una cuestión federal de las enumeradas en el art. 14 de la ley 48. La insubstancialidad de la cuestión federal no la priva de ser una cuestión federal. Lo que correspondía hacer, eventualmente, era confirmar la sentencia apelada, pues ella se ajustaba a la jurisprudencia del Alto Tribunal. Esta circunstancia era la que tornaba la cuestión federal insubstancial.

(26) Conforme el ministro Oyhanarte, la jurisprudencia de la Corte "integra el Derecho positivo". Op. cit. *supra* nota 24, p. 56.

(27) Ver *supra* nota 5 y el texto al que acompaña.

(28) Fallos 172-21 o JA 48-698.

(29) "La constitucionalidad de la ley de moratoria hipotecaria", JA 48-697, 703 (1934).

(30) Llama la atención que el ministro Belluscio, también disidente, no haya adherido, reiterado o discrepado con las ideas que sobre la obligatoriedad de los precedentes, expuso el ministro Petracchi. Atento su silencio, y al igual que el voto mayoritario, no se puede discernir cuál era su posición sobre el punto.

(31) Ver art. 23 decreto ley 1285/58. ALJA (1853-1958) 1-1400.

(32) Un ejemplo saludable de debate racional está constituido por la disidencia del ministro Fayt en la causa "*Dromi, José Roberto (Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/avocación en autos: 'Fontenla, Moisés Eduardo c/Estado Nacional'*", fallada por la Corte el 6/9/90 (JA 1990-IV-468). En su disidencia, el ministro Fayt se hace cargo de los fundamentos medulares del voto plural (Levene, Cavagna Martínez, Petracchi y Barra) que acoge el llamado "per saltum" y los refuta circunstanciadamente. Ver Carrió, Alejandro D. y Garay, Alberto F.: "La jurisdicción 'per saltum'" de la Corte Suprema', Abeledo-Perrot (1991).

(33) Carrió, Genaro R.: "Don Quijote en el Palacio de Justicia", LL 1989-E-1131, 1133-1134.

(34) Como dijo el Juez Frankfurter en una oportunidad:

"Además, las sentencias de esta Corte son sentencias colectivas. Estas no son debates entre dos sectores cada uno de los cuales ya ha arribado a una decisión inmodificable. Las sentencias de esta Corte presuponen una consideración y reconsideración completa por todos, de los puntos de vista razonados de cada uno. Sin un estudio adecuado, no puede haber reflexión adecuada. Sin reflexión adecuada no puede haber una discusión y deliberación adecuada. Y sin todo ello, no puede haber intercambio pleno de opiniones, lo cual es indispensable para una buena decisión y su formulación persuasiva". "Kinsella v. Krueger" y "Reid v. Covert", 351 U.S. 470, 484-485 (1956).

(35) Sobre el tema, ver Carrió, Genaro R.: "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria", p. 65 y ss., Abeledo-Perrot (1978).

(36) Extender las causales de arbitrariedad que ha elaborado la Corte al análisis de sus propias sentencias, no es algo novedoso. Por ejemplo, Oyhanarte así ha hecho, refiriéndose a la imposibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, juzgándola difícilmente conciliable "con la descalificación de los pronunciamientos judiciales que incurren en exceso de jurisdicción apelada o con el principio de congruencia al que los jueces deben someterse 'inexcusablemente'. Más aún. Si el control de oficio fuese ejercido directa e inicialmente por la Corte, lo más probable es que se desconociera el derecho de defensa del litigante afectado por la eventual declaración de inconstitucionalidad, quien no habría sido oído sobre el punto" (op. cit. supra nota 24, p. 58). Sobre el punto de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, el citado constitucionalista no expresa opinión en cuanto a la posibilidad de que ella pudiera ser propuesta a las partes por el juez, de oficio, pero como medida para mejor proveer.

(37) Para Julio Cueto Rúa, uno de los controles más eficaces que posee un tribunal, al margen de los políticos, es "*la presión constante y regular de los propios pares*, preocupados por mantener el prestigio de los tribunales, el respeto de sus conciudadanos, y la autoridad que sólo se gana cuando se cumplen los deberes de la función judicial de una manera noble, ilustrada, *racional y persuasiva*" (énfasis agregado). Ver de este distinguido autor, "El activismo judicial en la transición democrática", en Justicia en Democracia, Revista de la Fundación Plural para la Participación Democrática, n. 12 ps. 14, 17 (1988).

(38) Cueto Rúa sostiene que: "Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, como intérprete final de la Constitución y las leyes, asegurar su efectiva vigencia, utilizando los instrumentos a su alcance como poder del Estado, llamado a terminar las disputas *de una manera racional y persuasiva*. La persistencia y la coherencia en el cumplimiento de esta función le hará ganar el respeto, la autoridad y la adhesión de los ciudadanos. Caso contrario, verá perder su prestigio y comprometido su poder, abriendo así las puertas a la anarquía o a la opresión" (énfasis agregado), op. cit. *supra* nota 37, p. 16.

(39) El inc. 4 del art. 551 dice:

"Habrá lugar al recurso de revisión contra las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, aunque hayan sido pronunciadas por la Suprema Corte de Justicia, en los casos siguientes:... 4. Cuando una *ley posterior* haya declarado que no es punible el acto que antes se consideraba como tal o haya disminuido su plenitud". (énfasis agregado).

(40) Ver consid. 2. (JA 1989-IV-165).

(41) *Idem*, consid. 5 (JA 1989-IV-165).

(42) Si se defiende que los Fallos de la Corte Suprema no son obligatorios para la propia Corte Suprema, parece su corolario ineludible que sus sentencias tampoco sean obligatorias para los tribunales inferiores, federales o locales. De hecho, tal es el estado de la jurisprudencia actual. Si bien de modo errático e inconsistente, la línea jurisprudencial hoy prevaleciente autoriza a los tribunales inferiores a apartarse de los precedentes establecidos en la Corte Suprema, en tanto se funden en nuevos argumentos. Fallos 307-1049 o JA 1986-I-17 (1985), "*Cerámica San Lorenzo*". Este requisito, aunque huelge decirlo, es extremadamente laxo. Todo abogado sabe que siempre existen nuevos argumentos. Ver también Sagüés, Néstor P.: "Recurso extraordinario" p. 160 y ss. (1984).

(43) Fallos 33-162, consid. 26 (1888).

(44) Este párrafo siempre me llamó la atención. Dado el nivel técnico que se empleaba en la Corte argentina para esa época —que no era muy sofisticado— tenía mis sospechas sobre la calificación de "máxima de derecho" (¿de derecho patrio?) que la mayoría le adjudicó. Tal párrafo era demasiado parecido a la definición de lo que en los países del *Common Law* se conoce como *obiter dictum*. Tiempo después y de casualidad advertí que palabras casi idénticas había expresado el famoso presidente de la Corte norteamericana Marshall, en "*Cohens v. Virginia*", 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 399 (1821), en oportunidad de ceñir el alcance de expresiones generosas que él había sostenido en "*Marbury v. Madison*".

(45) Ver, por ejemplo, disidencia del juez Brennan en "*Paul v. Davis*", 424 U.S. 693, 721, 734, (1976) (criticando el manipuleo de los precedentes efectuado por la mayoría); Monaghan, Henry: "Of liberty and property", 674B-62 Cornell Law Review 405, 424 (1977) ("Es una condición indispensable de la legitimidad judicial el tratamiento justo [*fair*] de los precedentes"); Tribe, Laurence: "*American constitutional law*", Foundation Press, ps. 701-703 (1988).

(46) La simpleza de la precedente explicación oculta la complejidad que presentan los casos concretos. La bibliografía sobre el tema es bastante profusa. Ver, en nuestra lengua, Cueto Rúa, Julio: "*El 'Common Law'*. Su estructura normativa. Su enseñanza", La Ley (1957); del mismo autor, "Fuentes del derecho", cap. IV, Abeledo-Perrot (1982); Levi, Edward H.: "Introducción al razonamiento jurídico", traducido y anotado por Genaro R. Carrió, Eudeba (1961): Farnsworth, E. Allan: "Introducción al sistema legal de los Estados Unidos", traducido por Horacio Abeledo, Zavalía, en especial, cap. 5 (1990); en inglés, Llewellyn, Karl: "The case law system in America", traducido del alemán por Michael Ansaldi, The University of Chicago Press (1989); Wasserstrom, Richard: "*The judicial decision*", Stanford University Press (1961).

(47) En el consid. 7 de "Villada" (JA 1991-I-273), la Corte recitó un principio jurisprudencial bien conocido. Sostuvo que sus sentencias sólo deciden el caso concreto y que sus fallos no obligan legalmente sino en él, apoyándose en el precedente de Fallos 25-364, 368 (1883), "Pastorino v. Ronillón". Este último caso, sin embargo, no versaba sobre la circunstancia particular de un recurso de revisión como el de "Villada". De hecho, en lo que aquél nos interesa, se trataba de una sentencia de un juez federal de primera instancia resuelta con sustento en precedentes de la Corte Suprema, y que ésta confirmó con un escuetísimo "por sus fundamentos". En la sentencia del inferior se había sostenido, no obstante, que los fallos del Alto Tribunal no eran "legalmente" obligatorios sino que dicha obligatoriedad era "moral". A mayor abundamiento, la expresión "por sus fundamentos" no es una que se destaque por su claridad. Ella puede aludir a todos los fundamentos empleados por el inferior, o sólo aquellos que hacen al punto en conflicto. Si se tratara de esta última posibilidad, es claro que lo dicho por el inferior en cuanto a la no obligatoriedad de los fallos de la Corte, era *obiter dictum*.

(48) Imaz, Esteban R. y Rey, Ricardo E.: "El recurso extraordinario", 2a. ed. actualizada por R.E. Rey y L.E. Palacio, ps. 125 y siguientes.

(49) En "Villada", los ministros disidentes, Fayt, Petracchi y Barra, con remisión al caso "*Tellez v. Bagala*", Fallos 308-552 (1986) o JA 1986-II-189, sostuvieron que las decisiones de la Corte que "alteran sustancialmente la inteligencia de la legislación deben equipararse a cambios de ésta a fin de asegurar que la defensa en juicio sea una realidad en la República" (consid. 5). A ello agregó que "al margen de diferencias de carácter formal, la situación planteada en autos, no se distingue de las que se presentan ante modificaciones normativas" (consid. 4). También aludió, sin mayor elaboración, a las garantías de la igualdad ante la ley y del debido proceso legal. Cabe reiterar en esta oportunidad, que la mayoría no hizo referencia al caso "Tellez", aludido por los disidentes ni a la extensión de los principios sentados en él al presente caso. En "Tellez", la Corte Suprema estableció que "las nuevas pautas jurisprudenciales contenidas *in re* 'Strada', sólo habrán de ser puestas en juego respecto de las apelaciones extraordinarias federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a ese precedente" (*idem*, p. 556 *in fine*). Como se recordará, en "Strada" (Fallos 308-490 o JA 1986-II-95, año 1986) el Alto Tribunal estableció que el Superior Tribunal de Provincia, a los efectos del art. 14 de la ley 48, es el Tribunal más alto que establezca cada constitución provincial, no obstante lo que dispongan las leyes locales en contrario. (Ver complementariamente "Di Mascio", en JA 1988-IV-683, LL 1989-B-415). Si la Corte aplicaba el principio sentado en "Strada", el recurso en "Tellez" debía desestimarse, por apelarse una decisión que no pertenecía al Tribunal Superior de la causa.

(50) Ver Hart, Herbert L.A.: "El concepto de derecho", traducido por Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, p. 196 y ss. (1963); Ross, Alf, op. cit. *supra* nota 21, ps. 82 y ss. y 262 y ss. (1963); Wasserstrom, op. cit., loc. cit., *supra* nota 46; Schauer, F.: "Precedent", 39 Stanford Law Review 571, 595 (1987).

(51) Esta complejidad obedece, fundamentalmente, a la ambigüedad y vaguedad propias del principio de la igualdad y de la expresión "igualdad ante la ley" del art. 16 CN. Esas características se acentúan cuando debemos

referir dicho principio a un caso concreto. Ver Garay, Alberto F.: "La igualdad ante la ley", Abeledo-Perrot, cap. I (1989).

(52) Recuérdase lo dicho al inicio del Cap. II, B), en cuanto a la inconstitucionalidad relativa a la razón de porqué el Alto Tribunal trajo a colación el problema igualitario.

(53) Sobre la jurisprudencia relativa al interés para impugnar la constitucionalidad de las normas, ver Garay, Alberto F.: "El interés para pedir la declaración de inconstitucionalidad de las normas y la invocación del derecho de terceros", LL 1989-B-822 y siguientes.

(54) Ver *supra* nota 49. El resolver una probable cuestión futura, podría ser visto como opuesto a la jurisprudencia relativa a las cuestiones abstractas. Sin embargo, en tiempos recientes, la Corte Suprema —por mayoría de votos— ha flexibilizado su postura tradicional. Ver Fallos 310-819, 825, 836; JA 1987-IV-744 (1987); "Antonio Jesús Ríos". En esta causa, la circunstancia de que el hecho que sirve de causa del litigio se hubiera transformado en abstracto, no inhibió al Tribunal para expedirse sobre el punto constitucional propuesto.

(55) El caso "Bazterrica" fue decidido el 29/8/86 (JA 1986-IV-209).

(56) Ver *supra* nota 17.

(57) Ver *supra* nota 49.

(58) Dice el art. 18 CN, en su parte pertinente: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...".

(59) Sobre la retroactividad y la ultractividad de la jurisprudencia pueden consultarse los siguientes autores: Abrams, Richard M.: *"The effects of invalidating a law on the grounds of equal protection"*, 8 Hastings Constitutional Law Quaterly 29 (1980); Corr, John B.: *"Retroactivity: A study in Supreme Court doctrine 'As Applied'"*, 61 North Carolina Law Review 745 (1983); Farnsworth, E. Allan, op. cit. *supra* nota 46, p. 84; Jones, H. Kernochan, J., Murphy, A.: "Legal Method —Cases and Materials—" Fundation Press, p. 220 y ss. (1980); Levy, Beryl H.: *"Retroactive prudence and prospective overruling"*, 109 University of Pennsylvania Law Review 1 (1960); Lewis, Anthony: *"Gideon's trumpet"*, Vintage Books, p. 205 (1966); Schaefer, Walter V.: *"The control of 'sunbursts': Techniques of prospective overruling"*, 42 New York University Law Review 631 (1967); Traynor, Roger J.: *"Quo vadis, prospective overruling: A question of judicial responsability"*, 28 The Hastings Law Journal 533 (1977). Ver: *"Gideon v. Wainwright"*, 372 U.S. 335 (1963); *"Pickelsimer v. Wainwright"*, 375 U.S. 2 (1963); *"England v. Louisiana State Board"*, 375 U.S. 411, 422-423 (1964); *"Linkletter v. Walker"*, 381 U.S. 618, 625 (1965); *"Miranda v. Arizona"*, 384 U.S. 436 (1966); *"Johnson v. New Jersey"*, 384 U.S. 719 (1966); *"Chevron Oil Co. v. Huson"*, 404 U.S. 97, 106-107 (1971).

(60) Sobre los principios jurídicos ver la monografía de Carrió, Genaro R.: "Principios jurídicos y positivismo jurídico", Abeledo-Perrot (1970), reimpresa en "Notas sobre derecho y lenguaje", Abeledo-Perrot, 3a. ed. aumentada, p. 197 y ss. (1986).

(61) "José Manuel Romero Gural", Fallos 285-60, 62-63 (1973) y sus citas; JA 18-1973-271.

(62) Ver *supra* nota 22 y el texto al que acompaña. Ver también Fallos: 209-431 (1948), "Gaviña v. Provincia de Buenos Aires", citado por el Ministro Petracchi en su disidencia, considerando 11, párrafo 3.

(63) Wechsler, Herbert: *"Toward neutral principles of constitutional law"*, 73 Harvard Law Review 1, 11-12 (1959).

(64) Fallos 144-219; JA 17-11 (1925), este caso fue resuelto por los ministros A. Bermejo, J. Figueroa Alcorta, R. Méndez, R. Repetto y M. Laurencena.

(65) Fallos 136-161, 170 o JA 8-263 (1922), resuelto por los ministros D. E. Palacio, J. Figueroa Alcorta, R. Méndez y A. Bermejo (en disidencia).

(66) Fallos 148-219, 223; 224 o JA 17-11.

(67) Fallos 172-21, 37 o JA 48-698, resuelto por los ministros Repetto (en disidencia parcial), A. Sagarna, J. V. Peña (con ampliación de fundamento), L. Linares y B. A. Nazar Anchorena.

(68) La Corte destacó el que existiera o no contrato porque tal circunstancia fue lo que determinó que en "Ercolano", donde no existía contrato, la aplicación de la ley había sido declarada constitucional, a diferencia de lo ocurrido en *"Horta v. Harguindeguy"*, Fallos 137-47, 59 o JA 9-194 (1922), donde por existir contrato, se la juzgó contraria a la Ley Fundamental. Ambos fallos fueron resueltos por los mismos ministros del Tribunal, con la disidencia de A. Bermejo en el primero.

(69) Fallos 172-21, 68 o JA 48-698. Ver también, sobre el mismo tema de la contradicción de reglas o principios jurisprudenciales, Fallos 306-516, 519, 523 o JA 1984-III-153 (1984), *"Transportes Vidal S.A. v. Provincia de Mendoza"*; Garay, Alberto F., op. cit., *supra* nota 51, ps. 60-63 (contradicción de reglas jurisprudenciales en punto a la

garantía de la igualdad ante la ley y las resoluciones administrativas contradictorias).

(70) Ver Israel, Jerold, op. cit., *supra* nota 2, p. 223. Este autor afirma que si bien el argumento central de esta causal es el "error" de las decisiones originarias, sólo seis casos se basaron exclusivamente en dicho argumento. Todos los demás consideraron necesario evaluar la evolución jurisprudencial posterior.

(71) En "Müller", la Corte revocó una sentencia de Cámara que había dispuesto compulsivamente practicar una prueba hematológica sobre un menor adoptivo, para realizar un examen de histocompatibilidad genética con personas que podrían ser abuelos biológicos del menor. La sentencia fue resuelta por mayoría (7 votos contra 2), con la disidencia de los ministros Petracchi y Fayt. (JA 1990-IV-574).

(72) *Contra*, Legarre, Santiago: La Corte y la tenencia de estupefacientes —Nuevos ministros, vieja doctrina—, ED diario n. 7723 del 17/4/91, p. 4. Este joven autor expresa que el consid. 26 del voto mayoritario toma en consideración "las cambiantes circunstancias históricas" (id. p. 6 col. 2). Si bien no surge con claridad si Legarre aprueba o no dicho considerando, éste carece de todo respaldo concreto en cuanto a la fuente que habría informado al Tribunal. Es una clara afirmación dogmática, y además, contiene enunciados contradictorios entre sí. El consid. 26, para mejor ilustración del lector, dice: "Que en época de la vigencia de la ley 20.771 y en especial a partir de los fallos de este Tribunal *in re* 'Bazterrica' y 'Capalbo' (Fallos 308-1392 o JA 1986-IV-209 y 230) se dijo que no estaba probado que reprimir penalmente la tenencia de estupefacientes fuese un arbitrio eficiente para conjurar el problema de las drogas; pero lo cierto es que la actitud permisiva de los últimos tiempos, lejos de disminuir el consumo, el tráfico y la actividad delictiva, ha coincidido con su preocupante incremento. Por lo que la desincriminación del tenedor de drogas que las tuviere en escasa cantidad facilitaría la actividad de los traficantes, los que en los tiempos actuales utilizan un nuevo sistema de expansión del comercio, que consiste en "regalar" dosis extras a los consumidores a cambio de la captación de nuevos clientes. Y los medios utilizados hasta el momento para contrarrestar el avance de la drogadicción —propaganda en medios gráficos, radiales y televisivos, conferencias, etc.—, no han logrado contenerlo sino sólo parcialmente".

(73) Este párrafo se apoya en una afirmación que carece de cita, fuente o respaldo expreso. Dijo la mayoría: "Los drogadictos ofrecen su ejemplo, su instigación o su convite a quienes no lo son, al menos en muchísimos supuestos reales. El efecto 'contagioso' de la drogadicción y la tendencia a 'contagiar' de los drogadictos son un hecho público y notorio..." (consid. 11). Más allá de que no parece que la afirmación precedente sea un "hecho público y notorio" , en el voto de la mayoría, en ningún momento se dice que se halla probado que el procesado fuera "drogadicto".

(74) Ver Bidart Campos, G. J.: "La nueva jurisprudencia de la Corte en materia de drogas", ED, diario n. 7723, del 17/4/91 p. 3, Cap. III, párrs. 14 y 15 ("El gramaticalismo literal, unido a los standars genéricos y abstractos que generaliza el fallo, sin detenerse en la concreta aptitud ofensiva y dañosa de las conductas que en el caso particular se pretende someter a la represión punitiva del estado, toma partido por lo que en teoría y lenguaje weberianos, llamaríamos la racionalidad del derecho formal (que sublima la lógica del derecho normativo)...".

(75) *Idem*. loc. cit.

(76) Obras ya clásicas como las que versaron sobre el recurso extraordinario de Espil, Imaz y Rey, G. Carrió (de quien debe incluirse su obra crítica y analítica sobre amparo) o Linares, sobre la razonabilidad de las leyes, son excepciones dentro de la literatura sobre jurisprudencia constitucional argentina.

(77) Prefacio al t. 1 de la Colección de Fallos de la Corte Suprema, p. IV (setiembre de 1864).

(78) Rayces, A.: "Reducción legal de intereses y arrendamientos", JA 42- sec. doct.-20, 21 (1933).

* * *

Anexo 16

Título: NO
Autor: García-Mansilla, Manuel J.
Publicado en: Sup. Const. 2020 (noviembre), 05/11/2020, 4 - LA LEY2020-F,
Cita Online: AR/DOC/3523/2020

Sumario: I. Introducción. — II. El modelo. — III. La inevitable comparación con el modelo. — IV. Conclusión.

(*)

I. Introducción

En el año 2015, el profesor Adrián Vermeule de la Harvard Law School publicó un artículo con un título provocativo: "No" (1). En ese trabajo, Vermeule criticaba un libro, también polémico, del profesor de la Universidad de Columbia Philip Hamburger que, con su habitual erudición y agudeza, cuestionaba fuertemente al Derecho Administrativo estadounidense (2). No comparto en absoluto la tesis de Vermeule en esa polémica. Sin embargo, quiero tomarle prestado ese título tan llamativo para expresar el rechazo rotundo y absoluto que me merece una idea que ciertos sectores pretenden instalar nuevamente en nuestro país. Me refiero al planteo de aumentar otra vez la cantidad de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

En los últimos meses se han hecho públicas diversas iniciativas para aumentar drásticamente la cantidad de jueces del Alto Tribunal. Así, por ejemplo, la del ex juez Eugenio Zaffaroni de elevar la Corte a 15 jueces y dividirla en cinco salas especializadas (3), la del ex juez Carlos Rozanski, expuesta recientemente en el plenario de Comisiones en el Senado de la Nación, de llevarla a 21 jueces para dividirla en salas, incluyendo una sala de niñez y adolescencia (una supuesta "deuda de la democracia argentina") (4), y hasta la de elevarla a una cantidad indeterminada de jueces para luego dividirla en salas especializadas que tampoco se especifican, propuesta públicamente en un reportaje por el ex juez Eduardo Freiler (5).

La más preocupante, sin dudas, es la que se impulsa a partir del "Consejo Consultivo para el fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público", creado en el ámbito de la Presidencia de la Nación a través del dec. 635/2020 (6). El Consejo Consultivo en cuestión tiene entre sus objetivos principales estudiar y proponer reformas sobre la Corte Suprema. Y, aun antes de empezar su tarea, varios de sus integrantes se encargaron de preanunciar su idea a favor de elevar el número de jueces en la Corte. Gil Domínguez, por ejemplo, afirmó que la Corte debe tener 9 miembros (7). Ferreyra no arriesgó un número, pero cuestionó el actual de 5 jueces (8). A su vez, Arslanian ya se había pronunciado en sentido similar años atrás (9). Podríamos estar, entonces, frente a la crónica de una muerte anunciada.

La búsqueda de un número ideal de jueces de la Corte Suprema parece ser una preocupación genuina para algunos sectores. Sin embargo, este tipo de propuestas no debe ser analizada de forma aislada y en abstracto, sino en el contexto de la turbulenta historia institucional de la Corte. Vistas desde ese prisma, este tipo de iniciativas pierden todo tipo de gracia y atractivo y se vuelven francamente grotescas y peligrosas. A partir de esa perspectiva histórica y de una visión comparativa con el modelo seguido por el constituyente a la hora de diseñar el poder judicial federal, intentaré fundamentar el porqué de mi terminante rechazo al aumento de jueces que se propone para nuestra Corte Suprema.

II. El modelo

Nuestro país siguió al pie de la letra a la Constitución de los Estados Unidos a la hora de diseñar su Poder Judicial Federal. Esto que puede ser motivo de polémica para algunos, resulta indesmentible. Sin pretensión de ser exhaustivo, citaré las opiniones de algunos de los convencionales constituyentes más importantes de 1853. Así lo reconoció expresamente, por ejemplo, el convencional constituyente Martín Zapata. En la sesión del 18 de agosto de 1857, en su calidad de miembro informante de la Comisión de Legislación y Negocios Constitucionales del Senado de la Confederación, defendió lo que sería la ley 182, la primera ley de organización de la justicia federal. Allí, el entonces senador Zapata dijo: "Si nuestra Constitución Nacional tiene de común con las de todos los Gobiernos Representativos la circunstancia de hacer de la justicia una de las tres grandes ramas del Poder Público, posee además un rasgo especial muy característico y trascendental que no ha podido copiarlo sino de un modelo único y sin ejemplo entre todas las otras naciones antiguas y modernas, la Constitución de la gran República de la América del Norte. Ese rasgo característico consiste en haber hecho nuestros legisladores constituyentes, a imitación de los americanos del Norte, de la Justicia Federal el guardián y mantenedor de la observación de la Constitución Nacional por la interpretación y aplicación uniforme y ajustada a ella de las leyes en los casos contenciosos que ocurran. De este modo la Justicia Federal viene a ser la gran rueda gubernamental del país, la garantía de todos los derechos, el moderador poderoso y constante, pero modesto y oculto bajo el disfraz humilde de un proceso particular, de los otros dos altos Poderes Constitucionales" (10).

© Thomson Reuters Información Legal

En ese largo discurso, Zapata se refiere no solo a las "sabias doctrinas y teorías constitucionales de aquel aventajado pueblo" (11), sino que reconoce que no "había casi nada que inventar, ni aun aplicar de nuestras prácticas judiciales conocidas ya; porque todas ellas relacionadas entre sí, forman un sistema judicial enteramente nuevo para nosotros, y que solo tienen un modelo —las instituciones de los Estados Unidos del Norte—, de que lo tomó nuestra Constitución, como lo dije al principio de este informe, no obstante la inmensa distancia a que nos hallábamos de aquel pueblo tan adelantado en sus sabias prácticas de Gobierno Federal, pero impulsados por la legítima ambición de aproximarnos a él en la realidad de nuestras nuevas instituciones" (12).

Un año después, en la Cámara de Diputados de la Confederación, el ex convencional constituyente Juan del Campillo, en ese momento Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, refutó ciertas objeciones planteadas con respecto al ejercicio del control judicial de constitucionalidad. Allí, quien redactara de su puño y letra el texto de la Constitución de 1853 (13), afirmó que "aunque nuestra organización no era perfectamente igual a la de Norte América, era, sin embargo, muy semejante, y, por consiguiente, era de allí de donde habían de tomarse ejemplos" (14).

En esa misma sesión, el ex Presidente de la Convención Constituyente de Santa Fe, Facundo Zuviría, afirmó que: "Se dice que imitamos en todo a Norte-América y calcamos mal en nuestro alto Poder Judicial las mismas atribuciones que constituyen al norteamericano. A la verdad, si no copiamos ese no hallamos en el mundo un modelo para nuestros ensayos. [...] Nuestra Constitución es la misma. No nos hemos arrepentido de ello" (15).

Finalmente, en la sesión siguiente, Juan María Gutiérrez, uno de los dos redactores de la Constitución de 1853, se pronunció en sentido similar. Apenas unos años después de sancionada la Constitución Nacional, el famoso "representante de Alberdi" en la Convención Constituyente de Santa Fe de 1853, explicó que: "Todas mis ideas son tomadas de las doctrinas del pueblo Norte-Americano y de su ciencia política. Debo recordar también que el Poder Judicial tal como ha sido establecido por nuestra Constitución es una copia exacta del Poder Judicial de la Unión Americana. [...] Nosotros no podemos menos de aceptar este poder en el sentido Norte-Americano, desde el momento que hemos dado a nuestro Gobierno la misma forma que aquél" (16).

Recordemos que, para garantizar la independencia del Poder Judicial, el Art. III, Sección 1ª de la Constitución de Filadelfia dispone, entre otras cosas, que los jueces federales se mantienen en el cargo mientras dure su buena conducta. Así es tradicional que los jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos se mantengan en funciones durante varios años hasta su retiro o su muerte. Desde el año 1789 hasta la fecha, hubo solamente un Justice que fue sometido a un proceso de remoción (impeachment). Se trata de Samuel Chase, que resultaría absuelto en el año 1805 (17). Ese caso dejó claro que la independencia del Poder Judicial incluye una limitación central al proceso de remoción de jueces: el impeachment no es un mecanismo para remover a los jueces de la Corte por el contenido de sus sentencias (18).

La Constitución de los Estados Unidos no establece la cantidad de integrantes de la Suprema Corte. Es el Congreso el que tiene que fijarla por ley. Su primera composición fue de 6 jueces, conforme lo previsto en la Judiciary Act de 1789 (19). De ahí pasó a tener 7 en el año 1807, 9 en el año 1837 y 10 en el año 1863, cuando se creó el décimo Circuit Court, en la Costa Oeste. Ese número después bajó temporariamente a 7 en el año 1866, hasta que en el año 1869 el Congreso fijó en 9 el número de Justices de la Suprema Corte (20). Ese número se mantiene sin modificación hasta hoy. En un marco de gran estabilidad, la Corte estadounidense conserva una integración de 9 jueces desde hace más de 150 años.

Si bien han existido numerosas tensiones entre el poder político y el Poder Judicial Federal a lo largo de la historia de los Estados Unidos, el embate más fuerte sufrido por la Suprema Corte se dio durante el segundo gobierno del Presidente Franklin Delano Roosevelt. En el año 1937, Roosevelt intentó ampliar el número de jueces de la Suprema Corte y llevarlo de 9 a 15. Ese intento de alterar la integración que tenía la Corte se conoce desde entonces como el "court-packing plan" (21). Es una creencia generalizada que este célebre experimento de manipulación institucional terminó en un rotundo fracaso. Sin embargo, si se lo analiza con un poco más de detalle, se trata de un fracaso muy peculiar: después de esa supuesta derrota política, en un lapso de apenas seis años, Roosevelt terminaría designando nada menos que 9 jueces en la Suprema Corte. Así fue que entre los años 1937 y 1943 pudo nombrar a Hugo Black, Stanley F. Reed, Felix Frankfurter, William Orville Douglas, Frank Murphy, James Byrnes, Harlan Frisk Stone, Robert H. Jackson y Wiley B. Rutledge. La influencia de Roosevelt en la Suprema Corte estadounidense se extendería por varias décadas.

III. La inevitable comparación con el modelo

Nuestra Constitución Nacional copió del modelo norteamericano las garantías de protección de la independencia del Poder Judicial (22). Así es que, desde el año 1853, nuestra Constitución establece que los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación "conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser

disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones" (23). Al igual que ocurre en los Estados Unidos, el reemplazo de jueces en la Corte Suprema debería producirse solamente después de la renuncia, muerte o en el supuesto excepcional de una remoción por alguna de las causales previstas para el juicio político en el art. 53 de la Constitución Nacional.

La Constitución de 1853 fijó directamente la cantidad de jueces de la Corte en su art. 91: "El Poder Judicial de la Confederación, será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, compuesta de nueve jueces y dos fiscales, que residirá en la Capital, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Confederación". Sin embargo, la Convención examinadora de la provincia de Buenos Aires propuso reducirla a 4 miembros y eliminar su residencia en la Capital para imitar el llamado "circuit riding" de la Suprema Corte estadounidense (24). En la sesión del 7 de mayo de 1860, Sarmiento explicó los motivos de esa propuesta: "¿Qué haría, pues, en el Paraná la Suprema Corte durante el año entero, como prevé la Constitución federal? Lo que ha hecho durante siete años, comerse un salario, en cambio del fastidio de estarse mano sobre mano. Cuatro jueces serán pues demasiado personal para los pocos asuntos que hayan de requerir sus decisiones judiciales. Cuáles habrán de ser las funciones de estos jueces y cómo habrán de obrar sobre todo el territorio, es cuestión de que no debemos ocuparnos ahora. Adoptada la letra de la organización de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, tenemos que adoptar sus atribuciones y su jurisprudencia; y ya un señor convencional, muy versado en general en materias de derecho, estudia en los jurisconsultos federales del país cuyas instituciones adoptamos, el mecanismo de su organización y los límites de su jurisdicción, pudiendo en leyes del Congreso irse creando los tribunales inferiores, según el caso lo requiera, y designándose las atribuciones y manera de proceder de los jueces. La reforma propuesta, pues, tiende sólo a hacer posible la acción de la Corte Suprema, quitándole el reato de una residencia inútil en la Capital, y disminuyendo el excesivo número de jueces; que en los Estados Unidos sólo fueron seis, mientras el país tenía dieciséis millones de habitantes, siendo de reciente data el aumento de tres más, requerido por la creación de nuevos Estados" (25).

Una de las pocas modificaciones que hizo la Convención Nacional ad hoc del año 1860 fue eliminar tanto la redacción original del año 1853 como la propuesta de la Convención examinadora de reducir la integración de la Corte a 4 jueces (26). A partir de entonces, al igual que ocurre en los Estados Unidos, es el Congreso el que debe fijar la cantidad de jueces de la Corte Suprema. La primera vez que lo hizo, a través de la ley 27 de 1862, dispuso una integración de 5 jueces (27).

Nuestros constituyentes tuvieron el tino de imitar a los Founding Fathers norteamericanos en el diseño del Poder Judicial Federal. En cambio, no ocurrió lo mismo con nuestros gobernantes. Especialmente a partir de mediados del Siglo XX, en que no solo intentaron emular a Franklin Delano Roosevelt, sino que lo superaron ampliamente. Y con creces.

En primer lugar, varios jueces de la Corte Suprema fueron sometidos a juicio político y removidos del cargo. El primer juicio político se hizo durante la primera presidencia de Juan Domingo Perón. Denunciando públicamente un desprecio absoluto por la independencia del Poder Judicial (28), el 30 de abril de 1947, Benito Nazar Anchorena, Francisco Ramos Mejía y Antonio Sagarna fueron removidos de sus cargos (29). Roberto Repetto había renunciado unos meses antes, apenas iniciado el juicio político. Para dimensionar el impacto de esta maniobra, basta ver la opinión que expresara González Calderón en un libro publicado en el año 1955: "La Corte Suprema de la Nación argentina murió a los ochenta y cuatro años de su edad constitucional. Su modelo, la de Estados Unidos todavía vive, en el país de la libertad, a los 166 años constitucional" (30).

Hubo otros dos juicios políticos exitosos. Uno tuvo lugar en el año 2003 (31). El otro en el año 2005 (32). Terminaron con las destituciones de Eduardo Moliné O'Connor y Antonio Boggiano. En medio de esos juicios políticos y ante la amenaza de ser removidos, entre los años 2003 y 2004, renunciaron también Guillermo López, Julio Nazareno y Adolfo Vázquez (33).

En segundo lugar, no hubo uno, sino dos "court-packing plans" criollos. El primero en el año 1960, cuando Frondizi impulsó por primera vez una ampliación de la integración de la CSJN y logró llevarla de 5 a 7 jueces a través de la ley 15.271, con la anuencia del Congreso de la Nación y la venia de la propia Corte Suprema. Esa ampliación no se dio en el marco de un conflicto entre Frondizi y la Corte, sino apenas unos pocos meses después de asumir la Presidencia de la Nación.

A pesar de haber designado a todos sus jueces, el 18 de agosto de 1958, Frondizi envió un oficio a la Corte Suprema para conocer su opinión "acerca de la oportunidad y conveniencia de aumentar el número de jueces que la integran, con asignación de Salas de competencia determinada" (34). Ese oficio fue contestado favorablemente a través de una acordada de fecha 25 de agosto de 1958 (35). Allí la Corte Suprema, con la disidencia del juez Aráoz de Lamadrid, planteó que "esta Corte Suprema considera de toda necesidad y urgencia aumentar a nueve el número de miembros del Tribunal, en consideración al elevado monto de causas que, durante los diez años últimos, sobre todo, han llegado regularmente al conocimiento de la Corte [...]. Las

estadísticas de los últimos años revelan que el Tribunal viene soportando el peso de una elevada cantidad de causas que no logran ser resueltas, junto con las que ingresan cada año, no obstante, el trabajo constante y empeñoso de Jueces y secretarios [...]. Todo esto solo puede remediarse con una reforma sustancial en la estructura de la Corte que, al mismo tiempo que aumente el número de sus jueces y secretarios, haga posible la división en Salas a fin de dar pronto despacho a un gran número de causas (expropiaciones, cuestiones de réditos o aduanas, etc.) que no constituyen el trabajo realmente propio de una Corte Suprema" (36).

Repitiendo los argumentos expuestos en la Acordada en cuestión, el 13 de julio de 1959, el Presidente Frondizi envió al Congreso un proyecto de ley proponiendo el aumento del número de jueces de la Corte y su división en salas (37). Al año siguiente se sancionó la ley 15.271 que elevó a 7 la cantidad de jueces de la Corte. A pesar de considerar "de toda necesidad y urgencia" (38) tanto el aumento de sus integrantes como su división en salas para lidiar con la sobrecarga de tareas, después de sancionada la ley y de ingresados los nuevos jueces como consecuencia de la ampliación de sus integrantes, la Corte Suprema jamás hizo uso de la facultad concedida para dividirse en salas.

El segundo intento exitoso de imponer un "court-packing plan" fue en el año 1990, cuando el Presidente Menem logró ampliar la integración del Tribunal y llevarla a 9 jueces. Cabe destacar que, a diferencia de Frondizi, Menem había heredado la Corte de Alfonsín (39). Tal como explica Alfonso Santiago (h), "la relación del presidente Menem con la Corte Suprema y la propia historia del Tribunal durante este período iba a quedar signada en buena medida por este primer acto de su gobierno en relación con el Poder Judicial: su decisión de ampliar el número de integrantes del Máximo Tribunal para poder designar así un número suficiente de sus integrantes que le asegurasen el necesario acompañamiento en las políticas públicas que quería poner en marcha con su programa de gobierno" (40). Esta vez, la Corte se pronunció en contra de la ampliación, a través de la célebre acordada 44/89 del 22 de septiembre de 1989 (41).

Lejos de escuchar a la Corte, el entonces Secretario de Justicia, Julio Oyhanarte, contestó a través de un oficio y desechó el pronunciamiento del Tribunal afirmando que "la acordada 44/89 no es más que un papel desprovisto de significación jurídica e insusceptible de producir efecto válido alguno" (42). Haciendo caso omiso a todas las voces críticas, el proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo sería convertido en ley en la madrugada del 5 de abril de 1990. Al son de la marcha peronista entonada por los diputados del oficialismo se sancionó la ley 23.774 (43). Nacía así la célebre "mayoría automática".

Hubo también intentos infructuosos de ampliar la Corte Suprema. Uno de ellos fue impulsado en el año 1964 durante el gobierno de Arturo Illia, que había heredado la Corte remodelada por Frondizi. El 7 de julio de 1964, con la firma del Presidente Illia y de Carlos Alconada Aramburú, el Poder Ejecutivo envió un proyecto de ley para llevar a 10 el número de jueces de la Corte Suprema (44). El proyecto pretendía fundarse en "la necesidad de aumentar la eficacia del funcionamiento de la administración de justicia" (45), argumento que se esgrimió en cada intento de manipular la integración de la Corte. Y apelaba a una peculiar revisión del "derecho comparado americano" que, supuestamente, demostraba "que el actual número de jueces de la Corte nacional tampoco se halla en consonancia con lo que constituye el fondo común legislativo en la materia" (46). Así, se citaban de forma interesada los casos de Perú, Colombia, Bolivia y México, pero se descartaba de plano al modelo seguido por la Constitución Nacional porque se alegaba que había perdido "mérito comparativo" (47).

El 24 de julio de 1964, la Comisión de Interior y Justicia del Senado de la Nación envió una consulta a la Corte, que fue respondida dos semanas después (48). Allí la Corte informó que se había acordado un texto de respuesta y que había sido encomendado al Presidente, Aristóbulo Aráoz de Lamadrid. El 10 de agosto de 1964, Aráoz de Lamadrid presentó al Senado una extensa nota, que incluía un anexo con un detallado informe estadístico, en la que respondió que la ampliación era innecesaria (49).

La Corte Suprema observó que la "pertinencia" de la facultad de determinar el número de sus miembros, que efectivamente tiene el Congreso, está supeditada a que su ejercicio responda a una exigencia concreta de "las necesidades reales" del tribunal. Luego de señalar con cita a autores estadounidenses que el incremento de jueces no aumenta la eficiencia del tribunal, la Corte sostuvo que "debe advertirse, y a solo título complementario, que el número de miembros de la Corte Suprema que fija el proyecto no parece compadecerse con las funciones decisorias propias de los órganos colegiados del Poder Judicial y excede el número contenido en las normas jurídicas o en las propuestas o proyectos conocidos en la historia legal y constitucional del país" (50).

Desoyendo la opinión de la Corte, el Senado no sólo aprobó el proyecto de ley enviado por Illia, sino que aumentó a 11 el número de jueces de la Corte. Durante el debate, en su carácter de miembro informante del proyecto, el Senador Ramón Acuña hizo una enérgica defensa de la actuación de Roosevelt en el conflicto con la Suprema Corte estadounidense en 1937. Y llegó a afirmar: "¿algún señor senador recuerda el nombre de los senadores que firmaron el rechazo? Pasaron anónimos por la historia de los Estados Unidos, mientras el nombre

de Roosevelt resplandece a través de su intento de transformar la vida moral, política y social de su país" (51). El 15 de agosto de 1964, el proyecto de ley fue aprobado por la Cámara de Senadores (52). Sin embargo, el proyecto aprobado nunca fue tratado por la Cámara de Diputados.

Un proyecto similar fue impulsado el 23 de octubre de 1987 durante el gobierno de Ricardo Alfonsín. El proyecto en cuestión proponía elevar de 5 a 7 el número de jueces de la Corte. El fundamento esgrimido para justificar la ampliación era, una vez más, la necesidad de hacer más eficiente el trabajo del tribunal. Un par de meses después tomó estado público que el gobierno estaba negociando con la oposición elevar el número de jueces a 9. En un reportaje concedido el 6 de enero de 1988 al diario "La Nación", Augusto Belluscio sostuvo: "Este asunto me resulta ya francamente repugnante, pues la integración y la competencia de la Corte de Justicia parece haberse convertido en uno de los objetos de negociación política" (53). Esas negociaciones no llegaron a buen puerto y el proyecto no fue tratado en el Congreso.

Otro factor que tuvo un enorme impacto en la inestabilidad de la composición de la Corte Suprema fue la sucesión continua de gobiernos de facto y de iure. Con cada cambio de gobierno se barrió de un plumazo a la Corte anterior y se designó una nueva. Eso explica que la composición de la Corte Suprema cambiara totalmente durante los años 1955, 1966, 1973, 1976 y 1983 (54). Esos cambios explican haber tenido dos jueces en la Corte Suprema que duraron en sus cargos apenas un par de meses (55).

Si hacemos una comparación entre la trayectoria institucional de nuestra Corte Suprema con la de la Suprema Corte de los Estados Unidos, especialmente a partir del año 1947, el panorama es demoledor. La Suprema Corte estadounidense mantuvo el recambio institucional y la cantidad de jueces de forma continua y regular (lo viene haciendo no desde el año 1947, sino desde el año 1869). En cambio, la composición y número de integrantes de nuestra Corte cambió, por diversos motivos, en los años 1947, 1955, 1960, 1966, 1973, 1976, 1983, 1990, 2003 y 2006. Y estuvo a punto de cambiar también en el año 1964.

Entre el primer juicio político en los años 1947 y 2020, desfilaron 74 jueces por nuestra Corte Suprema. La mayor parte de esos jueces dejó su cargo por causas políticas (56). En ese mismo período, la Suprema Corte estadounidense tuvo solamente 40 Justices. Salvo tal vez el caso de Abe Fortas en el año 1969 (57), ninguno de sus jueces dejó el cargo por causas políticas. La Corte norteamericana tuvo una composición de 9 integrantes durante todo ese período. Nuestra Corte, en cambio, tuvo 5 miembros entre los años 1947 y 1960 (58), 7 entre los años 1960 y 1966 (59), 5 entre los años 1966 y 1990 (60), 9 entre los años 1990 y 2006 (61), y, de forma gradual, volvió a una integración de 5 jueces a partir de la sanción de la ley 26.183 a fines del año 2006 (62).

El promedio de duración de cada integración de la Corte hasta el año 1990 nunca superó los 8 años (63). Luego de la ampliación en el año 1990 y el enorme desprestigio que implicó la constitución de la famosa mayoría automática, esa integración se mantuvo durante 13 años. A partir de las renuncias y los juicios políticos promovidos entre los años 2003 y 2005 y la conformación de una nueva mayoría durante el gobierno de Néstor Kirchner, se puso en marcha el último proceso de "renovación" de la Corte Suprema que lleva en el mejor de los casos apenas 14 años. En términos histórico-institucionales, un tiempo insignificante. Y, sin embargo, hoy tenemos un tribunal que puede ser considerado como equilibrado en cuanto a su origen: de los cinco jueces, uno fue designado durante la presidencia de Eduardo Duhalde (Maqueda), dos durante la primera presidencia de Néstor Kirchner (Highton de Nolasco y Lorenzetti) y dos durante la presidencia de Mauricio Macri (Rosatti y el actual Presidente de la Corte, Carlos Rosenkrantz).

IV. Conclusión

No cabe duda alguna que el Congreso tiene facultades para modificar el número de integrantes de la Corte Suprema por ley. El ejercicio de esa facultad no puede objetarse desde la perspectiva constitucional. Sin embargo, las razones de eficiencia que se suelen esgrimir para intentar justificar el aumento de jueces en el tribunal no vienen acompañadas de un análisis serio del impacto que generaría un nuevo cambio (64). Vista en contexto histórico, esa modificación sería un nuevo golpe de gracia a la Corte. Sería la décima vez en los últimos 75 años que se altera la mayoría del tribunal. Y, dado que la Corte se considera a sí misma como el intérprete final de la Constitución desde 1864 (65), queda claro que la modificación de la mayoría o, peor aún, de todo el tribunal con cada cambio de gobierno, como ocurrió con poquísimas excepciones en los últimos 75 años, representa un peligro de enorme magnitud. De hecho, la tentación de manipular la integración de la Corte para controlar la interpretación de la Constitución y sortear el control que debe ejercer sobre el poder político parece ya un vicio arraigado en nuestro país.

Analizada bajo esta perspectiva, la propuesta de ampliar el número de jueces de la Corte Suprema no solo es francamente reprobable, sino que parece digna de un tratado de patología. Tal como ocurre, por ejemplo, con la adicción a la inflación que tienen nuestros gobernantes, parecería que la tentación de manipular la Corte es otro de los tantos vicios institucionales de los que no nos podemos rehabilitar. Y, así como la pulverización de la

moneda tiene consecuencias nefastas, la destrucción de la independencia del poder judicial a través de la manipulación de la Corte no le va en saga. Se trata de un cáncer institucional que creíamos haber extirpado en el año 2006 pero que, a instancias de algunos miembros del Consejo Consultivo y aún de ex jueces de la propia Corte, parece que quiere hacer metástasis otra vez.

Si el repaso de lo que pasó con la Corte desde el año 1947 no nos sirve de lección, tal vez sea útil recordar la certera advertencia que, ya en ese mismo momento, nos hiciera Alfredo Palacios: "si se insiste en la tarea de convertir en ruinas nuestras instituciones, el que lo consiga correrá la suerte de ser aplastado por su propia obra" (66). Haber desoído ese tipo de severos llamados de atención es lo que explica, en gran medida, la decadencia institucional que afecta a nuestro país dese hace varias décadas.

¿De verdad queremos seguir probando la misma receta que tan malos resultados nos trajo? ¿No nos damos cuenta de que, tal como sostuvo Alfonso Santiago (h.), lo verdaderamente revolucionario sería no tocar la Corte Suprema? (67) Más allá de cualquier consideración de tipo funcional acerca de cuál podría ser el número adecuado de integrantes del Tribunal, lo que debe primar frente al panorama que describí es el objetivo institucional de preservar la continuidad e independencia de la Corte y evitar así una nueva manipulación por parte del gobierno de turno. De hecho, deberíamos mantener por varios años la integración actual de 5 jueces, es decir, la integración tradicional de nuestra Corte Suprema desde sus orígenes. Esa continuidad demostraría que hemos aprendido algo de la amarga lección que ofrece nuestra turbulenta historia institucional. Sería una señal clara de que como sociedad estamos dispuestos no a repetir, sino a reparar tantos errores cometidos. Por eso, insisto, la pregunta acerca de si tenemos que ampliar la cantidad de integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación debe recibir una respuesta sonora y contundente: No.

(*) Abogado, Universidad del Salvador (1996). Master of Laws (LL.M.), Georgetown University Law Center (2001). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, y miembro individual de la International Association of Constitutional Law. Decano, Facultad de Derecho, Universidad Austral. Agradezco a Antonio María Hernández, Alfonso Santiago (h), Martín Oyhanarte, Carlos Laplacette, Jerónimo Lau Alberdi, Iván Vigani, Santiago Castro Videla, Santiago Gascón, Gregorio Uriburu y Ricardo Ramírez Calvo, quienes me hicieron valiosos comentarios, críticas y sugerencias que enriquecieron este trabajo. Por supuesto, soy el único responsable de los eventuales errores que pueda tener.

(1) VERMEULE, Adrian, "No", Texas Law Review>, Vol. 93, p. 1547 (2015).

(2) HAMBURGER, Philip, Is Administrative Law Unlawful?>, The University of Chicagro Press, Chicago, 2014. Hamburger contestó las críticas del professor de Harvard en HAMBURGER, Philip, "Vermeule unbound", Texas Law Review, Vol. 94, p. 205 (2016).

(3) Ver "Zaffaroni propone una Corte Suprema 'de 15 jueces, dividida en 5 salas especializadas'", 17/07/2020, en https://www.iprofesional.com/politica/319804-zaffaroni-propone-una-corte-suprema-de-15-jueces-en-5-salas (última visita, 10/10/2020).

(4) Ver "Barcesat, sobre la reforma judicial: 'Nada de lo que está en este proyecto lesiona la constitución nacional'", 18/08/2020, en https://www.ambito.com/politica/justicia/barcesat-la-reforma-judicial-nada-lo-que-esta-este-proyecto-lesiona-la-constitucion-nacio (última visita, 10/10/2020).

(5) Ver "FREILER, Eduardo: 'Extender la Corte Suprema a un gran número de jueces divididos por salas especializadas'", 2/08/2020, en https://radiografica.org.ar/2020/08/02/eduardo-freiler-extender-la-corte-suprema-a-un-gran-numero-de-jueces-divididos-por-salas- (última visita, 10/10/2020).

(6) BO, 30/7/2020, https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/232757/20200730 (última visita, 10/10/2020).

(7) "GIL DOMÍNGUEZ, "La Corte Suprema debe tener nueve miembros, pero sin dividirse en salas", 28/07/2020, https://www.telam.com.ar/notas/202007/495276-gil-dominguez-la-corte-suprema-debe-tener-nueve-miembros-pero-sin-dividirse-e (última visita, 10/10/2020).

(8) FERREYRA, Gustavo, "Cinco miembros en la Corte me parece muy ajustado; hay que desconcentrar el poder", 29/07/2020, https://www.lanacion.com.ar/politica/uno-expertos-propone-crear-tribunal-intermedio-anterior-nid2407543 (última visita, 10/10/2020).

(9) Arslanian propuso en 2014 aumentar el número de jueces de la Corte a 9 (ver "Políticos en el diván / Primera sesión. ARSLANIAN, León: "La Corte se podría ampliar a nueve miembros, me parece", 1/11/2014, en https://www.lanacion.com.ar/politica/sin-titulo-nid1740512/, última visita, 10/10/2020).

(10) Cámara de Senadores, Actas de las sesiones del Paraná correspondientes al año de 1857, Buenos Aires, Imprenta de la Nación, 1884, pp. 220 y 221.

(11) Cámara de Senadores, Actas de las sesiones del Paraná..., p. 222.

(12) Cámara de Senadores, Actas de las sesiones del Paraná..., p. 224. Zapata reconoce haber consultado a Kent, Story, Tocqueville y la Ley Orgánica de la Justicia Federal de los Estados Unidos para elaborar el proyecto.

(13) Cfr. ZUVIRÍA, José M., "Los Constituyentes de 1853", Félix Lajoaune Editor, Buenos Aires, 1889, p. 121.

(14) Sesión del 12 de julio de 1858, Congreso Nacional. Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados. 1857-1858, Cía. Sud-Americana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1891, p. 512.

(15) Congreso Nacional. Actas..., p. 519.

(16) Sesión del 14 de julio de 1858, Congreso Nacional. Actas..., p. 522.

(17) Al respecto, ver GARCÍA-MANSILLA, Manuel J., "El Impeachment al Justice Samuel Chase. El contexto y las consecuencias del caso", en SANTIAGO, Alfonso (Director), La Responsabilidad de los Jueces por el Contenido de sus Decisiones Jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, pp. 185/214.

(18) GARCÍA-MANSILLA, "El Impeachment...", p. 213.

(19) United States Statutes at Large, Vol. 1, 1st Congress, 1st. Session, Ch. 20, p. 73 (1789) ("An Act to establish the Judicial Courts of the United States"). La Sección 1 de la Judiciary Act>, sancionada el 24 de septiembre de 1789, estableció que: "That the supreme court of the United States shall consist of a chief justice and five associate justices, any four of whom shall be a quorum, and shall hold annually at the seat of government two sessions, the one commencing the first Monday of February, and the other the first Monday of August. That the associate justices shall have precedence according to the date of their commissions, or when the commissions of two or more of them bear the same date on the same day, according to their respective ages".

(20) HESSICK, Andrew F. - JORDAN, Samuel P., "Setting the Size of the Supreme Court", Arizona State Law Journal>, Vol. 41 No. 3, pp. 664/670 (2009).

(21) Entre las numerosas obras publicadas analizando este célebre conflicto, la más completa es MCKENNA, Marian C., Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War. The court-packing crisis of 1937>, Fordham University Press, Nueva York, 2002.

(22) Ver SECO VILLALBA, José A., "Fuentes de la Constitución Argentina", Depalma, Buenos Aires, 1943, p. 222.

(23) Art. 110 de la CN.

(24) La Judiciary Act de 1789 estableció las primeras circuit courts y previó que, además del trabajo que tenían en la Corte Suprema, los propios Justices trabajaran part-time en los diversos tribunales federales de circuito que el Congreso fuera creando en territorio de los estados. Durante 121 años, los miembros de la Corte Suprema dividieron el año trabajando, por un lado, en la capital y, por el otro, en juzgados federales correspondientes a esos circuitos geográficos. Al respecto, ver GLICK, Joshua, On the road: The Supreme Court and the history of Circuit riding>, Cardozo Law Review, Vol. 24, p. 1753 (2003).

(25) RAVIGNANI, Emilio, "Asambleas Constituyentes Argentina", Casa Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1937, t. 4, pp. 870/871.

(26) GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., "La función judicial en la Constitución Argentina", J. Lajouane & Cía., Buenos Aires, 1911, pp. 99/100.

(27) La Corte Suprema se instaló recién a las 13 hs. del 15 de enero de 1863. Así lo confirma Eduardo Costa, Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, en una carta dirigida a Urquiza al día siguiente: "ayer a la una del día ha sido instalada en esta Ciudad la Corte Suprema de Justicia [...]. De esta manera, y por la primera vez en la República, vendrán a estar constituidos y en ejercicio los tres altos poderes en que la sociedad moderna ha delegado la soberanía del pueblo, y de cuya independencia y equilibrio dependen la libertad y la conservación de los derechos que ella ha conquistado. De hoy en adelante la propiedad particular, la seguridad

individual, los derechos todos que la Constitución acuerda a los habitantes de la República sin distinción alguna colocados al abrigo de un poder moderador, estarán garantizados contra todas las invasiones a que la exaltación de las pasiones políticas tan fácilmente puede conducir a los poderes públicos induciéndoles a ultrapasar el límite de sus atribuciones respectivas" (Cfr. Documentos Relativos a la Organización Constitucional de la República Argentina, Cía. Sud-Americana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1911, t. II, pp. 74/75).

(28) Basta ver las declaraciones del propio Perón o de los diputados Ernesto Palacio, Eduardo Colom, Alcides Montiel y Guillermo Klix López para comprobar esta afirmación (ver Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados - Año 1946, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1947, t. IV, pp. 45, 811/813 y 825/830).

(29) Analicé los pormenores de este juicio político en GARCÍA-MANSILLA, Manuel J., "La Corte Suprema y el juicio político", ED, 2004, t. 207, pp. 929/936.

(30) GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., "No hay Justicia sin Libertad. Poder Judicial y 'Poder Perjudicial'", Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1955, p. 135.

(31) Analicé el juicio político al juez Moliné O'Connor en GARCÍA-MANSILLA, Manuel J., "Los juicios políticos a los jueces de la Corte Suprema Argentina de 1947 y 2003", en SANTIAGO (h), "La Responsabilidad...", pp. 391/411.

(32) Al respecto, ver la exhaustiva defensa del juez Boggiano en GELLI, María A. - SANCINETTI. Marcelo A., "Juicio político. Garantías del acusado y garantías del Poder Judicial frente al poder político. La defensa del juez Antonio Boggiano", Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

(33) Este último escribió un libro detallando ese proceso: VÁZQUEZ, Adolfo R., "Asalto a la Justicia. La intervención de la política en la Corte Suprema. Crónica de una destitución", Sudamericana, Buenos Aires, 2016.

(34) Cfr. BIELSA, Rafael, "Número de jueces de la Corte Suprema de Justicia", La Ley, t. 92, p. 319 (1958). Bielsa publicó este artículo con el sobrenombre "Próculo".

(35) "Aumento del número de jueces de la Corte Suprema", Fallos: 241:112 (1958).

(36) Fallos: 241:112, p. 113.

(37) Ver Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 86ª reunión, 12/01/1960, pp. 6454/6455.

(38) Fallos: 241:112, p. 113.

(39) Así la denomina MILLER, Jonathan M., "Evaluating the Argentine Supreme Court under Presidents Alfonsín and Menem (1983-1999)", Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas>, Vol. 7, p. 377 (2001).

(40) SANTIAGO, Alfonso (h.), "La Corte de los nueve (1990-2003)", Historia de la Corte Suprema Argentina, t. III: 1983-2013. El período de la restauración democrática, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, p. 1316.

(41) "Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pronunciamiento sobre proyecto de ley modificatorio de la composición del Tribunal", Fallos 312:1513, p. 1515 (1989).

(42) SANTIAGO (h.), "La Corte de los nueve...", p. 1320.

(43) Cfr. SANTIAGO (h.), "La Corte de los nueve...", p. 1322, n. 101.

(44) Ver Organización y Competencia de la Corte Suprema de Justicia. Consideración por el Honorable Senado del mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo en las sesiones de los días 13/14 y 14/15 de agosto de 1964, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1964, pp. 6/8.

(45) Organización y Competencia..., p. 6.

(46) Organización y Competencia..., p. 7.

(47) Idem.

(48) "Consulta de la Comisión de Interior y Justicia del H. Senado de la Nación", Fallos: 259:214 (1964).

(49) Dado que en la colección de Fallos no se transcribe la nota del Presidente de la Corte, tuve que consultarla en Organización y Competencia..., pp. 117/130.

(50) Organización y Competencia..., pp. 118/119.

(51) Organización y Competencia..., p. 19.

(52) Ver Organización y Competencia..., pp. 97/98.

(53) Cfr. OTEIZA, Eduardo, "La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia", Librería Editora Platense, La Plata, 1994, p. 191, n. 287.

(54) Para un análisis del enorme impacto corrosivo en nuestras instituciones causado por la sucesión de gobiernos de facto y de iure en el período anterior a 1983, ver GARCÍA-MANSILLA, Manuel J. - GASCÓN, Santiago J., "La Constitución bajo fuego. La Corte Suprema y el Proceso de Reorganización Nacional", Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2012.

(55) Me refiero a Julio Martínez Vivot, designado el 30 de septiembre de 1983 y a Emilio P. Gnecco, designado el 3 de octubre de 1983. Ambos se alejaron del cargo el 9 de diciembre de 1983.

(56) Cfr. CASTAGNOLA, Andrea, "La Trampa de la Manipulación Judicial: Un Análisis Histórico del Control Político de la Suprema Corte Argentina", Revista Uruguaya de Ciencia Política, Vol. 29, No. 1, p. 49 (2020).

(57) MURPHY, Bruce Allen, Fortas. The Rise and Ruin of a Supreme Court Justice>, William Morrow & Co., Nueva York, 1988.

(58) Art. 6, Ley 27.

(59) Art. 1, Ley 15.271.

(60) Art. 1, Ley 16.895.

(61) Art. 1, Ley 23.774.

(62) El número de cinco jueces fijado en el art. 2 de la Ley 26.183 se alcanzó recién en octubre de 2014, luego del fallecimiento de los jueces Carmen María Argibay y Enrique Santiago Petracchi.

(63) Cfr. MILLER, "Evaluating the Argentine...", p. 373.

(64) Otra de las propuestas que se suelen hacer para mejorar supuestamente la eficiencia de la Corte es dividirla en salas. Analicé la cuestión en GARCÍA-MANSILLA, Manuel J., "¿Es constitucional la división de la Corte Suprema en salas?", Revista Jurídica Austral, Vol. 1, No. 2 (2020), en prensa. Allí planteo las razones por las cuáles sostengo que, antes que aumentar la integración de la Corte y dividirla en salas, lo que corresponde hacer es disminuir la cantidad de causas que resuelve por año.

(65) "El Ministerio Fiscal con Don Benjamín Calvete, por atentados contra la inmunidad de un Senador", Fallos: 1:340, p. 348 (1864).

(66) PALACIOS, Alfredo, "La Corte Suprema ante el Tribunal del Senado", Ed. Jus, Buenos Aires, 1947, p. 254.

(67) SANTIAGO, Alfonso (h.), "la reforma más revolucionaria sería dejar a la Corte de la Nación como está", 9/08/2020, en https://www.lagaceta.com.ar/nota/855224/actualidad/alfonso-santiago-h-la-reforma-mas-revolucionaria-seria-dejar-corte-nacion-co (última visita, 10/10/2020).

Anexo 17

¿Es constitucional la división de la Corte Suprema en salas?

Manuel José García-Mansilla*

Facultad de Derecho, Universidad Austral

MGarciaMansilla@austral.edu.ar

Recibido: 6/10/2020

Aceptado: 3/11/2020

Resumen

Este trabajo examina desde una perspectiva histórica varias propuestas diferentes para dividir a la Corte Suprema argentina en salas y analiza los problemas constitucionales de este tipo de iniciativas de reforma.

Palabras clave: Corte Suprema, división en salas, Constitución Nacional.

Is the Division of the Supreme Court in Panels Constitutional?

Abstract

This article examines from a historical perspective several different proposals to divide the Argentine Supreme Court in panels and analyzes the constitutional problems of these kind of reform initiatives.

Key words: Supreme Court, division in panels, Constitution of Argentina.

1. Introducción

El Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público, creado en el ámbito de la Presidencia de la Nación a través del Decreto 635/2020,[1] tiene como objetivo principal estudiar y proponer reformas

* Agradezco a Alfonso Santiago (h), Antonio María Hernández, Carlos Laplacette, José Sebastián Elías, Jerónimo Lau Alberdi, Iván Vigani, Santiago Castro Videla, Pedro Caminos, Santiago Gascón, Gregorio Uriburu y Ricardo Ramírez Calvo, quienes me hicieron valiosos comentarios, críticas

acerca de diversos temas, incluida la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La creación de este Consejo Consultivo puso nuevamente en discusión la vieja idea de dividir a la Corte Suprema en salas.[2] Así, en los últimos meses, algunas voces se manifestaron públicamente a favor de esa división, con propuestas de diversa índole. Ese tipo de iniciativas van desde la del exjuez Eugenio Zaffaroni de elevar la Corte a quince jueces y dividirla en cinco salas especializadas,[3] la del exjuez Carlos Rozanski, expuesta en el plenario de Comisiones en el Senado de la Nación, de llevarla a veintiún jueces para dividirla en salas, incluyendo una sala de niñez y adolescencia (una supuesta "deuda de la democracia argentina")[4] y hasta la de elevarla a una cantidad indeterminada de jueces para luego dividirla en salas especializadas que tampoco se especifican, propuesta públicamente en un reportaje por el exjuez Eduardo Freiler.[5]

Una lectura rápida del Decreto 635/2020 indicaría que el Consejo Consultivo no tiene a su cargo elaborar propuestas y recomendaciones para modificar la organización interna de la Corte Suprema. Por ende, sería superfluo analizar la posibilidad de una eventual propuesta de modificación a través de su división en salas. Sin embargo, la redacción del decreto en cuestión es ambigua en este punto. El artículo 7, inciso 1) prevé la elaboración de un informe acerca de proyectos de ley presentados durante los últimos 10 años "tendientes a establecer modificaciones en la composición, organización y funcionamiento de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN". La revisión de

---

y sugerencias que enriquecieron este trabajo. Todas las opiniones vertidas en este trabajo son a título estrictamente personal.

1 BO 30/07/2020, https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/232757/20200730.

2 A modo de ejemplo, León Arslanian, uno de los integrantes del Consejo Consultivo, propuso en 2014 aumentar el número de jueces de la Corte a 9 y dividirla en salas: "A mí me parece que la Corte, primero, si quiere ganar en eficacia, tiene que achicar la circulación y trabajar por salas: una sala penal, una de derecho público, una civil y comercial" (Sehinkman, 2014).

3 Ver Zaffaroni propone una Corte Suprema… (2020).

4 Ver Barcesat, sobre la reforma judicial… (2020).

5 Ver Eduardo Freiler: Extender la Corte… (2020). En ese reportaje, el exjuez Freiler, removido por el Consejo de la Magistratura, afirmó: "Creo que es necesario ampliar el número de la Corte, pero no solamente por la idea de quienes están hoy integrando el más alto tribunal sino, que realmente es impensable para una estructura que cinco personas pretendan conocer de absolutamente todo, y ser especialistas en tener la última palabra sobre diferentes ramas del derecho. En este momento, no tenemos ningún penalista, no hay ningún laboralista, no tenemos una persona especialista en derecho familiar con una visión de género, y además, creo que es una Corte que estructuralmente atrasa muchísimo. Hay que extender a un gran número de jueces divididos por salas donde se especialicen por temas, salas penales, por ejemplo, y demás, sería también posible que los presidentes de cada una de estas salas se reúnan, y conformen un tipo de tribunal constitucional".

algunos de esos proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación de 2010 a la fecha demuestra que introducir modificaciones a la composición y organización y funcionamiento de la Corte Suprema fue una inquietud recurrente de algunos legisladores nacionales. Esos proyectos de ley incluyen no solo el eventual aumento de la cantidad de sus miembros, sino también su división en salas.[6] Además, el artículo 4, *in fine*, establece que "Para realizar su cometido el Consejo Consultivo evaluará las iniciativas legislativas ingresadas al HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN en los últimos DIEZ (10) años vinculadas con los temas sometidos a su análisis".

¿Están vinculados este tipo de proyectos de ley que incluyen iniciativas de modificación de la organización de la Corte Suprema con los temas sometidos al análisis del Consejo Consultivo? Parecería que sí. Además, dada la amplitud con la que están redactados los incisos 1 y 2 del artículo 4 del Decreto 635/2020 es imposible descartarlo. En efecto, el Consejo Consultivo está obligado a elaborar un dictamen de propuestas y recomendaciones basadas en: (i) una "Descripción valorativa con especial indicación de los problemas que se observan para el correcto funcionamiento de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN [...]"; y (ii) un análisis del funcionamiento de la Corte "que incluya: a) El establecimiento para la selección de integrantes, de criterios de diversidad de género y representación federal [...]".[7] En consecuencia, el

---

6 Ver, por ejemplo, el proyecto presentado por los senadores Marcelo Fuentes, Virginia M. García, Silvina García Larraburu, Juan Irrazábal, María Labado, Mirtha M. T. Luna, Anabel Fernández Sagasti, María Pilatti Vergara, Inés I. Blas, Ruperto Godoy, Ana C. Almirón, Hilda C. Aguirre de Soria, María de los Ángeles Sacnun y Nancy González en 2016, cuyo artículo segundo establece: "INCORPÓRASE como Artículo 21 del Decreto Ley N° 1285/58, texto según Ley N° 16.895, el cual quedará redactado de la siguiente forma: —Artículo 21.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por TRECE (13) jueces y funcionará dividida en CUATRO (4) Salas que distribuirán sus funciones en razón de la materia, integradas por TRES (3) miembros cada una, ejerciendo la presidencia del tribunal el juez restante. La presidencia será ejercida por un periodo de DOS (2) años, es reelegible y su designación resulta del voto mayoritario de los miembros del Máximo tribunal. Ante la Corte Suprema de Justicia actuarán el Procurador General de la Nación y los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Defensor General de la Nación y los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos de la ley 24.946 y demás legislación complementaria" (ver https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1967.16/S/PL).

7 En sentido similar, los senadores Norma Durango, Juan Manuel Abal Medina, Marina Riofrio, Sigrid Kunath, María Graciela de la Rosa y Beatriz G. Mirkin de Alperovich presentaron en 2016 un proyecto cuyo artículo 1 establece: "[...] La Corte Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por siete (7) jueces. Ante ella actuarán el Procurador General de la Nación y los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Defensor General de la Nación y los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos de las leyes 24.946, 27.148 y 27.149 y demás legislación complementaria. La composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación deberá

Consejo Consultivo no tiene impedimento alguno para incluir en su dictamen una propuesta de división de la Corte Suprema en salas.

En ese marco, parece necesario analizar la cuestión desde la perspectiva constitucional y verificar si la Constitución permite o no una modificación de esta naturaleza. A fin de poner en contexto este tipo de propuestas, haré primero un breve repaso histórico de las principales iniciativas de dividir a la Corte en salas. Luego, revisaré la opinión de diversos autores nacionales al respecto, para después analizar la compatibilidad de esa división o no con nuestro sistema constitucional y hacer una evaluación crítica acerca de si, en cualquier caso, existe algún beneficio derivado de esa modificación en la organización interna de la Corte Suprema. Finalmente, daré mis conclusiones.

2. Antecedentes históricos

La idea de dividir a la Corte Suprema en salas dista de ser novedosa. De hecho, se ha planteado en numerosas ocasiones y de forma infructuosa en nuestro país desde por lo menos 1826 a la fecha. A continuación, citaré todos los antecedentes que he encontrado y que considero más relevantes sobre este tema, con la exposición de los fundamentos que se esgrimieron en cada caso. Más allá de que casi todos esos intentos fueron infructuosos, su revisión permite vislumbrar los diversos argumentos que se presentaron para poder analizarlos después desde la perspectiva constitucional.

2.1. Antecedentes anteriores a la sanción de la Constitución de 1853

La Constitución de Cádiz de 1812 no fue un antecedente relevante de la Constitución Nacional. Sin embargo, influyó en el primer antecedente nacional que propuso una corte dividida en salas. Por eso, vale la pena hacer una breve referencia a su organización judicial, a la que algunos autores le atribuyen erróneamente influencia en nuestro sistema constitucional.[8]

El artículo 259 de la constitución gaditana establecía un Supremo Tribunal

reflejar en su integración las diversidades de género y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal. A efectos de asegurar la diversidad de género, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no podrá integrarse por más de cuatro (4) jueces del mismo género" (ver https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2039.16/S/PL).

8 Para un análisis detallado de ese aspecto, ver García-Mansilla y Ramírez Calvo (2006, pp. 107 y ss.).

de Justicia.[9] Y, conforme lo previsto en el artículo 260, el Poder Legislativo determinaría "el número de magistrados que han de componerle, y las salas en que ha de distribuirse" el Supremo Tribunal.[10] Entre sus múltiples competencias, correspondía al Supremo Tribunal español el conocimiento de los recursos de nulidad contra las sentencias finales de las Audiencias "para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y obtener así la efectividad de la responsabilidad judicial por la infracción de las leyes que arreglan el proceso en lo civil". Además, intervendría en las cuestiones de competencia,[11] en los delitos cometidos por los altos cargos políticos y los magistrados del propio Supremo Tribunal,[12] en los juicios políticos contra secretarios de Estado y del despacho, consejeros de Estado y magistrados judiciales,[13] en los juicios de residencia,[14] en los asuntos contenciosos del patronato real[15] y en los recursos contra decisiones de los tribunales eclesiásticos.[16]

Es importante destacar que la Constitución de Cádiz prohibía a los tribunales suspender la ejecución de las leyes, es decir, controlar su constitucionalidad.[17] Esta prohibición era copia de lo dispuesto en el artículo 10, título I de la ley francesa del 16-24 de agosto de 1790, replicado luego en el capítulo V, artículo 3° de la Constitución francesa de 1791. Así es que la Constitución española de 1812 incluye entre las atribuciones del Supremo Tribunal la de "[o]ír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración de las Cortes".[18] Esta atribución es copia de lo dispuesto en el artículo 12, título I de la referida ley francesa de agosto de 1790: "Los jueces [...] dirigirán representaciones al cuerpo legislativo cuando estimen necesario interpretar el sentido dudoso de una ley o dotarse de una nueva".[19]

---

9 El texto completo junto con el Discurso Preliminar pueden encontrarse en Sevilla Andrés (1969, pp. 115 y ss.). El artículo citado se encuentra en la p. 199.

10 Ídem.

11 Artículo 261, Primero.

12 Artículo 261, Cuarto y Quinto.

13 Artículo 261, Segundo y Tercero.

14 Artículo 261, Sexto.

15 Artículo 261, Séptimo.

16 Artículo 261, Octavo.

17 Artículo 246.

18 Artículo 261, Décimo. "Cortes" es el nombre del Poder Legislativo en la Constitución de Cádiz.

19 Una descripción detallada de esa organización puede encontrarse en Collantes de Terán de la Hera (2006, pp. 97-108).

Estas disposiciones muestran las enormes diferencias existentes entre la organización de los tribunales en la Constitución de Cádiz y la del Poder Judicial a partir de la sanción de la Constitución Nacional en 1853. Sin embargo, el primer antecedente patrio de división de la Corte Suprema en salas muestra la influencia de la Constitución gaditana en este punto. Me refiero a la Constitución de 1826 que, luego de establecer una Alta Corte de Justicia integrada por nueve jueces y dos fiscales,[20] establecía en su artículo 122 que esta se dividiría en dos salas para el conocimiento de causas relacionadas con la competencia originaria y exclusiva asignada a ese Tribunal.[21] Y, a renglón seguido, aclaraba que la primera sala "compuesta de tres de sus miembros, conocerá de la primera instancia; y la otra sala, compuesta de los seis miembros restantes, conocerá de la segunda, y última instancia".[22]

Los escuetos fundamentos de esta división en salas de la Alta Corte de Justicia fueron desarrollados en la sesión del 7 de noviembre de 1826. Allí se expuso como argumento principal que "para las causas privilegiadas que originariamente por la Constitución debían iniciarse ante ella, sería menester también hacer dos o tres Salas porque estos juicios no debían terminar en una sola instancia" (Ravignani, 1937, pp. 1082-1084). Cabe destacar que en esa misma sesión el convencional Valentín Gómez advirtió que el aumento del número de jueces de la Alta Corte causaría varios inconvenientes "entre otros, la demora que el mayor número de ellos inferiría a los asuntos, teniendo que considerarlos particularmente" (Ravignani, 1937, p. 1082).[23] Ravignani recuerda, además, que una de las objeciones fue "la posibilidad de dos fallos contradictorios emanados del supremo poder judicial" Ravignani (1927, p. 187).

---

20 Ver artículos 110 y 111 de la Constitución de 1826 en *Constitución de la República Argentina sancionada por el Congreso General Constituyente el 24 de diciembre de 1826 y el Manifiesto que se remite a los pueblos para su aceptación* (1826, p. 37).

21 La competencia originaria y exclusiva asignada por la Constitución de 1826 a la Alta Corte de Justicia surge de sus artículos 118 a 121: "Art. 118. Conocerá originaria y exclusivamente en todos los asuntos, en que sea parte una provincia, o que se susciten entre provincia y provincia, o pueblos de una misma provincia, sobre límites, y otros derechos contenciosos, promovidos de modo que deba recaer sobre ellos formal sentencia. Art. 119. En las cuestiones que resulten con motivos de contrato, o negociaciones del Poder Ejecutivo, o de sus agentes, bajo su inmediata aprobación. Art. 120. En las causas de todos los funcionarios públicos de que hablan los artículos 19, 27, 28 y 29, y respecto de los casos en ellos indicados. Art. 121. En las que conciernan a los embajadores, ministros plenipotenciarios, enviados, cónsules, y agentes diplomáticos de las cortes extranjeras" (Cfr. Constitución de la República..., 1826, p. 38).

22 Ídem.

23 Para profundizar el análisis acerca de la regulación de los tribunales en la Constitución de 1826, ver Valenzuela Beltrán (1967, p. 57).

A pesar de que la Constitución de 1826 adoptó la separación de poderes de la Constitución de Filadelfia de 1787,[24] la influencia de la Constitución de Cádiz en el diseño del Poder Judicial fue notable. Por una parte, no es un dato menor que la Constitución de 1826 no incluyera la competencia prevista en el actual artículo 116 de la Constitución Nacional referida a todos los puntos regidos por la Constitución y las leyes de la Nación con la reserva de los Códigos de fondo.[25] Por la otra, los artículos 123, 124, 125 y 126 siguieron de cerca las atribuciones que la Constitución española de 1812 le otorgaba al Supremo Tribunal. Además, el artículo 127 dispuso, al igual que el 161, Décimo de la constitución gaditana, que la Alta Corte de Justicia "[i]nformará de tiempo en tiempo al cuerpo Legislativo de todo lo conveniente para la mejora de la administración de justicia; y elevará todas las dudas, que le propusiesen los demás Tribunales, sobre la inteligencia de las leyes" (Constitución de la República..., 1826, p. 39).

La Constitución de 1826 no tuvo vigencia práctica. Sin embargo, constituyó un importante antecedente que influyó en varios puntos de la Constitución Nacional, con excepción de lo previsto en materia de organización judicial. A su vez, la influencia de la Constitución de Cádiz en el poder judicial desapareció totalmente al momento de sancionarse la Constitución Nacional en 1853. El modelo seguido por el constituyente, primero en 1853 y luego en 1860, sería radicalmente distinto.

2.2. El debate de la Ley 182 (1858)

A la hora de diseñar el Poder Judicial en la Constitución Nacional, los constituyentes de 1853 y 1860 siguieron al pie de la letra a la Constitución de los Estados Unidos. Esta cuestión se puso de manifiesto de forma contundente, especialmente durante el debate de la primera ley de Organización del Poder Judicial de la Confederación en 1858. Para confirmar el grado de influencia que tuvo el modelo norteamericano en este punto, basta citar la opinión de Juan María Gutiérrez durante el debate legislativo de la Ley 182.[26] El célebre "vocero de Alberdi" en la Convención Constituyente de Santa Fe afirmó que:

---

24 Cfr. carta de John Forbes, Encargado de Negocios de los Estados Unidos en Buenos Aires, a Henry Clay, Secretario de Estado del Gobierno estadounidense, 15/7/1826, en Quesada Zapiola (1948, p. 174).

25 Cfr. Giménez Bonet (1947, p. 16).

26 Para profundizar el análisis acerca de la influencia del sistema constitucional estadounidense en el pensamiento de Gutiérrez y otros constituyentes de 1853 y 1860, ver García-Mansilla y Ramírez Calvo (2008, pp. 143 y ss.).

> Todas mis ideas son tomadas de las doctrinas del pueblo Norte-Americano y de su ciencia política. Debo recordar también que el Poder Judicial tal como ha sido establecido por nuestra Constitución es una copia exacta del Poder Judicial de la Unión Americana. [...] Nosotros no podemos menos de aceptar este poder en el sentido Norte-Americano, desde el momento que hemos dado a nuestro Gobierno la misma forma que aquél. (Congreso Nacional. Actas de las sesiones..., 1891, p. 522)[27]

La marcada influencia del constitucionalismo norteamericano es, insisto, indesmentible. También lo es el abandono total tanto del modelo gaditano como el de la Constitución de 1826 en lo relativo al Poder Judicial. En ese contexto es que se rechaza la primera propuesta de dividir a la Corte en salas luego de sancionada la Constitución Nacional, presentada en solitario por el diputado Emiliano García al momento de discutirse la Ley 182.

En la sesión de la Cámara de Diputados del 19 de julio de 1858, el diputado García intentó convencer a sus pares acerca de la necesidad de dividir a la Corte Suprema en dos salas para los casos de competencia originaria y exclusiva. En ese momento, se discutía el artículo 14 del proyecto de ley que, en consonancia con lo establecido en el artículo 98 de la Constitución de 1853, establecía que

> [c]orresponde a la Suprema Corte de Justicia originaria y exclusivamente el conocimiento y decisión de las causas concernientes a Embajadores, Ministros y Cónsules extranjeros; en las que una provincia fuese parte, y en los conflictos entre los poderes públicos de una misma provincia. (Congreso Nacional. Actas de las sesiones..., 1891, p. 556)

El diputado García propuso reemplazar esa redacción y agregar

> un artículo en lugar del que se discute, para que en los casos a que este se refiere, la Suprema Corte se divida en dos Salas, para que la una haga de Tribunal de 1ª. instancia y la otra conozca en el recurso de súplica. (Congreso Nacional. Actas de las sesiones..., 1891, p. 557)

El exconvencional constituyente de 1853 y entonces ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Juan del Campillo, se opuso a esta propuesta de división en salas de la Corte. Sin embargo, aclaró que el recurso de súplica podía ser previsto por la propia Corte en su reglamento de procedimientos.

27 Sesión del 14 de julio de 1858.

Con esa breve explicación, la propuesta de división del diputado García fue descartada y el artículo 14 del proyecto de ley fue aprobado por unanimidad.[28]

2.3. El debate de la Ley 4055 (1901)

En la sesión de la Cámara de Diputados de la Nación del 29 de noviembre de 1901, el Diputado Manuel Argañaraz propuso aumentar el número de jueces de la Corte Suprema y dividirla en tres salas para que "conozca de las causas de jurisdicción apelable" (Diario de Sesiones..., 5ª sesión de prórroga, 1901, p. 433). Se discutía en ese momento la que terminaría siendo la Ley 4055 que creó las Cámaras Federales de Apelación y redujo así la competencia apelada de la Corte Suprema. El diputado Argañaraz presentó un dictamen en minoría dado que creía que esa creación de tribunales intermedios era inconstitucional y no resolvía el problema de acumulación de causas en la Corte que se convertiría en una "tercera e inevitable instancia".[29] Para Argañaraz, la apelación ante la Corte Suprema tenía que ser la regla y no la excepción.[30] Por eso, consideraba que la creación de las Cámaras Federales de Apelación solo iba a alargar innecesariamente los procesos judiciales.

Argañaraz planteaba que la ampliación de la Corte y su división en salas no alteraban la unidad del tribunal:

> Se mantiene la unidad por razón de la presidencia que lleva la dirección de todo el tribunal, de toda la corte suprema de justicia; se mantiene por razón de la superintendencia que esta ejerce sobre toda la administración de justicia nacional, y finalmente, porque constituida en corte plena, o por lo menos con mayoría absoluta de miembros, vendría a conocer en todas aquellas causas de jurisdicción originaria establecida por la constitución en aquellas que, como fiel y supremo intérprete de la misma constitución, de las leyes de la nación y los tratados con las potencias extranjeras, está llamada a mantener la uniformidad de la jurisprudencia. (Diario de Sesiones..., 5ª sesión de prórroga, 1901, p. 435)

Además, según el diputado santiagueño, la Constitución no prohibía este tipo de propuestas:

---

28 Ver Congreso Nacional. Actas de las sesiones... (1891, p. 556).

29 Ídem.

30 Ver Diario de Sesiones... (5ª sesión de prórroga, 1901, p. 434).

> no hay disposición alguna en la constitución que obste a que el congreso, con la facultad reglamentaria que le confiere el 101, divida la corte en varias salas, a fin de que conozcan de todas las causas apeladas. Siempre será la corte suprema la que entienda y decida de todas ellas por una parte de sus miembros constituidos en tribunal, de acuerdo con la ley reglamentaria, y se habrá conseguido que, dividido equitativamente el trabajo entre las tres salas, se obtenga la más pronta solución de todas las causas apeladas, con más rapidez todavía de la que se conseguiría con dos cámaras de apelaciones. (Diario de Sesiones..., 5ª sesión de prórroga, 1901, p. 435)

Argañaraz citó en apoyo de su propuesta el ejemplo de países europeos, incluyendo Francia y su tribunal de casación, así como el ejemplo de los tribunales superiores de la provincia de Córdoba y de Santa Fe.[31] En definitiva, desde la visión centralista del diputado por Santiago del Estero, sería imperdonable

> el error en que incurriríamos rompiendo uno de los vínculos de esta nacionalidad aún incipiente, al destruir la unidad de jurisprudencia en un país regido por ella y substancialmente por una misma legislación de fondo desde los remotos tiempos de la conquista. (Diario de Sesiones..., 5ª sesión de prórroga, 1901, p. 436)

La propuesta de Argañaraz fue contestada por el diputado Juan Balestra, quien, como miembro informante del despacho de mayoría de la Comisión de Justicia, explicó que

> aquí se presentan dos sistemas: uno propone dividir la Corte en tres salas; el otro propone crear dos cortes intermedias, dos cámaras federales de apelación [...]. [L]a comisión ha juzgado que una corte de diez miembros que pudiera dividirse en tres salas, podría dividirse en cuanto a las personas; pero no podría trabajar al mismo tiempo como corte y como cámara de apelación; y cuando el trabajo que se exigiera fuera tan grande que requiriera el trabajo de toda la corte constantemente y de todas las cámaras constantemente, también para despejar esa situación de hecho y por lo mismo gravísima, pues sin liquidarla es imposible seguir adelante, sucedería que mientras estas tres cámaras en que se dividiera la corte estuvieran trabajando como cámara, sería necesario a la vez que estuvieran trabajando como corte, y aparte de que una corte de diez miembros despacharía con más dificultad que una de cinco, –o la corte o esas cámaras tendrían indudablemente que interrumpir sus tareas–, queriéndose hacer el trabajo rápido, se produciría por el contrario una obstaculización tal, que en definitiva no habríamos hecho sino ampliar los tribunales echándoles encima una situación

31 Ver Diario de Sesiones... (5ª sesión de prórroga, 1901, p. 437).

> insoluble hoy, que sería igualmente insoluble mañana. (Diario de Sesiones..., 5ª sesión de prórroga, 1901, p. 431)

El ministro de Justicia, Juan Serú, también rechazó la división en salas propuesta por Argañaraz:

> El señor diputado se esforzaba por hacer comprender que la acción de una sala constituida de tres miembros era la expresión del conjunto de la suprema corte, y que no podía haber aplicación distinta de doctrinas entre una sala con la otra. No, señor presidente. No comprendo que pueda llegarse a esta conclusión, de que se ha de mantener mayormente el espíritu de unidad en un tribunal que se divide en salas para hacer el despacho de todos sus asuntos, que en un tribunal que se conserva sobre todos los tribunales de menor jerarquía en su número ordinario, tal como fue constituido en los orígenes de la organización de esta justicia. (Diario de Sesiones..., 5ª sesión de prórroga, 1901, pp. 439-440)

Finalmente, el autor del proyecto de ley, el diputado Julián Barraquero, rechazó los argumentos expuestos por Argañaraz en estos términos:

> En primer lugar, los autores, constitucionalistas o juristas, que ha citado el miembro informante de la minoría de la comisión, no se refieren absolutamente al derecho común, a los asuntos del fuero ordinario. En Estados Unidos como aquí, la jurisprudencia que establece y mantiene la corte suprema es la jurisprudencia para los asuntos del fuero federal, del fuero constitucional; aquí como allí el poder judicial no tiene un rol simplemente judiciario, como lo tiene en las naciones europeas: la institución americana del poder judicial es una institución verdaderamente nueva en el mundo; es una institución, como muy bien lo ha dicho el señor ministro, de orden político. La corte federal no se creó especialmente para fallar los asuntos del fuero común, para mantener la jurisprudencia de los códigos civil, de comercio y de minería; no, señor presidente. Esa corte federal está para mantener dentro de su órbita respectiva a los poderes del estado. (Diario de Sesiones..., 5ª sesión de prórroga, 1901, p. 440)

A renglón seguido, haciendo hincapié en las peculiaridades de la forma de gobierno federal de la Constitución de 1853/60, Barraquero explicó que

> [n]uestra constitución, si bien ha hecho una excepción al principio federativo y ha establecido que no sean los estados argentinos los que dicten los códigos civil, de comercio y de minería, sino que sea el congreso, haciendo una desviación a los principios del federalismo, ha establecido también que son las provincias las que aplicarán esos códigos en los casos del fuero común. ¿Y cómo podría

> entonces la suprema corte mantener la unidad de la jurisprudencia en estos asuntos? De ninguna manera [...]. ¿[S]e puede sostener que una corte compuesta de nueve miembros, dividida en salas, puede ser a la vez corte suprema para las causas que correspondan a la corte y cámara o salas para las causas de apelación? Naturalmente que no; mientras la corte dividida en salas está estudiando los asuntos que se refieran a esas salas, en ningún caso puede, por ningún arte, por ninguna invención, a la vez, reunirse y ser corte para fallar los asuntos que a la corte corresponden. Es pues, un mecanismo que no puede dar buen resultado. (Diario de Sesiones..., 5ª sesión de prórroga, 1901, pp. 440-441)

Aprobado el proyecto de ley, el Senado no trató la propuesta de división en salas porque, en palabras del senador Dámaso Palacio,

> yo no discutiré la bondad de este proyecto de organización, cuyo exponente autorizado y sincero ha sido en estos días en la Cámara de Diputados el doctor don Manuel Argañaraz, y no lo discutiré, porque ha sido siempre un propósito que no ha tenido aceptación en el público, en el seno de los poderes del Estado, ni en las Cámaras del Congreso. (Diario de Sesiones..., 23ª sesión de prórroga, 1901, p. 580)

2.4. El proyecto de reforma constitucional del Gobierno de facto (1930)

Casi treinta años después, a pocos días de producido el golpe de Estado del 6 de septiembre de 1930, el llamado "Gobierno provisional" avisó que propondría una reforma constitucional.[32] Esa reforma sería publicitada el 18 de junio de 1931. Según el Gobierno de facto, "la Revolución de Septiembre tiene un contenido mucho más hondo y fundamental que un simple cambio de hombres en el gobierno. Se imponen reformas substanciales en algunas de nuestras instituciones" (La obra de la Revolución..., s.f., p. 196). Entre esas reformas se incluía a la Corte Suprema y a su división en salas.

El Gobierno militar planteó que

> contra la anarquía en la aplicación de la ley en todo el territorio de la Nación, y para afianzar la justicia, evitando que influencias políticas o de otro orden se infiltren en los tribunales de provincia, es indispensable dar a la Suprema

32 Ver Manifiesto del Excmo. Señor Presidente del Gobierno Provisional de la Nación, Teniente General don José F. Uriburu (1930, pp. 47 y ss.). Para un análisis general sobre el proyecto de reforma constitucional del Gobierno de facto, ver Frontera (1995, pp. 95 y ss.).

> Corte, ampliándola, funciones de Tribunal Superior de Casación en los casos de violación o inaplicabilidad de la ley común. (La obra de la Revolución..., s.f., pp. 198-199)

Entre las reformas "más urgentes e inmediatas" que nuestro sistema demandaba, se incluía el elevar a no menos de quince la cantidad de jueces de la Corte Suprema y dividirla en dos salas. La creación de una "Corte Suprema Federal y de Casación" se haría a través de una reforma al artículo 100 de la Constitución Nacional de 1853/60, que pasaría a tener la siguiente redacción:

> La Corte Suprema estará compuesta de un Presidente, de un número de ministros no menor de catorce y de un procurador general y se dividirá en dos salas con el número de miembros que para cada una fije la misma Corte en el reglamento a que se refiere el artículo 99. Una de las salas conocerá de las causas federales y de las provincias, de los recursos extraordinarios y de las cuestiones institucionales y de la reforma del 5º. [sic];[33] y la otra sala funcionará como Corte de Casación cuya competencia y procedimiento serán reglamentados por la ley. (La obra de la Revolución..., s.f., p. 205)

La exposición de motivos del proyecto de reforma constitucional en cuestión concluía que

> en esta forma el Tribunal Supremo será una Corte Federal y de Casación que realizará el verdadero afianzamiento de la justicia a que se refiere el preámbulo de la Constitución y el artículo 5º en todo el territorio de la Nación, y en todas las jurisdicciones, tanto en lo que se refiere a la interpretación y aplicación de la Constitución y de las instituciones políticas provinciales y federales, cuanto en lo que se relaciona con la aplicación de la ley común por todos los tribunales del país. (La obra de la Revolución..., s.f., p. 205)

Si bien el proyecto de reforma constitucional del Gobierno de facto de 1930 quedaría trunco, uno de sus funcionarios y adherentes más notorios insistiría años después con la propuesta.

---

33 La referencia al artículo 5 se refiere a la propuesta del Gobierno de facto para que la Corte interviniera para garantizar la autonomía de las provincias. El artículo 5 del proyecto de Constitución establecía: "Bajo estas condiciones cada provincia tendrá el goce y ejercicio de sus instituciones, cuya violación será resuelta con un procedimiento sumario por la Corte Suprema Nacional como tribunal encargado de interpretar en último término la Constitución y de hacer predominar sus principios en casos de conflictos institucionales" (La obra de la Revolución..., s.f., p. 199).

2.5. El proyecto de reforma constitucional de Ibarguren (1948)

En 1948, en el marco del llamado a la reforma de la Constitución de 1853/60 durante el primer Gobierno del Gral. Juan D. Perón, Carlos Ibarguren (1948, p. 69) propuso un proyecto de reforma constitucional que incluía una Corte Suprema organizada en tres salas de cinco miembros cada una.

Ibarguren (1948) aclaraba que en su proyecto de reforma de la Constitución

> la jurisdicción proyectada para la Suprema Corte Nacional es vasta y versa sobre asuntos políticos y jurídicos trascendentales. No se circunscribe, como es la actual, a la decisión de casos puramente judiciales, sino que se extiende a un campo mucho más amplio. La Corte que propongo es el cuerpo que mantiene la regularidad en todos sus aspectos y el árbitro que debe dirimir los graves conflictos que se suscitaren entre los poderes del Gobierno Nacional, o de éste con las provincias, o los que se produjeren entre las mismas. [...] Por último, es Corte de Casación que entiende también por vía de recurso, en las condiciones y de acuerdo con lo que estatuyan las leyes, de las sentencias de los tribunales del país para uniformar la jurisprudencia en la aplicación e interpretación de los Códigos, de la legislación común y de las leyes federales. (pp. 69-70)

El artículo 87 del proyecto de constitución de Ibarguren (1948) establecía que "La Corte Suprema de la Nación se compondrá de quince miembros, dividida en tres salas de cinco miembros cada una" (p. 124). A su vez, el artículo 89, inciso 4 del proyecto establecía que

> Son atribuciones de la Suprema Corte: [...] 4. Los recursos de casación contra sentencias definitivas de los tribunales nacionales y provinciales, en los casos en que según las leyes correspondan esos recursos, en los que la Corte procederá como Tribunal Supremo de Casación. (Ibarguren, 1948, pp. 124-125)

A pesar de la insistencia de Ibarguren, que reciclaba la propuesta del Gobierno de facto de 1930, la iniciativa no tuvo éxito y no fue seguida durante la Convención constituyente reformadora de 1949 en cuanto a la división de la Corte Suprema en salas. Sin embargo, sí tuvo eco en relación con la propuesta de convertir a la Corte en un tribunal de casación. De hecho, en su parte pertinente, el artículo 95 de la Constitución de 1949 dispuso que:

> La Corte Suprema de Justicia conocerá, como Tribunal de Casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos a que se refiere el inciso 11 del artículo 68. La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso

> de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales. Una ley reglamentará el procedimiento para los recursos extraordinario y de casación, y para obtener la revisión de la jurisprudencia. (Sampay, 1949, pp. 149-150)

2.6. El debate de la Ley 15271 (1960)

Quien sí tuvo éxito en su propuesta de dividir a la Corte en salas fue Arturo Frondizi. Doce años después de la propuesta de Ibarguren, impulsó la sanción de la Ley 15271, cuyo artículo 1 previó la ampliación de la composición de la Corte Suprema para llevarla a siete jueces. A su vez, facultó concretamente al Tribunal a que se dividiera en salas:

> Deróganse los artículos 19, 21, 23 y el apartado a) del inciso 6° del artículo 24 del Decreto-Ley 1.285 del 4 de febrero de 1958 y se los sustituye por los siguientes: [...] Artículo 21. La Corte Suprema de Justicia estará compuesta por siete jueces y un procurador general. Tendrá su asiento en la Capital Federal y designará su presidente. Dictará su reglamento interno y económico y el reglamento para la justicia nacional, estableciendo las facultades de superintendencia de la Corte Suprema y tribunales inferiores. Art. 23. Facúltase a la Corte Suprema de Justicia a dividirse en salas, de acuerdo al reglamento que a tal efecto dicte. Hasta que el mismo no esté en vigencia, las decisiones de la Corte Suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran, siempre que éstos concordaren en la solución del caso; si hubiere desacuerdo, se requerirán los votos necesarios para obtener la mayoría absoluta de opiniones. La Corte actuará en tribunal pleno en los asuntos en que tiene competencia originaria y para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad. [...].[34]

Vale la pena repasar la génesis del único antecedente en el que se concretó normativamente la autorización para que la Corte se dividiera en salas después de sancionada la Constitución Nacional.[35] El 18 de agosto de 1958, pocos días después de asumir la Presidencia de la Nación, Frondizi envió un oficio a la Corte Suprema para "conocer la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, acerca de la oportunidad y conveniencia de aumentar el número de jueces que la integran, con asignación de Salas de competencia determinada" (Bielsa, 1958, p. 319).[36] Ese oficio fue contestado favorablemente a través de

34 BO 09/02/1960, http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=114501.

35 Al respecto, ver Oyhanarte (2013, pp. 672-679).

36 Bielsa publicó este artículo con el sobrenombre "Próculo".

una Acordada de fecha 25 de agosto de 1958.[37] Allí, la Corte, con la disidencia del juez Aráoz de Lamadrid, planteó que

> esta Corte Suprema considera de toda necesidad y urgencia aumentar a nueve el número de miembros del Tribunal, en consideración al elevado monto de causas que durante los diez años últimos, sobre todo, han llegado regularmente al conocimiento de la Corte [...]. Las estadísticas de los últimos años revelan que el Tribunal viene soportando el peso de una elevada cantidad de causas que no logran ser resueltas, junto con las que ingresan cada año, no obstante el trabajo constante y empeñoso de Jueces y secretarios [...]. Todo esto solo puede remediarse con una reforma sustancial en la estructura de la Corte que, al mismo tiempo que aumente el número de sus jueces y secretarios, haga posible la división en Salas a fin de dar pronto despacho a un gran número de causas (expropiaciones, cuestiones de réditos o aduanas, etc.) que no constituyen el trabajo realmente propio de una Corte Suprema.[38]

Repitiendo los argumentos expuestos en la Acordada en cuestión, el 13 de julio de 1959, el presidente Frondizi envió al Congreso un proyecto de ley que proponía el aumento del número de jueces de la Corte y su división en salas.[39]

En la Cámara de Diputados de la Nación, el diputado por la provincia de Corrientes, Porfirio Aquino, fue el encargado de defender el proyecto de ley con las modificaciones introducidas por la Comisión de Justicia. Luego de hacer una larga exposición acerca de los orígenes e importancia del Poder Judicial, en relación con la propuesta de dividir en salas a la Corte, Aquino citó a las constituciones de Colombia, Costa Rica, Venezuela y México como antecedentes del derecho comparado "que atañen a las bases de este proyecto" (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6460). Y, a renglón seguido, planteó que "a esta altura quiero hacer una ligera referencia a las circunstancias que hacen necesaria la modificación del número de jueces y la división en salas. Los dos presupuestos se encuentran armónicamente entrelazados" (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6461). Aquino sostuvo que la división en salas iba a facilitar las tareas del tribunal, que tenía un déficit de trabajo acumulado a raíz de la multiplicación de causas. Y aclaró que el proyecto dejaba a salvo los asuntos de competencia originaria y en los que se resolviera la inconstitucionalidad de una

37 *Aumento del número de jueces de la Corte Suprema*, Fallos: 241:112 (1958).

38 *Aumento del número de jueces de la Corte Suprema*, Fallos: 241:112, p. 113 (1958).

39 Ver Diario de sesiones... (86ª reunión, 1960, pp. 6454-6455).

ley nacional, provincial o un decreto del Poder Ejecutivo que requerirían la actuación de la Corte en pleno (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6461).

A su turno, el diputado Augusto Vecchietti argumentó que

> la Corte resolvió que era conveniente el aumento del número de jueces, a fin de que el tribunal pudiera dividirse en salas. La importancia y la razón del aumento del número de jueces de cinco a siete se funda precisamente en la necesidad de esa división en salas, que facilitaría extraordinariamente el funcionamiento de la Corte, donde existen gran cantidad de asuntos demorados en más de un año después del llamamiento de autos para sentencia. Quiere decir que el aumento del número de jueces constituye un evidente auxilio para la Corte Suprema de Justicia [...]. (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6461)

Y más adelante agregó que

> el propósito que persigue este proyecto, al aumentar el número de jueces de cinco a siete, no es desde luego el de incorporar nuevos jueces a la Corte Suprema, sino el deseo de permitir su división en salas, que no es posible con el número actual de miembros. En cambio, con siete jueces sería factible tal división [...]. (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6462)

Vecchietti intentó despejar las dudas acerca de la constitucionalidad del proyecto de ley:

> entendemos que la división del alto tribunal en salas no afecta ni el espíritu ni la letra de nuestra Constitución, ya que no surge de ella ninguna disposición que permita considerar inconstitucional esta iniciativa. En todas sus normas se habla de la Corte Suprema como organismo, pero en ninguna parte se establece cuál será su funcionamiento, ya que es atribución del Congreso y de ella misma el modo y forma como ha de desenvolver su trabajo. Por lo demás, [...] los antecedentes históricos nacionales que han dado origen a nuestra Constitución demuestran que ya había sido prevista la división en salas, como en la Constitución de 1826, que habla textualmente de ella. (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6463)

Y remató su exposición observando que

> no creemos que esta reforma que propiciamos altere, modifique o viole en lo mínimo [sic] la Constitución Nacional, pues la Corte Suprema, cuya acordada también propicia esa división en salas, con toda seguridad habría advertido ese impedimento constitucional, de haber existido. (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6463)

A renglón seguido, el diputado César Lagos sostuvo que en la Constitución de 1826 ya figuraba la facultad de la Corte Suprema de dividirse en salas "a los efectos de una mejor organización del trabajo, sistema que desapareció en la Constitución de 1853 y en la reforma de 1860" (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6464).

El diputado Ernesto López Sansón, a su vez, afirmó que

> la división en salas, cuando no se trate de la interpretación de una norma constitucional o de asuntos originarios, resultará de beneficio público, pues se agilizará el trámite del proceso en bien de los propios litigantes [...]. La Corte actuará en pleno cuando se trate de considerar problemas constitucionales o de competencia originaria. No podría ser de otra manera, pues nosotros no podemos evadir las disposiciones constitucionales que se hallan vigentes y que solo pueden ser derogadas por una Convención. (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6469)

El diputado Antulio Pozzio también defendió la división en salas argumentando que había un precedente similar en la provincia de Buenos Aires. Y a continuación aclaró que

> no desconozco que existe una corriente contraria a esta división en salas, por entender que cuando el artículo 94 [hoy artículo 108] habla de "una" Corte nacional quiere referirse a la integridad de todos sus miembros, por lo que ella no podría ser dividida en salas. [...] Nosotros creemos que las argumentaciones no son valederas, que no hay impedimento de orden constitucional para la división en salas. (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6474)

Finalmente, el diputado Oscar López Serrot juzgó que la división en salas era "indispensable", ya que, de otro modo, el aumento del número de jueces en la Corte "provocaría mayores demoras desde que de no mediar tal subdivisión tendrían que expedirse mayor cantidad de jueces" (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6479).

Una de las pocas voces críticas en la sesión del 12 de enero de 1960 fue la de diputado Adolfo Contte (h), quien destacó que

> nuestros antecedentes legislativos están en favor del establecimiento de una Corte de una sala, y éste es uno de los puntos en los cuales disiento con el proyecto de la comisión, porque allí se autoriza a desdoblar la Corte en dos salas que actuarán en determinadas circunstancias y condiciones. [...] Considero inadecuada e inconstitucional la división de la Corte Suprema en dos salas. (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6467)

Al día siguiente, en la sesión del 13 de enero de 1960, el diputado Porfirio Aquino defendió nuevamente la división en salas. Para ello, invocó el debate del 29 de noviembre de 1901, en especial la opinión vertida por Manuel Argañaraz, aunque omitió cualquier referencia a las opiniones contrarias del autor de la Ley 4055, Julián Barraquero (Diario de Sesiones..., 87ª reunión, 1960, p. 6526).

Una vez aprobado, el proyecto de ley fue girado al Senado, que lo trató en una brevísima sesión el 3 de febrero de 1960. En esa ocasión, el senador Víctor Hugo Fleitas fue el único orador. Fleitas defendió la división en salas apelando al antecedente del artículo 122 de la Constitución de 1826, al que consideraba "muy valioso" (Diario de Sesiones..., 81ª reunión, 1960, p. 3287). También citó en apoyo de la división tanto a la Acordada del 25 de agosto de 1958 como a la propuesta de reforma constitucional de 1931 presentada por el Gobierno de facto de Uriburu. Y remató su peculiar exposición planteando que

> creemos, pues, a la luz de los antecedentes expuestos, que la división en salas que propicia el proyecto no es contraria ni al texto ni al espíritu de la Constitución, ya que de su lectura no surge ninguna disposición que pueda dar motivo a considerar esta solución como inconstitucional. Por el contrario, de sus normas surge que queda reservado al Congreso y a ella misma la facultad de reglar su funcionamiento y la forma de desarrollar sus tareas. Recurriendo al derecho comparado observamos que en varias repúblicas americanas se autoriza la división en salas de sus más altos tribunales de justicia, ya sea por mandato constitucional o por disposición de las leyes que dicten sus respectivos Parlamentos, como Colombia, Costa Rica, Venezuela, Brasil, México y otras. (Diario de Sesiones..., 81ª reunión, 1960, p. 3288-3289)

A pesar de considerar "de toda necesidad y urgencia"[40] tanto el aumento de sus integrantes como su división en salas para lidiar con la sobrecarga de tareas, después de sancionada la Ley 15271 y de ingresados los nuevos jueces después de la ampliación de sus integrantes, la Corte Suprema jamás hizo uso de la facultad concedida para dividirse en salas.[41]

2.7. El proyecto de ley de organización de la Corte Suprema de Illia (1964)

El último antecedente identificado en esta investigación es el intento de am-

40 *Aumento del número de jueces de la Corte Suprema*, Fallos: 241:112, p. 113 (1958).

41 De hecho, la Corte Suprema rechazó planteos judiciales que pretendían cuestionar decisiones tomadas por la mayoría absoluta de los integrantes de la Corte y no el pleno, es decir, todos los

pliación de la Corte Suprema durante el Gobierno de Arturo Illia. El 7 de julio de 1964, con la firma del presidente Illia y de su ministro de Justicia y Educación, Carlos Alconada Aramburú, el Poder Ejecutivo envió un proyecto de ley de Organización y Competencia de la Corte Suprema de Justicia. El proyecto proponía ampliar a diez el número de jueces de la Corte Suprema y regulaba el procedimiento para su división en tres salas de tres jueces cada una.[42]

El proyecto pretendía fundarse en "la necesidad de aumentar la eficacia del funcionamiento de la administración de justicia" (Organización y Competencia..., 1964, p. 6) y apelaba a una peculiar revisión del "derecho comparado americano" que, supuestamente, demostraba "que el actual número de jueces de la Corte nacional tampoco se halla en consonancia con lo que constituye el fondo común legislativo en la materia" (Organización y Competencia..., 1964, p. 7). Así, se citaban solamente los casos de Perú, Colombia, Bolivia y México, pero se descartaba de plano al modelo estadounidense seguido por la Constitución Nacional porque se alegaba que había perdido "mérito comparativo" (Organización y Competencia..., 1964, p. 7).

El 24 de julio de 1964, la Comisión de Interior y Justicia del Senado de la Nación envió una consulta a la Corte, que fue respondida dos semanas después.[43] Allí, la Corte informó que se había acordado un texto de respuesta y que había sido encomendado al presidente, Aristóbulo Aráoz de Lamadrid. El 10 de agosto de 1964, Aráoz de Lamadrid presentó al Senado una extensa nota –que incluía un anexo con un detallado informe estadístico– en la que respondió que la ampliación era innecesaria.[44]

La Corte Suprema observó que la "pertinencia" de la facultad de determinar el número de sus miembros, que efectivamente tiene el Congreso, está supeditada a que su ejercicio responda a una exigencia concreta de "las necesidades reales" del tribunal. Luego de señalar, con cita a autores estadounidenses, que el incremento de jueces no aumenta la eficiencia del tribunal, la Corte sostuvo que

integrantes. En esos casos, la Corte sostuvo que "el Tribunal encuentra del caso agregar que la cláusula del art. 23 [sic] de la Ley 15.271 ha sido interpretada con el alcance que la exigencia de tribunal plenario allí prevista rige para el supuesto, aun no ocurrido, de la división en Salas de esta Corte, y autoriza las sentencias con participación de la mayoría absoluta de los jueces que la integran" (*S.A. Alejandro Bianchi y Cía. v. Nación Argentina*, Fallos: 248:398, considerando 4°, p. 400; *Julio Goldberg v. Orbe Films*, Fallos: 248:442; *Santiago Cardoso v. Ernestina Magna Sánchez de Llano y otros*, Fallos: 262:300; etc.).

42 Ver Organización y Competencia... (1964, pp. 6-8).

43 *Consulta de la Comisión de Interior y Justicia del H. Senado de la Nación*, Fallos: 259:214 (1964).

44 Dado que en la colección de Fallos no se transcribe la nota del Presidente de la Corte, utilizo la publicada en Organización y Competencia... (1964, pp. 117-130).

> debe advertirse, y a solo título complementario, que el número de miembros de la Corte Suprema que fija el proyecto no parece compadecerse con las funciones decisorias propias de los órganos colegiados del Poder Judicial y excede el número contenido en las normas jurídicas o en las propuestas o proyectos conocidos en la historia legal y constitucional del país. (Organización y Competencia..., 1964, pp. 118-119)

A su vez, contradiciendo directamente lo que había dicho en la Acordada del 25 de agosto de 1958, la Corte advirtió que "su división obligatoria en salas minoritarias, esto es, con menos de la mayoría absoluta concordante de los jueces que integran el tribunal, es de constitucionalidad problemática" (Organización y Competencia..., 1964, p. 119). A renglón seguido aclaró que

> es con esta reserva que ha de entenderse la acordada del 25 de agosto de 1958 de los entonces integrantes de esta Corte Suprema –Fallos 241:112– en cuanto allí se requirió explícitamente que la ley "haga posible la división en salas", y ello tan sólo para atender causas "que no constituyen el trabajo de una Corte Suprema". (Organización y Competencia..., 1964, p. 119)

La Corte sostuvo que

> la labor de la Corte Suprema, incluyendo su tarea fundamental, difícilmente puede ser cumplida por un fracción minoritaria del tribunal, que podría reducirse a dos de sus miembros en los términos del proyecto [...]. No remedia la situación la posibilidad de convocatoria a tribunal plenario. Porque éste sólo parece posible cuando ya media jurisprudencia contradictoria y, en todo caso, no podría reabrir las causas fenecidas en que aquélla se ha establecido. Tampoco la remedia la no comprensible limitación del plenario que el proyecto propone respecto de las causas de inconstitucionalidad traídas tan sólo de tribunales provinciales, con lo que vendrían a quedar excluidas de aquel las sentencias de los tribunales y órganos jurisdiccionales nacionales, relativas a la actividad del gobierno nacional en el ámbito constitucional y federal. (Organización y Competencia..., 1964, pp. 119-120)

Y para rematar su rechazo a la división en salas, la Corte afirmó que "por lo demás, son notorias las dificultades y demoras que resultan de la práctica de las decisiones plenarias" (Organización y Competencia..., 1964, p. 120).

La Corte rechazó también los ejemplos extranjeros y locales que pretendían presentarse como argumentos en favor de la división en salas. En particular, advirtió que "la posibilidad de regímenes distintos, provinciales o extranjeros,

con base en competencias diferentes –especialmente en materia de derecho común– no puede alterar la solución a que se llega en las consideraciones precedentes" (Organización y Competencia..., 1964, p. 120). Finalmente, en cuanto a la posible obligatoriedad de las decisiones plenarias, la Corte observó que

> es igualmente problemática la conveniencia y el acierto del establecimiento de la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria de la Corte Suprema. Porque su necesidad, si es que existe, tendría razón eminente de ser en materia constitucional, y es allí precisamente donde es más cuestionable. (Organización y Competencia..., 1964, p. 120)

El 15 de agosto de 1964, el proyecto de ley fue aprobado por la Cámara de Senadores.[45] Desoyendo la opinión de la Corte en cuanto al rechazo a la ampliación de sus integrantes, el Senado no solo aprobó el proyecto de ley enviado por Illia, sino que aumentó a once el número de jueces de la Corte. Sin embargo, eliminó el artículo que obligaba a su división en salas y no hubo defensa alguna de esa división durante el debate. El proyecto aprobado siguió su curso, pero, una vez ingresado a la Cámara de Diputados, nunca más fue tratado.

El antecedente mereció en su momento la crítica de Aja Espil (1964), quien sostuvo que

> sin perjuicio de la interpretación estrictamente gramatical de los que ven en el art. 94 [hoy artículo 108] Const. Nac., una verdadera valla para el establecimiento de salas, consideramos que la Corte Suprema, en cuanto órgano constitucional con funciones de alta política, es decir como cabeza de poder, no admite tal innovación sin peligro de ofender facultades que le son propias. La frecuente mención que, con relación a este problema se hace respecto a otras altas Cortes de Justicia, ya europeas, ya americanas, no suele ser acertada. La función primordial en casi todas ellas se limita a la de administrar justicia. Pero nuestra Corte Suprema va más allá que a la mera solución de conflictos entre partes, ya que su alta función es la de fijar la interpretación final de la Constitución, en todos los tiempos y en cualquier emergencia. (p. 72)

3. Opiniones doctrinarias

La idea de la división de la Corte Suprema en salas ha concitado la atención de varios autores a lo largo de los últimos años, aunque pocos la han estudiado en

45 Ver Organización y Competencia... (1964, pp. 97-98).

profundidad. Sin pretensión de exhaustividad, a continuación haré una reseña de las opiniones más importantes.

3.1. Opiniones contrarias

Bielsa (1958) rechazó la Acordada del 25 de agosto de 1958 argumentando que en la Corte Suprema la división en salas implicaría simplemente una instancia adicional, pero "sin la unidad que es esencial en la cima de toda jurisdicción" (p. 319).

Bidart Campos (1967) cuestionó también la división en salas:

> estando directamente establecido por la constitución un órgano judicial máximo como Corte Suprema, y surgiendo su competencia también de la constitución, entendemos que la Corte *no puede ser dividida en salas*. Ello equivaldría a que sus sentencias fueran dictadas por una sala, y no por el *tribunal en pleno*. (p. 223)[46]

Además, sostuvo que

> cuando la Corte entiende en un caso, entiende con fundamento constitucional, aunque medie válidamente reglamentación legal. Es decir, interviene como Corte, con todos sus jueces; si interviene con una de sus salas, no es la Corte de la constitución, y por ende, la constitución padece violación. (Bidart Campos, 1967, p. 223)

César Enrique Romero (1976) también se pronunció en contra:

> se ha propuesto el aumento y la creación de *salas* dentro del Tribunal. Ese evento no parece congruente con la Constitución, quien ha explicitado que la cabeza del Poder Judicial es *una* "Corte Suprema", que funcione como tal e integrada de sus miembros, o de su mayoría. Las salas de los tribunales colegiados desnaturalizan ciertamente su función, al dividir la actuación de sus miembros. (p. 277)[47]

Con una línea argumental similar, Linares Quintana (1987) sostuvo que la Corte

> no admite su subdivisión en salas de competencia determinada. Una fragmentación semejante quitaría en el hecho a la Corte Suprema su rango de tal, y tendría

46 Énfasis en el original.

47 Énfasis en el original.

> como resultado práctico que sus decisiones ya no serían del primer tribunal del país sino de una sala determinada del mismo, con una evidente diferencia de jerarquía jurídica, que en manera alguna previeron los constituyentes argentinos. (p. 786)

Para este autor, la división del Tribunal Supremo en salas especializadas resulta absolutamente inconstitucional, ya que "ello quitaría a la Corte su carácter esencial de Tribunal Supremo, haciendo posible que las opiniones coincidentes solamente de dos ministros constituyan sentencia" (Linares Quintana, 1987, p. 787).

A su vez, en uno de los estudios más completos sobre el tema, Alberto Bianchi (1988) afirmó que

> quienes están de acuerdo en dividir a la Corte en salas, no advierten que entre ella y las Cámaras de Apelación no solamente existe una diferencia de grado basada en la jerarquía superior de la primera, sino que existe también una diferencia cualitativa que hace que la Corte además de un Tribunal sea un Poder del Estado semejante y jerárquicamente igual a los otros. Esto quiere decir que cuando la Corte se pronuncia a través de sus sentencias (al igual que el Congreso lo hace a través de leyes y el Poder Ejecutivo por medio de actos administrativos individuales o generales) su decisión debe ser la del cuerpo todo, debe ser la decisión de "la" Corte como Tribunal y como Poder, pero no la de un grupo minoritario de personas, cuya decisión no refleja tal vez el pensamiento de los demás jueces que la integran. (p. 973)

Además, hizo el siguiente planteo:

> [Q]ué diríamos si a un legislador se le ocurre, a efectos de dotar al Congreso de mayor agilidad, dividir a las cámaras legislativas en varias subcámaras de resultas de lo cual, en lugar de tener una de Senadores y una de Diputados, tuviéramos tres de cada una, con poder suficiente para sancionar leyes. El principio bicameral se respeta pues puede actuar la Cámara de Diputados No. 1, con la Cámara de Senadores también No. 1 y sancionar una ley que luego será promulgada. De tal forma tendremos tres Congresos y no uno y su actividad será mucho más rápida y efectiva. Se dirá inmediatamente que este ejemplo es ridículo y carece de andamiento, pues va en contra de la propia letra de la Constitución que prevé una sola Cámara de Diputados y una sola Cámara de Senadores. Esto es cierto, pero no lo es menos que tampoco la Constitución prevé expresamente la división en salas de la Corte y no creo que de la letra literal de la Constitución podamos obtener autorización para ello, en la medida que el art. 94 [hoy artículo 108] es muy claro, cuando dice que el Poder Judicial se ejercerá por "una Corte Suprema de Justicia" y los demás Tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el

> territorio de la Nación. Es claro entonces que lo que la Constitución quiere es que "el Poder Judicial" sea ejercido por "una Corte Suprema" y no por alguna sala de esa Corte Suprema. (Bianchi, 1988, pp. 974-975)

Gregorio Badeni (2010) sostuvo que la división en salas generaría una pérdida de autoridad de la Corte y agregó que se traduciría en "una pluralidad de tribunales que no se compadece con el texto constitucional que hace referencia a una sola Corte Suprema de Justicia" (p. 746). Además, planteó que "esa división podría acarrear una interpretación contradictoria de las normas legales y constitucionales con la consiguiente inseguridad jurídica" (p. 746).

En una interesante entrada en su blog "Saber Derecho", Gustavo Arballo (2014) también criticó la idea de dividir a la Corte en salas. Para ello, se basó en tres razones: una conceptual, una institucional y una constitucional. En cuanto a la razón conceptual, afirmó que:

> La Corte es (debería ser) *el tribunal de la Constitución*, no un tribunal de cuarta instancia a propósito de una materia o zona del derecho. En verdad, la Corte *no debe* fallar sobre "derecho penal" o "derecho civil", sino *sólo* sobre temas y derechos constitucionales *strictu sensu*. Dividirla en salas temáticas corrompe ese principio y estimularía a que trate lo que no debe tratar: temas de derecho común. Sería fomentar, y no disuadir, esa idea de la Corte como un "almacén de ramos generales". (párr. 4-5)[48]

En relación con la razón institucional, argumentó que

> institucionalmente se pierde la voz de una Corte única, que ve fragmentada su competencia en compartimentos estancos. Se reduce a la "sala" la unidad de decisión perdiendo la diversidad y pluralidad de un tribunal integrado y único. Y se genera el potencial para habilitar patrones incongruentes de interpretación constitucional si las "salas" adoptan filosofías distintas. Además, aceptar la división en salas es institucionalmente muy peligroso porque se presta para manipulaciones. Nótese que un gobierno podría –en una ley procesal, que puede sancionar por mayoría simple– agrupar todos los jueces que le molestan y asignarlos a una sala a la que le atribuya competencia marginal, y dejar jueces más favorables en una sala temática a la que le asigne centralidad y mayor chance de intervención. (Arballo, 2014, párr. 8-9)

Finalmente, expuso la razón constitucional en estos términos: "Simplemen-

48 Énfasis en el original.

te, la Constitución Nacional habla de UNA Corte y no contempla, como la de varias provincias, la posibilidad de división en salas" (Arballo, 2014, párr. 10).

Por último, Florencia Ratti e Ignacio Díaz Solimine (2020) también se pronuncian en contra a partir de un análisis exhaustivo de los numerosos conflictos prácticos que generaría dividir a la Corte en salas, aunque excluyen expresamente de su enfoque la eventual compatibilidad o no de esa división bajo nuestro sistema constitucional.

3.2. Opiniones a favor

No son muchas las voces doctrinarias que se han pronunciado en trabajos académicos a favor de la división en salas. Además, los pocos que lo han hecho no han desarrollado en profundidad sus argumentos a favor de este tipo de propuestas. A continuación, reseño las más destacadas.

Una de las pocas voces doctrinarias a favor de la división en salas es la de Sagüés (2017), quien afirma que

> el tema da lugar a distintos enfoques. La división en salas se justifica por razones de especialización, y siempre que el cúmulo de tareas de la Corte sea muy gravoso. Ello permitiría, en principio, mayor calidad y expeditividad en los fallos. La posibilidad de sentencias contradictorias entre las salas puede resolverse mediante adecuadas convocatorias a tribunal pleno. Todo ello hace que la aludida división no prive de jerarquía al tribunal, sino todo lo contrario. Prestigiosos tribunales supremos europeos y americanos operan de este modo, con éxito y reputación. Al contrario, si la Corte tuviese trabajo reducido (merced al *writ of certiorari*, o atribución de no atender asuntos carentes de trascendencia), la división en salas pierde necesidad. (p. 414)[49]

Además, plantea que

> normativamente, la Constitución no prohíbe ni promueve la división en salas. Es cierto que el art. 108 habla de "*una* Corte Suprema", pero la asignación de causas en varias salas no afecta la unidad del cuerpo, que podría actuar en su conjunto ("en pleno") cuando lo decidiese, y de modo obligatorio sobre inconstitucionalidad de normas. Por lo demás, en la experiencia argentina hay muchos cuerpos judiciales que actúan en salas, pese a componer "una" cámara de apelaciones. (Sagués, 2017, pp. 414-415)[50]

49 Énfasis en el original.

50 Énfasis en el original.

Finalmente, el constitucionalista santafesino concede que

> un fuerte argumento en oposición al régimen divisorio es que, de constituirse en salas de tres miembros, bastarían dos votos para definir puntos fundamentales sometidos a la Corte. Sin embargo, el reglamento podría atender este problema exigiendo tres votos coincidentes; y de no lograr esto, integrar la sala con otro u otros jueces más. (Sagués, 2017, p. 415)

Otra opinión favorable es la de Ekmekdjian (2016, p. 203), quien se limita a afirmar, sin argumento alguno, que coincide con Sagüés y que la división en salas no es inconstitucional.

Miguel Ángel Berçaitz (1988), expresidente de la Corte Suprema entre 1973 y 1976, propuso elevar a nueve la cantidad de jueces y dividirla en

> cuatro salas establecidas por ley, con dos jueces cada una: 1) laboral; 2) penal y procesal; 3) administrativo y fiscal; 4) civil y comercial y otras. Tal división debe conservarse o modificarse según resulte de las estadísticas actuales que lleva la Corte. Cada sala se integra con el presidente de la Corte en caso de disidencia entre los dos jueces que la componen". (p. 860)[51]

Berçaitz no fundamentó su postura, sino que se limitó a exponerla de forma dogmática.

Finalmente, sin detenerse tampoco a profundizar su propuesta desde la perspectiva constitucional, Pablo Ramella (2008) planteó que:

> Creo que en esta materia no hay que tener preconceptos. Si el atiborramiento de las causas aconsejara crear una Corte Suprema con más miembros, dividiéndose en salas, habría que hacerlo porque si constituye un escándalo jurídico, como se ha dicho, la discrepancia en la jurisprudencia, que puede obviarse con el tribunal plenario, como ocurre en México (art. 107, XIII de la Constitución), mayor lo es la demora sin término en la solución de los juicios que constituye en el hecho una verdadera denegación de justicia. Claro que de mantenerse el tribunal único son suficientes cinco miembros, pues de ser más a lo único que llevaría es al retardo de la solución de las causas. (pp. 129-130)

51 Berçaitz (1988) proponía también el control de constitucionalidad de oficio y el efecto *erga omnes* de las declaraciones de inconstitucionalidad.

4. Análisis crítico

Del repaso de los antecedentes históricos recopilados y de las posturas doctrinarias a favor de la división de la Corte en salas, se podrían agrupar los principales fundamentos esgrimidos para su justificación en cinco categorías:

1. El rechazo a la instancia única en los casos de competencia originaria. Así ocurre con la propuesta de la Constitución de 1826 y la del diputado Emiliano García en 1858.
2. El rechazo al federalismo. Esa fundamentación aparece en el caso de la propuesta del diputado Argañaraz en 1901, que pretende convertir a la Corte Suprema en un Tribunal de Casación de todo el derecho común. De forma similar, las propuestas tanto del Gobierno de facto de Uriburu como la de Carlos Ibarguren, que rechazan también el federalismo, aunque por otras razones: ambas propuestas están influidas en parte por las tendencias centralizadoras del fascismo.[52]
3. Una visión dominada por un supuesto pragmatismo. Esa es la fundamentación principal detrás de la Ley 15271, del proyecto del presidente Illia en 1964 y de la postura de Ramella. Así, la división en salas sería la solución ideal para atender la sobrecarga de trabajo de la Corte Suprema.
4. Una lectura peculiar de los silencios de la Constitución Nacional, que deriva en una autorización de la inexistencia de una prohibición concreta para esa división.
5. La existencia de tribunales divididos en salas en el derecho comparado. Es uno de los argumentos que se exponen reiteradamente, apelando al ejemplo de tribunales europeos o de otros países americanos.

Ninguna de estas fundamentaciones parece sólida o convincente. El rechazo a la instancia única en los casos de competencia originaria previstos en la Constitución desconoce el sistema ideado en los Estados Unidos.[53] Sin embargo, ese es el modelo que nuestra Constitución adoptó para fijar la atribución de competencia originaria y exclusiva a la Corte Suprema en el artículo 117 de la Constitución. Este sistema de doble instancia y división en salas se planteó solamente en la Constitución de 1826, la que no tuvo aplicación práctica alguna, y en solitario por el diputado García en un debate legislativo en 1858, en el que fue rechazado. Contradice, obviamente, lo previsto en la Constitución.

---

52 Cfr., entre otros, Mussolini (1941, pp. 160 y ss.).

53 Al respecto, ver Hart y Weschler (1953, pp. 218 y ss.).

El rechazo al federalismo contradice directamente los artículos 1, 75, inciso 12 y 116 de la Constitución Nacional. Este intento de justificación solo fue expuesto en 1901, en el que fue descartado, y en 1931 y 1948, en sendos proyectos de reformas constitucionales que no tuvieron efecto alguno y que respondían a modelos autoritarios y centralistas en boga en esa época.

La visión pragmática o funcional tiene el antecedente tanto de la Acordada del 25 de agosto de 1958 como de la sanción de la Ley 15271. Se trataría, entonces, de un precedente importante. Sin embargo, es un antecedente que tiene un peso más aparente que real. Más allá de la ausencia de un debate serio sobre el tema en la Cámara de Diputados, y especialmente en la de Senadores, no deja de llamar la atención que tanto el Poder Ejecutivo como el Congreso y la Corte en esa época trataran la división en salas como un método urgente y necesario para lidiar con la sobrecarga de tareas del tribunal. A pesar de ello, lo único que se puso en marcha fue la ampliación de los miembros de la Corte de cinco a siete. Consumada esa ampliación, olvidando que lo había pedido expresamente, la Corte llamativamente ignoró la posibilidad de dividirse en salas. Se trata de un claro acto de irresponsabilidad institucional.

Para tratar de entender esa omisión, no puede olvidarse la actuación preponderante del entonces presidente de la Corte Suprema, Alfredo Orgaz, principal impulsor de este cambio. Fue él quien propuso al Poder Ejecutivo que se estudiara esta reforma. Sin embargo, consumada la ampliación, el presidente Frondizi no siguió la sugerencia de Orgaz de designar a Esteban Imaz para cubrir una de las nuevas vacantes. Ese desaire provocó la renuncia de Orgaz.[54] No es aventurado pensar que, luego de la salida del principal inspirador de esa reforma, la Corte perdió todo interés sobre el tema, como lo demuestra el cambio rotundo de opinión al ser nuevamente consultada en 1964. De otra forma, no se explica para qué se pidió una "reforma sustancial", considerada como una solución "de toda necesidad y urgencia" para, después de aprobada, no hacer siquiera el intento de ponerla en práctica. Idéntica consideración merecen las contradicciones evidentes que existen entra la Acordada de 1958 y la nota presentada por la Corte al Senado en 1964.[55] En cualquier caso, para ser válida, la solución empleada tiene que ajustarse a lo que establece la Constitución, cosa que, como explicaré a continuación, no ocurre en este caso.

La idea de dividir a la Corte Suprema en salas responde a una visión errada

54 Un detallado relato de este proceso puede encontrarse en Oyhanarte (2013, pp. 674 y ss.).

55 Como contrapartida, resalta la coherencia de Aráoz de Lamadrid que votó en disidencia en 1958 y, ya como presidente del Tribunal, redactó la nota presentada por la Corte al Senado en 1964.

de nuestro sistema constitucional. Es indiscutible que la Corte es el único tribunal creado por la Constitución, que establece en su artículo 108 que el poder judicial será ejercido por "una Corte Suprema de Justicia". Este artículo fue copiado del Artículo III, Sección 1ª de la Constitución de los Estados Unidos de 1787.[56] Siendo en ese momento senador por el estado de Nueva York, Gouverneur Morris, uno de los redactores de la Constitución de Filadelfia, aclaró que "la Constitución dice que el poder judicial será investido en una suprema corte, y en tribunales inferiores. La legislatura entonces solo puede organizar una suprema corte, pero puede establecer la cantidad de tribunales inferiores que estime pertinente" (Debates in the Congress..., 1802, p. 104).[57] El alcance de la expresión "una Suprema Corte" ha sido entendido en los Estados Unidos como una suprema corte "indivisible".[58] De ahí que las propuestas de dividir a la Suprema Corte en salas hayan sido rechazadas en los Estados Unidos en las pocas oportunidades en las que fueron siquiera intentadas en el Congreso.[59]

Es evidente que la unidad a la que se refiere el artículo 108 de la Constitución se rompería a través de la división del tribunal en salas. Tal como se explica en el Considerando 6º de la Acordada 44/89 de la Corte Suprema, en sentido diametralmente opuesto a su anterior de 1958,

---

56 Cfr. Seco Villalba (1943, p. 221).

57 "The constitution says, the judicial power shall be vested in one supreme court, and in inferior courts. The legislature can therefore only organize one supreme court, but they may establish as many inferior courts as they shall think proper" (sesión del 14 de enero de 1802, Debates in the Congress..., 1802, p. 104). Cabe aclarar que Morris había representado al estado de Pensilvania en la Convención de Filadelfia de 1787. Sin embargo, en 1800 fue electo senador por el estado de Nueva York, cargo en el que se mantuvo hasta 1803.

58 Así lo demuestra Davies (2006, pp. 684 y ss.). Modernamente, solo he podido encontrar una propuesta académica de división de la Suprema Corte estadounidense en salas en Guthrie y George (2008, p. 1825). Sin embargo, los autores no analizan el alcance del Artículo III, Sección 1ª de la Constitución de Filadelfia, sino que se limitan a asumir que la división en paneles es constitucional (Guthrie y George, 2008, p. 1847, nota al pie 85). Se trata de una posición ciertamente peculiar que no he visto considerada seriamente por ningún otro autor estadounidense. Sin embargo, al momento de mandar este trabajo para su publicación, tomé conocimiento de un artículo que será publicado el año que viene y en el que también se propone un mecanismo similar, aunque se expresan dudas en materia constitucional (Doerfler y Moyn, 2021, p. 52). En el marco de la polémica generada en algunos sectores luego de las designaciones del presidente Donald Trump de los *Justices* Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh y Amy Coney Barrett, es probable que haya más voces del sector académico que propongan reformas a la Suprema Corte en líneas similares.

59 En ocasión de discutirse la propuesta de reorganización judicial impulsada por Franklin Delano Roosevelt, Jr. conocida como el *court-packing plan*, el *Chief Justice* Charles Evans Hugues envió una carta al senador Burton K. Wheeler, que fue leída el 29 de marzo de 1937 en el Senado. Allí, luego de recordar el artículo III, sección 1ª de la Constitución de 1787, el *Chief Justice* sostuvo que la Constitución no parece autorizar dos o más Cortes o dos o más partes separadas de la Corte funcionado efectivamente como tribunales separados (Congressional Record..., 1937, p. 2815). En idéntico sentido, años después, el *Justice* William Brennan sostuvo que el hecho de que

> resulta fundamental destacar que, por cuanto es imperativo constitucional que esta Corte sea "una" (art. [108]), el estudio y decisión de los procesos que atañen a su ministerio no puede estar asignado o limitado a sólo alguno de sus miembros. Ahora bien, síguense de ello dos consecuencias a cual más importante. La primera, que si el Tribunal debe actuar por la Constitución como una unidad, el aumento de sus componentes carece de todo influjo en la magnitud del ingreso de las causas a decidir. La restante, que, en tales condiciones, ese igual número de litigios deberá ser estudiado no por cinco sino por nueve jueces. Ambas conclusiones, obviamente, son demostrativas de que la suma de miembros para un órgano unitario no es un vehículo conducente para variar el ingreso de expedientes; ni para aliviar lo que constituye el quehacer primordial de los magistrados: resolver litigios; ni para agilizar el curso de los procesos.[60]

Si bien el foco de estas reflexiones está relacionado con la hipótesis del aumento de jueces de la Corte, sus argumentos son plenamente aplicables a la afectación de la unidad del tribunal que se produciría a través de su división en salas. De hecho, Rosatti (2017, p. 446) opina que la Acordada 44/89 invalidó la habilitación de la división de la Corte en salas dispuesta a través de la Ley 15271.[61]

En realidad, quienes afirman que no se rompe la unidad a través de su división en salas pretenden demostrar la cuadratura del círculo: si tengo un único tribunal con una función especial y lo divido en dos o más salas, esa unidad se pierde irremediablemente. Esa objeción no se salva previendo excepciones parciales para el tratamiento de ese único tribunal en pleno para ciertos casos.[62] Olvidan, además, que la forma sigue a la sustancia y no al revés. Esto, que es obvio, no se aborda directamente, sino que simplemente se rechaza el argumento sin mayor análisis. Pero, aunque parezca una perogrullada, si divido uno por cualquier otro número natural, el resultado indefectiblemente es menor a uno.

Podría argumentarse que la mayoría de las cámaras de apelación del fuero federal se dividen en salas y, sin embargo, nadie objeta que esa división es

---

la Constitución asigne el poder judicial a solo una Suprema Corte impide que ese tribunal tome decisiones por comités, paneles o secciones (Brennan, 1960, p. 406).

60 *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pronunciamiento sobre proyecto de ley modificatorio de la composición del Tribunal*, Fallos: 312:1513, p. 1515 (1989).

61 Esta opinión es compartida por Badeni y Ekmekdjian, quienes plantean que la Acordada 44/89 declaró inconstitucional la Ley 15271 en cuanto autoriza la división en salas. Cfr. Badeni (2010, p. 746) y Ekmekdjian (2016, p. 203).

62 Obviamente, sin ese supuesto, la propuesta de dividir a la Corte en salas suma más problemas: "Pensemos qué valor puede tener la decisión de un tribunal una de cuyas salas declara inconstitucional a la ley y la otra no. ¿Cuál es la doctrina definitiva? ¿Cuál es la opinión de la Corte? No lo sabemos" (Bianchi, 1988, p. 975).

inconstitucional. Sin embargo, esa objeción perdería de vista un hecho fundamental: así como la Constitución crea de forma expresa "una Corte Suprema de Justicia" en su artículo 108, también le reconoce expresamente al Congreso la atribución de establecer "los demás tribunales inferiores" en el territorio de la Nación. Dicho de otro modo, el margen de acción del Congreso para establecer y dividir "los demás tribunales inferiores" no existe en el caso de la Corte Suprema: se trata, insisto, del único tribunal que la propia Constitución establece. A pesar de conocer y considerar antecedentes como la Constitución de Cádiz de 1812 o, mucho más importante, la Constitución de 1826, el constituyente no siguió esos ejemplos. De hecho, los descartó y no autorizó ni previó la división en salas.[63] Además, de forma diametralmente opuesta a lo que ocurre con la Corte Suprema, la división en salas de las cámaras de apelación no viola norma constitucional alguna ni modifica la sustancia de esos tribunales inferiores.

Quienes rechazan este argumento sostienen que se basa en una interpretación meramente literal del artículo 108 de la Constitución. Sin embargo, ese cuestionamiento está lejos de ser suficiente. Si ese fuera el caso, no habría mucho que objetar. Más allá de las limitaciones que se considere que puede tener el método de interpretación literal o textualista, lo cierto es que la primera fuente de interpretación de cualquier texto legal es su letra. Y si la letra es clara, no cabe apartarse de ella: *A verbis legis non est recedendum*.[64] Pero ese no es el punto principal. El punto pasa por destacar que una interpretación que pretenda desconocer la letra de una norma clara tiene que estar debidamente justificada. No alcanza con impugnar una interpretación por el solo hecho de que se ajuste "literalmente" al texto constitucional. Se requiere un esfuerzo mucho mayor: por ejemplo, demostrar que respetar ese texto a rajatabla podría llevar a resultados absurdos,[65] o, en su defecto, que esa interpretación frustra la función original, la intención o el "espíritu" de la norma.[66]

Nada de eso ocurre en este caso. ¿Se llega a algún resultado absurdo por interpretar que cuando el artículo 108 de la Constitución se refiere a "una Corte Suprema de Justicia" no se la pueda dividir en salas? Obviamente no. La Corte Suprema ha funcionado así desde su instalación y así lo entendieron los constituyentes que participaron, ya sea como ministros o legisladores en la re-

63 Sobre la influencia de la Constitución de 1826 y la Constitución de Cádiz de 1812 en la Constitución Nacional, ver García-Mansilla y Ramírez Calvo (2006, pp. 72-80 y pp. 107-137).

64 Cfr. Scalia y Garner (2012, pp. 56 y ss.).

65 Cfr. Scalia y Garner (2012, pp. 234 y ss.).

66 Cfr. Wurman (2017, pp. 18-19).

dacción y consideración de los distintos proyectos de organización de la justicia federal y como jueces de la propia Corte. A pesar de ello, se pretende que esa interpretación no es aceptable por el solo hecho de que, en realidad, impide la propuesta interesada del intérprete.

Quienes proponen la división en salas omiten analizar cuál es el impacto que tiene la modificación de un tribunal que fue concebido para una función especial como es el caso de la Corte Suprema. Cualquier modificación en la estructura de la Corte tiene el potencial de alterar su función y también la de modificar la percepción de esa función por parte de abogados, litigantes, los propios jueces de la Corte e incluso de la población en general. Y no podría ser de otra forma, ya que no existe una estructura neutral para la Corte Suprema. Las diferentes estructuras que muestran los tribunales constitucionales en el mundo son un reflejo, precisamente, de las diferentes concepciones que se tienen acerca del rol que esos tribunales tienen en el sistema.[67]

Los partidarios de la división en salas también omiten considerar que no se concilia con otros artículos de la Constitución y no únicamente el artículo 108. Contradice, por ejemplo, el artículo 113 de la Constitución en cuanto establece que "[l]a Corte Suprema dictará su reglamento interior". Además de violar de forma idéntica el criterio de singularidad establecido por el artículo determinado "la", lo cierto es que del texto constitucional se deduce que la organización interna de la Corte solo puede ser regulada por ella misma a través del dictado de su "reglamento interior". Esa facultad es análoga a la prevista en el artículo 66 que establece que cada Cámara del Congreso dictará su reglamento.[68] En consecuencia, aun cuando se considere que es deseable la división en salas y se pretenda que las referencias a "una Corte" –en el artículo 108– o a "la" Corte Suprema –en el artículo 113– no son relevantes, lo cierto es que el Congreso no podría disponerla. Una lectura armónica de la Constitución obliga a concluir forzosamente que el Congreso no tiene esas facultades. En caso de que existieran, fueron asignadas por la Constitución a la propia Corte Suprema.

Frente a este planteo, podría argumentarse que el Congreso tiene efectivamente atribuciones para regular ciertos aspectos de la jurisdicción de la Corte y que, a través de esa facultad, podría disponerse la división en salas. Pero sería

---

67 Para profundizar el planteo, ver Robinson (2013, pp. 173 y ss.).

68 Montes de Oca (1896) explica que a través de este artículo se le acuerda a la Corte Suprema "el privilegio de dictar sus reglamentos, obedeciendo a consideraciones análogas a las que se han tenido en cuenta para dejar a cada cámara del congreso la prerrogativa de dictarse su reglamento especial" (p. 528).

un grave error conceptual: lo cierto es que la atribución del Congreso prevista en el artículo 117 de la Constitución de prescribir las reglas y excepciones de la jurisdicción apelada de la Corte Suprema no incluye ni se refiere a la estructura, organización o funcionamiento interno del tribunal, tampoco a la forma en la que esa jurisdicción será ejercida. Sostener lo contrario sería confundir el otorgamiento de la jurisdicción a un tribunal con el intento de regular la forma en la que los jueces ejercerán esa jurisdicción otorgada por la Constitución. Es decir, con la forma en la que los jueces ejercerán su principal atribución: ejercer el poder judicial (la "función judicial") a la que se refiere el artículo 108 de la Constitución. Y, obviamente, no es lo mismo.[69] La división en salas es una forma subrepticia de regular tanto la estructura, la organización y el funcionamiento interno del tribunal como la forma del ejercicio del propio poder judicial (o "función judicial") que la Constitución le otorga a la Corte Suprema. Pero el Congreso no puede hacerlo, ya que estaría violando el principio de la separación de los poderes.

Podría intentar replicarse que si el Congreso tiene la atribución de determinar la cantidad de jueces de la Corte Suprema podría también tener la de ordenar su división en salas. Sin embargo, esa atribución de determinar la cantidad de jueces de la Corte Suprema no surge como tal expresamente del texto constitucional. Surge, de forma implícita, del artículo 75, inciso 20 de la Constitución en cuanto establece que corresponde al Congreso "crear y suprimir empleos".[70] Es evidente que esa facultad se limita a lo que dice: crear y suprimir empleos y no a regular la estructura, la organización, el funcionamiento interno o la forma en la que la Corte va a ejercer el "poder judicial" (o "función judicial").

Quienes no aceptan este tipo de interpretación armónica y sistemática del texto constitucional, apelan a un último argumento: la Constitución no prohíbe expresamente esa división en salas. Se trata de un espejismo constitucional que pretende encontrar fundamento en los silencios de la Constitución. A través de una lectura ciertamente peculiar de esos silencios, se pretende derivar una autorización para hacer algo que no está prohibido expresamente. Al respecto, coincido con Arballo (2014) cuando plantea que

> hay un modo de interpretación constitucional, muy de penalistas, que es el de creer que el legislador puede hacer *cualquier cosa que la CN no prohíba*. Pero eso

69 Cfr. Whilloughby (1929, Tomo I, pp. 40-41 y Tomo III, pp. 1623-1624).

70 Conforme lo previsto en el artículo 110 de la Constitución, el cargo de juez de la Corte Suprema es un "empleo".

> no funciona así. El legislador sólo puede hacer lo que la CN *le permite*. Y no habilita la división en Salas. Pensar en una Corte dividida en Salas es como pensar en un Congreso dividido en "subcámaras", todas ellas con potestad de sancionar leyes. Del mismo modo que un diputado tiene derecho a votar en todas las leyes (y sería un escándalo que solo le dejaran votar en leyes de ciertos temas) un juez de la Corte –tal como está escrita la CN [Constitución Nacional]– tiene derecho a votar en todos los casos. (párr. 11)[71]

La Corte Suprema ha sostenido un criterio similar de forma constante a lo largo de su historia. En 1887, en el caso *Sojo*, afirmó que

> el mandatario solo puede hacer aquello a que se halla expresa o implícitamente autorizado por su mandato, y este principio es el mismo que sirve de base a la interpretación de los poderes en el orden constitucional. Solo a las personas en el orden privado es aplicable el principio de que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no mande, ni privado de hacer lo que la ley no prohíbe; pero a los poderes públicos no se les puede reconocer la facultad de hacer lo que la Constitución no les prohíbe expresamente, sin invertir los roles respectivos de mandante y mandatario y atribuirles poderes ilimitados.[72]

En idéntico sentido, en 2013, en el caso *Rizzo*, el Alto Tribunal explicó que

> ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferidas expresamente [...]. 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.[73]

En consecuencia, es una regla indiscutible que todos los poderes del Gobierno federal están sujetos al principio de que solamente pueden ejercer facultades que les hayan sido conferidas por la Constitución. Evidentemente, no es el caso de la división de la Corte Suprema en salas por decisión del Congreso: esa facultad no surge ni de forma expresa, ni de forma implícita ni puede derivarse de una lectura razonable y sistemática de nuestra Constitución.

La apelación a una fuente externa como el derecho comparado tampoco

---

71 Énfasis en el original.

72 *D. Eduardo Sojo, por recurso de Habeas Corpus, contra una resolución de la H. Cámara de Diputados de la Nación*, Fallos: 32:120, p. 135 (1887).

73 *Rizzo*, Fallos 336:760, considerando 7°, p. 782 (2013).

sostiene la postura de quienes fomentan la división en salas. Nuestra Corte Suprema no es un tribunal de casación de estilo europeo, por el contrario, es un tribunal que fue calcado de su modelo estadounidense.[74] A la hora de acudir al derecho comparado, es fundamental tener en cuenta tanto los elementos determinantes como los elementos secundarios o "fungibles" de un sistema jurídico. El reconocimiento de esos elementos determinantes de un sistema permite extraer conclusiones válidas de la utilización del método comparativo. A través de esa distinción, el recurso al derecho extranjero como fuente de interpretación puede ser realizado válidamente, evitando la microcomparación, que no presta debida atención y soslaya las diferencias ideológicas y teleológicas entre los distintos ordenamientos jurídicos.[75]

Esta técnica para la utilización del derecho comparado impide utilizar erróneamente modelos extranjeros con elementos determinantes distintos de los del ordenamiento local y, por lo tanto, inaplicables en el contexto del derecho nacional. Una comparación útil es posible solamente si las instituciones legales extranjeras a las cuales se recurre cumplen una función similar a la que tienen en el ordenamiento jurídico local. De lo contrario, la utilización del derecho extranjero llevará a conclusiones falsas o inaplicables en nuestro país. Sin embargo, esta realidad tan evidente ha sido obviada en este caso, en especial en aquellos que recurrieron a modelos extranjeros que nada tienen que ver con nuestro sistema constitucional como un intento de armar un soporte argumental en favor de la propuesta de división en salas. Por ello, es que el análisis en esos casos pudo llegar a asimilar desacertadamente, y sin más que por elementos secundarios (fungibles), a sistemas jurídicos que intrínsecamente no se corresponden entre sí.[76]

Estas advertencias no fueron tenidas en cuenta por quienes defendieron la división de la Corte en salas apelando al derecho comparado. Basta ver, por ejemplo, que el diputado Manuel Argañaraz puso como ejemplo a Francia, y que a la hora de elaborar la Ley 15271 se tomaron como antecedentes del

---

74 Al respecto, son terminantes las referencias durante el debate de la Ley 182 de la Confederación por parte de exconvencionales constituyentes de 1853, como Martín Zapata (sesión del 18 de agosto de 1857, *Diarios de Sesiones...*, 1857, pp. 221-224), Juan del Campillo (sesión del 12 de julio de 1858, *Congreso Nacional. Actas de las sesiones...*, 1891, p. 512), Facundo Zuviría (sesión del 12 de julio de 1858, *Congreso Nacional. Actas de las sesiones...*, 1891, p. 519) y Juan María Gutiérrez (sesión del 14 de julio de 1858, *Congreso Nacional. Actas de las sesiones...*, 1891, p. 522).

75 En este punto, sigo las enseñanzas de Constantinesco (1971, pp. 263-270).

76 También se suele incurrir en el vicio opuesto: anotar solo las diferencias exteriores, no obstante la coincidencia absoluta que existe en los puntos nodales (elementos determinantes) de la estructura

derecho comparado a países como Colombia, Costa Rica, Venezuela y México. Ninguno de esos países tiene un diseño del Poder Judicial compatible con el nuestro. Algo similar, aunque exacerbado, ocurre con quienes simplemente apelaron a la existencia de "prestigiosos tribunales supremos europeos y americanos [que] operan de este modo, con éxito y reputación" (Sagüés, 2017, p. 414) para justificar la constitucionalidad de la división en salas. Ni el éxito ni la reputación de esos tribunales son excusas válidas para imitarlos sin más, dejando de lado las claras diferencias determinantes y estructurales de diseño y evolución constitucional en cada caso.[77]

Más allá de la evidente falta de similitud con nuestro sistema constitucional, existe otro aspecto fundamental ignorado por quienes defendieron la división en salas apelando a ejemplos del derecho comparado: los países citados como fundamento de ese tipo de propuestas tenían cortes divididas en salas porque así lo disponía expresamente el texto de sus constituciones. Así ocurrió en el caso de la Ley 15271. A modo de ejemplo, la Constitución de Colombia de 1886 previó la división en salas de su Corte Suprema a partir de la reforma introducida por el acto legislativo N° 3 del 31 de octubre de 1910, que en su artículo 35 establecía: "La Corte Suprema de Justicia se compondrá de nueve Magistrados. La ley la dividirá en Salas, señalará a cada una de ellas los asuntos de que debe conocer separadamente, y determinará aquellos en que deba intervenir toda la Corte" (Segovia, 1914, p. 209). El propósito declarado de la reforma era sentar las bases "para la organización de la Corte Suprema Justicia como Tribunal ordinario y Tribunal de casación".[78]

Algo similar ocurre con el caso de Costa Rica. A instancias del proyecto de nueva constitución impulsado por la Junta de la Segunda República, el Poder Judicial sufrió modificaciones importantes que fueron reflejadas en la Constitución de 1949.[79] El artículo 157 de la nueva constitución de Costa Rica dispuso que "[l]a Corte Suprema de Justicia estará formada por diecisiete Magistrados elegidos por la Asamblea Legislativa, la cual integrará las diversas Salas que indique la ley" (Sáenz Carbonell y Masís Pinto, 2006, p. 267).

En Venezuela, la Constitución de 1961 establecía en su artículo 212 que: "La Corte Suprema de Justicia funcionará en Salas, cuya integración y competencia será determinada por la ley. Cada Sala tendrá, por lo menos, cinco Magistrados" (Ayala

filosófica e ideológica de los sistemas en estudio. Cfr. Andruet (1996, p. 1137).

77 Esas diferencias han sido expuestas en detalle en Nogueirá Alcalá (2005, pp. 84-167).

78 Cfr. Segovia (1914, p. 36).

79 Al respecto, ver Sáenz Carbonell y Masís Pinto (2006, pp. 259/265).

Corao, 1997, pp. 385 y ss.). A su vez, en México, la Constitución prevé expresamente la división de su corte en salas desde la reforma constitucional de 1928.[80]

Desconozco las razones por las que semejantes diferencias no fueron siquiera consideradas por quienes citaron esos antecedentes, dado que nunca fueron explicitadas, especialmente al momento de sancionarse la Ley 15271. Sin embargo, es evidente que se trata de un aspecto central e insoslayable que debió haber sido abordado. Es más, podría argumentarse a partir de esos mismos ejemplos que la adopción de la división en salas requeriría, al igual que esos países, de una disposición constitucional expresa que la autorizara o dispusiera concretamente. En consecuencia, la apelación a los casos de Colombia, Costa Rica, Venezuela y México demostraría que para poder impulsar la división en salas de la Corte Suprema en nuestro país, sería necesaria una reforma constitucional a través del mecanismo previsto en el artículo 30 de la Constitución Nacional.

Finalmente, quienes proponen una división en salas "temáticas" para organizar el funcionamiento de la Corte en una sala civil, una penal, etc. soslayan dos obstáculos constitucionales que demuestran en forma contundente la inconstitucionalidad de la propuesta. Los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional establecen la competencia de la Corte Suprema. Por un lado, determinan de manera taxativa cuál es la competencia originaria de toda la Corte. Limitar el ejercicio de esa competencia a una sala del Tribunal implica un apartamiento claro y evidente de la letra clara de la Constitución. La competencia originaria tiene origen constitucional y no puede ser modificada por el Congreso en ningún caso. Adviértase que en ejercicio de esa competencia, la Corte Suprema decide casos en los que no se debaten cuestiones constitucionales. Su intervención en instancia única está motivada por las partes intervinientes.

Esta objeción no se salva disponiendo que la Corte Suprema funcione en pleno en los casos en los que tiene que ejercer la competencia originaria. La razón, una vez más, es evidente: nuestra Constitución también le atribuye la competencia por apelación a toda la Corte Suprema y no a una parte de esta. Que la Constitución haya facultado al Congreso a establecer las reglas y excepciones correspondientes solo implica el poder de determinar en qué casos la Corte Suprema puede ejercer esa jurisdicción. Pero limitar el ejercicio de su competencia jurisdiccional a una porción del Tribunal implica una violación notoria de las atribuciones de la Corte.

A eso se le suma que la división en salas implicaría convertir al Tribunal en

80 Ver https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2802/8.pdf.

una magistratura de casación, en franca violación del federalismo. Concretamente, violaría la reserva prevista en los artículos 75, inciso 12[81] y 116[82] que disponen que la aplicación e interpretación del derecho común, es decir, de los códigos de fondo, corresponde a la justicia provincial.[83] Esa es la razón por la que muchos de los tribunales superiores de justicia provinciales están divididos en salas y así lo reconocen sus propias constituciones. Pero la Corte Suprema no es un tribunal de derecho común, mucho menos un tribunal de casación al estilo francés. En consecuencia, a la luz del diseño de nuestro sistema constitucional, no corresponde a la Corte Suprema la unificación de la jurisprudencia en cuestiones de derecho común. Así lo reconoció la propia Corte en *Casal*:

> Que el llamado *objetivo político* del recurso de casación, sólo en muy limitada medida es compatible con nuestro sistema, pues en forma plena es irrealizable en el paradigma constitucional vigente, dado que no se admite un tribunal federal que unifique la interpretación de las leyes de derecho común y, por ende, hace inevitable la disparidad interpretativa en extensa medida. La más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional. Sólo secundariamente debe admitirse la unificación interpretativa, en la medida en que la racionalidad republicana haga intolerable la arbitrariedad de lesiones muy groseras a la igualdad o a la corrección de interpretaciones

81 Artículo 75, inciso 12, CN: "Corresponde al Congreso: [...] 12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, **sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones**; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados". El destacado me pertenece.

82 Artículo 116, CN: "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". El destacado me pertenece.

83 Así es que el artículo 15 de la Ley 48 dispone que: "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 relación 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 [hoy inciso 12 del artículo 75] de la Constitución".

> carentes de fundamento. Pero resulta claro que no es lo que movió centralmente a los constituyentes a la hora de diagramar el sistema judicial argentino.[84]

Este principio, varias veces olvidado en la práctica por la propia Corte, es un pilar fundamental de nuestra organización constitucional. Spota (2001) sostenía con acierto que "este desarrollo de la dinámica operativa de la vida judicial argentina, va totalmente a contramano del origen y naturaleza del control de constitucionalidad" (p. 21).

En ese mismo sentido, Ramírez Calvo (2010) observa con lucidez que

> [l]a facultad del Congreso de la Nación de sancionar los códigos de fondo uniformes para todo el país, no implica alteración de las jurisdicciones provinciales. [...] La correcta interpretación, acorde con el sistema de la Constitución, es que se trata de leyes locales sancionadas por el Poder Legislativo Federal. Eso implica que su interpretación corresponde a los tribunales locales, como cualquier otra norma provincial. El error radica en suponer, muy en línea con nuestras convicciones imperiales heredadas de Francia a través de España, que la interpretación de esos códigos debe ser uniforme en todo el país. La Constitución no prevé eso, sino que, por el contrario, admite [...] distintas interpretaciones de acuerdo con cada jurisdicción local. (pp. 473-474)

La división "temática", además, alentaría a futuro la designación de jueces con perfiles de especialistas en ramas del derecho común. De esta forma, se forzaría indebidamente una mutación del rol de la Corte Suprema, que dejaría de ser cabeza de uno de los tres poderes del Gobierno federal y último intérprete de la Constitución Nacional para convertirse en un tribunal de alzada multifuero, dividido por materias.

Esta última objeción podría sortearse a través de una división a secas, con salas de idéntica competencia. Sin embargo, esa división no despeja el resto de los problemas constitucionales que señalé previamente. Además, como bien señala Arballo (2014), aparece "la posibilidad de que haya criterios distintos en la Corte en temas análogos, generando inseguridad jurídica y obligando a que se dicten 'plenarios', lo que lastra bastante la practicidad supuesta en la división" (párr. 16).

En definitiva, pese a lo atractivo de la sencillez del esquema de segmentación de tareas que se pretende imponer con la división en salas, lo cierto es que la Corte dividida dejaría de ser "la Corte Suprema de Justicia" a la que se refiere nuestra Constitución para transformarla en una simple corte de casación, uni-

---

84 *Matías Eugenio Casal y otro*, Fallos: 328:3399, considerando 13º, pp. 3430-3431 (2005). Énfasis en el original.

ficadora de la jurisprudencia. Estaríamos intentando solucionar un problema a costa de desdibujar institucionalmente al Alto Tribunal y, así, el remedio sería peor que la enfermedad.[85]

¿Estas objeciones implican estar obligados a mantener la situación actual de sobrecarga de trabajo en el que la Corte aparece entre dos desfiladeros?[86] Por supuesto que no. Podríamos ver, por ejemplo, qué se hizo en el país cuyas instituciones tomamos como modelo. Tal como sostuvo Félix Frankfurter (1939), la idea de aumentar el número de jueces de la Suprema Corte o dividirla en salas se propuso en algunas oportunidades a fines del siglo XIX en los Estados Unidos, también sin éxito:

> De forma recurrente se instaron variantes de la propuesta de aumentar el número de miembros de la Corte para hacer frente al aumento de sus actividades después de la Guerra Civil. Así, se propuso un mayor número de miembros de la Corte, en un rango de quince a veinticuatro, a fin de permitir turnos en las sesiones de la Corte o trabajar por divisiones permanentes. Los casos de Inglaterra y Francia fueron citados como ejemplos de tales esquemas de organización judicial, y algunos de los estados de los Estados Unidos han aprovechado su experiencia. Pero cualquiera de estos dispositivos sería fatal para las funciones especiales de la Corte Suprema. Un cambio de integrantes de forma contemporánea acentuaría desastrosamente el factor personal en las sentencias constitucionales, y las salas judiciales dentro de la Corte Suprema requerirían un mecanismo para ajustar los conflictos entre esas salas. Felizmente, estos dispositivos nunca llegaron a ser implementados. Pero su propuesta persistente retrasó el único remedio eficaz. No fue sino hasta 1891 que el Congreso aprobó la legislación necesaria. En lugar de aumentar el tamaño de la Corte, se disminuyó su actividad. (pp. 28-29)[87]

Transitar un camino similar para llegar gradualmente a una normativa aná-

85 Cfr. Rosales Cuello (1993, p. 994).

86 Cfr. Rosatti (2018, p. 986).

87 "Variants of the proposal to increase the membership of the Court for dealing with the increase of its business after the Civil War were recurrently urged. Thus a larger membership of the Court was proposed, ranging from fifteen to twenty-four, so as to permit shifts in the sittings of the Court or work by standing divisions. England and France were cited as examples of such schemes of judicial organization, and their experience has been drawn upon by some of the states of the United States. But either of these devices would be fatal for the special functions of the Supreme Court. A contemporaneously shifting personnel would disastrously accentuate the personal factor in constitutional adjudications, and divisional courts within the Supreme Court would require a mechanism for adjusting conflicts among the divisions. Happily these devices never attained enactment. But their persistent advocacy delayed the only efficacious remedy. Not till 1891 did Congress pass the requisite legislation. Instead of increasing the size of the Court, it decreased its business" (Frankfurter, 1939, pp. 28-29).

loga a la que regula actualmente la competencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sería mucho más inteligente.[88] No solo atacaría de raíz el problema de la sobrecarga de trabajo, sino que, además, lo haría respetando el estatus constitucional que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como cabeza de uno de los tres poderes del Gobierno federal.

5. Conclusión

La división de la Corte Suprema en salas tiene serios obstáculos constitucionales. Además, es una mala idea que no aporta beneficios claros y que tiene el costo altísimo de forzar de forma evidente a la Constitución. Esa división no soluciona el problema de sobrecarga de trabajo de la Corte, como se pretende. Por el contrario, se corre el riesgo de generar una supuesta solución (que no es tal) para los casos menos relevantes y, como contrapartida, profundizar el problema al sumar demoras en los casos más importantes, que tendrán que ser revisados por un mayor número de jueces.[89]

Esta idea no solo es contraria a la Constitución, sino que desnaturaliza el rol constitucional de la Corte Suprema como guardiana de la Constitución. No solo la desvía del foco principal de atender casos trascendentes desde una perspectiva constitucional, sino que la convierte en un tribunal más, en una instancia adicional que dilatará los juicios y a la que todo litigante aspirará a llegar de una u otra forma. Multiplicar la Corte por dos, por tres o por cinco inducirá a más litigantes a tratar de revertir sentencias desfavorables, agravando así el problema que supuestamente se quiere solucionar.[90] Guste o no, el rol principal de la Corte Suprema no es el de corregir los errores de otros tribunales.[91]

---

88 Ver, al respecto, entre otros, Frankfurter y Landis (1928, p. 1); Sternberg (2008, p. 1).

89 Para profundizar los problemas e inconvenientes de índole de práctico que se generarían en caso de dividir a la Corte Suprema en salas, sugiero ver el excelente trabajo de Ratti y Díaz Solimine (2020).

90 La Corte Suprema denunció la alteración de su rol institucional como consecuencia de la expansión de casos en el contexto de reclamos previsionales: "no puede negarse la evidencia empírica que demuestra que la vigencia del procedimiento establecido por el art. 19 [de la Ley 24463] en cuestión ha tenido como consecuencia una gran expansión en el ámbito de competencia de la Corte, tanto en el aspecto cuantitativo como en la diversidad de temas fácticos y jurídicos que ha debido abordar, con la consiguiente alteración del rol que venía cumpliendo como intérprete final de la Constitución Nacional para adaptar su funcionamiento, cada vez en mayor medida, al de un tribunal de instancia común" (*Mabel Itzcovich v. ANSES*, Fallos: 328:566, considerando 8º, p. 581, 2005). Tal como sostuvo la Jueza Carmen M. Argibay, "[t]al 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" (Fallos: 328:566, considerando 4º, p. 610).

91 "The function of the Supreme Court is conceived to be, not the remedying of a particular litigant's wrong, but the consideration of cases whose decision involves principles, the application of which

Desde la perspectiva del federalismo, la división en salas temáticas infringiría la competencia otorgada a la Corte Suprema en los artículos 116 y 117 y la convertiría en un tribunal de casación de derecho común, en violación directa de lo que establece la Constitución Nacional en materia de distribución de jurisdicción y competencias. Eso, que alguna vez estuvo muy claro, hoy parece haberse olvidado en nuestro país. Sin embargo, es indispensable pensar y diseñar cualquier reforma a la Corte Suprema a partir de (y no a pesar de) nuestro diseño constitucional. En lo que se refiere al Poder Judicial federal en general y a la Corte Suprema en particular, seguimos de forma directa el modelo de la Constitución de los Estados Unidos. Por eso, no deja de sorprender que se pase por alto que los sistemas que se citan en apoyo de la división en salas, en especial los europeos y de algunos países americanos, se apartan ostensiblemente de ese modelo. Del mismo modo, llama la atención que se cite el caso de las provincias que tienen tribunales superiores divididos en salas sin reparar en que, bajo nuestro sistema constitucional, su actividad principal es, precisamente, la aplicación del derecho común.

Zavalía (1941) recordaba que en Francia, que ha servido de ejemplo a la mayoría de esos tribunales, "la administración de justicia no es un *poder*, como en Estados Unidos y la República Argentina, sino una simple rama o dependencia del Poder Ejecutivo" (p. 304, nota al pie 12).[92] En ese mismo sentido, Spota (1995) afirmaba:

> En Europa no hubo, como que no hay todavía hoy realmente poder judicial. El principio de supremacía constitucional es operado por los tribunales constitucionales, que no integran la judicatura. Hay simplemente administración de justicia. [...] Poder judicial existe en aquellas estructuras políticas en las que los jueces tienen la capacidad para declarar la inconstitucionalidad de normas o actos del Poder Ejecutivo y, como consecuencia de ello, marginar la aplicación de unas y de otros. (p. 1366)

También llama la atención que aquellos que proponen hoy este tipo de medidas no reparen en que el Congreso, hace escasos 14 años, decidió reducir a cinco la cantidad de integrantes de la Corte Suprema en 2006 a través de la Ley 26183. Y lo hizo para dar una señal, poner un punto de inflexión y volver al camino histórico anterior a 1958, es decir, anterior a la sanción de la Ley

---

are of wide public or governmental interest, and which should be authoritatively declared by the final court" (Taft, 1925, p. 2). En similar sentido, ver Breyer (2006, p. 92).

92 Énfasis en el original.

15271.[93] Esa reducción en la integración de la Corte Suprema se alcanzó recién en octubre de 2014, luego del fallecimiento de los jueces Carmen Argibay y Enrique Petracchi. ¿Hubo alguna situación inusual en los últimos años que obligue a improvisar un drástico aumento de jueces de la Corte para poder dividirla en salas a pesar de todos los problemas constitucionales y de orden práctico que señalé? Es evidente que no. Si se quiere atacar de raíz el problema del innegable descontrol de casos que tiene la Corte desde hace varios años, no hay que aumentar la cantidad de jueces, sino disminuir su actividad. En este punto, Frankfurter (1939) tiene razón.

En definitiva, a la luz de nuestros antecedentes históricos y de la composición actual de la Corte Suprema, la idea de dividirla en salas parece un experimento forzado de un sector minoritario que, de forma consciente o no, pretende transformar a uno de los tres poderes del Gobierno federal y alterar su estatus y jerarquía, que es igual a la del presidente y a la del Congreso. Se parece demasiado a un Caballo de Troya que intenta maquillar el verdadero objetivo que se propone alcanzar: justificar, con argumentos más o menos sofisticados, un innecesario aumento de jueces en la Corte Suprema para poder someterla y controlarla. Es un canto de sirenas que tiene un riesgo enorme y demasiado conocido en nuestro país. Al final del camino, no vamos a mejorar la Corte. Al contrario, la convertiremos, como hicimos tantas veces, en un tribunal adicto que, indefectiblemente, traicionará su rol de guardián de la Constitución.

Bibliografía

Aja Espil, J. A. (1964). Consideraciones sobre el proyecto de reorganización de la Corte Suprema. *Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1964-IV*, 70-74.

Andruet, A. S. (h) (1996). Crítica filosófica a la teoría del Derecho Comparado. *Anuario de Derecho Civil*, *49*(3), 1133-1146.

Arballo, G. (1 de noviembre de 2014). Sobre la posibilidad de una Corte Nacional dividida en "salas". *Saber Derecho*. http://www.saberderecho.com/2014/11/sobre-la-posibilidad-de-una-corte.html.

Ayala Corao, C. M. (1997). La justicia constitucional en Venezuela. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (1), 379-408.

Badeni, G. (2010). *Tratado de Derecho Constitucional* (3ª ed., Tomo III). Buenos Aires: La Ley.

93 Ver discurso de la senadora Fernández de Kirchner (Diario de Sesiones..., 2006, p. 38, sesión ordinaria del 22 de noviembre de 2006).

Barcesat, sobre la reforma judicial: "Nada de lo que está en este proyecto lesiona la constitución nacional". (18 de agosto de 2020). *Ámbito*. https://www.ambito.com/politica/justicia/barcesat-la-reforma-judicial-nada-lo-que-esta-este-proyecto-lesiona-la-constitucion-nacional-n5125682.

Berçaitz, M. A. (1988). La Corte Suprema de Justicia de la Nación. *El Derecho*, 126-859.

Bianchi, A. B. (1988). La Corte dividida en salas (¿Una Corte o muchas Cortes?). *El Derecho*, 126-971.

Bidart Campos, G. J. (1967) *El derecho constitucional del poder* (Tomo II). Buenos Aires: Ediar.

Bielsa, R. (1958). Número de jueces de la Corte Suprema de Justicia. *La Ley*, 92-319.

Brennan, W. Jr. (1960). State Court Decisions and the Supreme Court. *Pennsylvania Bar Association Quarterly*, *31*(4), pp. 393-407.

Breyer, S. G. (2006). Reflections on the Role of Appellate Courts: A View from the Supreme Court. *Journal of Appellate Practice and Process, 8*(1), 91-100.

Collantes de Terán de la Hera, M. J. (2006). *La Administración de Justicia en la época constitucional (1812-1936)*. Cuenca: Alfonsípolis.

Constantinesco, L. J. (1971). *Rechtsvergleichung* (Tomo I). Saarbrücken: Carl Heymanns Verlag.

Davies, R. E. (2006). A Certain Mongrel Court: Congress's Past Power and Present Potential to Reinforce the Supreme Court. *Minnesota Law Review, 90*(3), 678-726.

Doerfler, R. D. y Moyn, S. (2021). Democratizing the Supreme Court. *California Law Review, 109*, 1-71.

Eduardo Freiler: "Extender la Corte Suprema a un gran número de jueces divididos por salas especializadas". (2 de agosto de 2020). *Radio Gráfica*. https://radiografica.org.ar/2020/08/02/eduardo-freiler-extender-la-corte-suprema-a-un-gran-numero-de-jueces-divididos-por-salas-especializadas/.

Ekmekdjian, M. A. (2016). *Tratado de Derecho Constitucional* (3ª ed., Tomo V, actualizada por Pablo Manili). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Frankfurter, F. (1939). The Supreme Court of the United States. En Mac Leish, A. y Prichard, E. F., (Eds.), *Law and Politics. Occasional Papers of Felix Frankfurter. 1913-1938*. Nueva York: Harcourt, Brace & Co.

Frankfurter, F. y Landis, J. M. (1928). The Supreme Court under the Judiciary Act of 1925. *Harvard Law Review, 42*(1), 1-29.

Frontera, C. G. (1995). La reforma constitucional como objetivo de la Revolución de 1930. *Revista de Historia del Derecho*, (23), 95-154.

García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2006). *Las Fuentes de la Constitución Nacional*. Buenos Aires: LexisNexis.

García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2008). *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*. Salta: Virtudes.

Giménez Bonet, A. B. (1947). *La Constitución de 1826*. Buenos Aires: Centro de Historia Mitre.

Guthrie, C. y George, T. E. (2008). "The Threes": Re-Imaging Supreme Court Decisionmaking. *Vanderbilt Law Review, 61*, 1825-1860.

Hart, H M. y Weschler, H. (1953). *The Federal Courts and the Federal System*. Brooklyn: The Foundation Press, Inc.

Ibarguren, C. (1948). *La reforma constitucional. Sus fundamentos y estructura*. Buenos Aires: Valerio Abeledo.

Linares Quintana, S. V. (1987). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado* (Tomo 9). Buenos Aires: Plus Ultra.

Montes de Oca, M. (1896). *Lecciones de derecho constitucional* (Tomo II). Buenos Aires: Imprenta La Buenos Aires.

Mussolini, B. (1941). *El espíritu de la revolución fascista*. Buenos Aires: Litterae.

Nogueirá Alcalá, H. (2005). *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur. En la alborada del Siglo XXI*. Santiago: LexisNexis.

Oyhanarte, M. (h). (2013). La Corte del 60: Poder moderador ante una democracia cercada (1958-1966). En Santiago, A. (h) (Dir.), *Historia de la Corte Suprema Argentina* (Tomo II). Buenos Aires: Marcial Pons.

Quesada Zapiola, C. (Rec.). (1948). *Catálogo de la documentación referente a las relaciones diplomáticas entre Estados Unidos de América y la República Argentina. 1810-1830*. Archivo General de la Nación. Buenos Aires: Guillermo Kraft Ltda.

Ramella, P. A. (2008). Tribunales constitucionales. En Linares Quintana, S. V., Fayt, C. S., Badeni, G., Bianchi, A. B., Maraniello, P. A. y Carnota, W. F. (Dirs.), *Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales* (Tomo I). Buenos Aires: La Ley.

Ramírez Calvo, R. (2010). El recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia. Una evaluación en perspectiva comparativa. En Manili, P. L., *Tratado de Derecho Procesal Constitucional* (Tomo III). Buenos Aires: La Ley.

Ratti, F. S. y Díaz Solimine, I. (5 de noviembre de 2020). ¿Conviene dividir la Corte en salas? Problemas en torno al precedente. *El Dial. Suplemento de Derecho Constitucional.* https://www.eldial.com/nuevo/suple-constitucional.asp.

Ravignani, E. (1927). *Historia constitucional de la República Argentina* (Tomo III). Buenos Aires: Casa Jacobo Peuser.

Ravignani, E. (1937). *Asambleas Constituyentes Argentinas* (Tomo III). Buenos Aires: Casa Jacobo Peuser.

Robinson, N. (2013). Structure Matters: The Impact of Court Structure on the Indian and the U.S. Supreme Courts. *The American Journal of Comparative Law, 61*, 173-208.

Romero, C. E. (1976). *Derecho Constitucional (Realidad política y ordenamiento jurídico)* (Tomo II). Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía.

Rosales Cuello, R. (1993). Un tribunal necesario (factible creación de un tribunal para el control de las sentencias viciadas de arbitrariedad). *La Ley, 1993-E*, 994.

Rosatti, H. (2017). *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª ed., Tomo II). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Rosatti, H. (2018). La Corte Suprema. Entre Escila y Caribdis. *La Ley*, *2018-B*, 986.

Sáenz Carbonell, J. F. y Masís Pinto, M. (2006). *Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*. San José: Editorama.

Sagüés, N. P. (2017). *Derecho constitucional* (Tomo 2). Buenos Aires: Astrea.

Sampay, A. E. (1949). *La Reforma Constitucional*. La Plata: Biblioteca Laboremus.

Scalia, A. y Garner, B. A. (2012). *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*. St. Paul: Thomson/West.

Seco Villalba, J. A. (1943). *Fuentes de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Depalma.

Segovia, L. (1914). *Historia de las leyes. Acto legislativo número 3 de 1910*. Cartagena: Imprenta Nacional.

Sehinkman, D. (1 de noviembre de 2014). Políticos en el diván / Primera sesión. León Arslanian: "La Corte se podría ampliar a nueve miembros, me parece". *La Nación*. https://www.lanacion.com.ar/politica/sin-titulo-nid1740512/.

Sevilla Andrés, D. (1969). *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España* (Tomo I). Madrid: Editora Nacional.

Spota, A. A. (1995). El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional. *La Ley*, *1995-D*, 1366.

Spota, A. A. (2001). *Recurso Extraordinario*. Buenos Aires: La Ley.

Sternberg, J. (2008). Deciding Not to Decide: The Judiciary Act of 1925 and the Discretionary Court. *Journal of Supreme Court History, 33*, 1-16.

Taft, W. H. (1925). The Jurisdiction of the Supreme Court under the Act of February 13, 1925. *Yale Law Journal, 35*, 1-12.

Valenzuela Beltrán, R. J. (1967). El Poder Judicial de la Constitución de 1826. *Lecciones y Ensayos*, (34), 45-64.

Whilloughby, W. W. (1929). *The Constitutional Law of the United States* (Tomos I y III). Nueva York: Baker, Voorhis & Co.

Wurman, I. (2017). *A Debt Against the Living. An Introduction to Originalism*. Nueva York: Cambridge University Press.

Zaffaroni propone una Corte Suprema "de 15 jueces, dividida en 5 salas especializadas". (17 de julio de 2020). *IProfesional*. https://www.iprofesional.com/politica/319804-zaffaroni-propone-una-corte-suprema-de-15-jueces-en-5-salas.

Zavalía, C. (1941). *Derecho Federal* (3ª ed., Tomo I). Buenos Aires: Cía. Argentina de Editores.

Fuentes

Constitución de la República Argentina sancionada por el Congreso General Constituyente el 24 de diciembre de 1826 y el Manifiesto que se remite a los pueblos para su aceptación (1826). Buenos Aires: Imprenta del Estado.

Congreso Nacional. Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados. 1857-1858 (1891). Buenos Aires: Cía. Sud-Americana de Billetes de Banco.

Congressional Record. Proceedings and Debates of the First Session of the Seventy-Fifth Congress. Vol. 81 – Part 3 (1937). Washington, DC: United States Government Printing Office.

Debates in the Congress of the United States, On the Bill for Repealing the Law "For the More Convenient Organization of the Court Of the United States;" During the First Session of the Seventh Congress, And a List of the Yeas and Nays on that Interesting Subject (1802). Albany: Whiting, Leavenworth & Whiting.

Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 5ª sesión de prórroga, 29/11/1901.

Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 23ª sesión de prórroga, 28/12/1901.

Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 86ª reunión, 12/01/1960.

Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 87ª reunión, 13/01/1960.

Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 81ª reunión, 03/02/1960.

Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, Boletín N° 416, 28ª reunión, 25ª sesión ordinaria, 22/11/2006.

Diarios de Sesiones de la Cámara de Senadores, Número 43, 40ª sesión ordinaria, 18/08/1857.

La obra de la Revolución. Reseña sintética de la labor desarrollada. 6 de septiembre de 1930-1931 (s.f.). Buenos Aires: Talleres Gráficos Linari.

Manifiesto del Excmo. Señor Presidente del Gobierno Provisional de la Nación, Teniente General don José F. Uriburu, del 1 de octubre de 1930. En *Documentos Iniciales de la Revolución*, Buenos Aires (1930).

Organización y Competencia de la Corte Suprema de Justicia. Consideración por el Honorable Senado del mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo en las sesiones de los días 13/14 y 14/15 de agosto de 1964 (1964). Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación.

Proyecto de ley presentado por los senadores Marcelo Fuentes, Virginia M. García, Silvina García Larraburu, Juan Irrazábal, María Labado, Mirtha M. T. Luna, Anabel Fernández Sagasti, María Pilatti Vergara, Inés I. Blas, Ruperto Godoy, Ana C. Almirón, Hilda C. Aguirre de Soria, María de los Ángeles Sacnun y Nancy González en 2016. https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1967.16/S/PL.

Proyecto de ley presentado por los senadores Norma Durango, Juan Manuel Abal Medina, Marina Riofrio, Sigrid Kunath, María Graciela de la Rosa y Beatriz G. Mirkin de Alperovich, en 2016. https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2039.16/S/PL.

Texto original de la Constitución de México de 1917 y de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917 al 1 de junio de 2009. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2802/8.pdf.

Legislación citada

Decreto 635/2020, BO 30/07/2020. https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/232757/20200730.

Ley 15271, BO 09/02/1960. http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNormado?id=114501.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

D. Eduardo Sojo, por recurso de Habeas Corpus, contra una resolución de la H. Cámara de Diputados de la Nación, Fallos: 32:120 (1887).

Aumento del número de jueces de la Corte Suprema, Fallos: 241:112 (1958).

S.A. Alejandro Bianchi y Cía. v. Nación Argentina, Fallos: 248:398 (1960).

Julio Goldberg v. Orbe Films, Fallos: 248:442 (1960).

Consulta de la Comisión de Interior y Justicia del H. Senado de la Nación, Fallos: 259:214 (1964).

Santiago Cardoso v. Ernestina Magna Sánchez de Llano y otros, Fallos: 262:300 (1965).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pronunciamiento sobre proyecto de ley modificatorio de la composición del Tribunal, Fallos: 312:1513 (1989).

Mabel Itzcovich v. ANSES, Fallos: 328:566 (2005).

Matías Eugenio Casal y otro, Fallos: 328:3399 (2005).

Rizzo, Fallos: 336:760 (2013).

Anexo 18

(Artículo enviado para su publicación)

COMPETENCIA ORIGINARIA, PROVINCIAS Y CABA

Restricciones y aperturas de la jurisdicción originaria

Por Silvia B. Palacio de Caeiro[1]

Sumario: I. Introducción. II. Provincia como parte en el juicio. III. La *causa civil* y *vecindad*. III. 1. Nociones de *causa civil* y *vecindad* en la jurisdicción federal de los tribunales inferiores. III. 2. Nociones de *causa civil* y *vecindad* en la competencia originaria de la CSJN. IV. Restricción de la competencia originaria. IV. 1. El precedente "Barreto" (2006) y la jurisprudencia posterior de la CSJN en materia de daños y perjuicios (art. 75, inc. 12). V. Daños ambientales como *causa civil*. Interjurisdiccionalidad. VI. Ampliación de la competencia originaria. Situación de la CABA. VII. Conclusión.

I. Introducción

La competencia originaria de la CSJN, según el diseño original de la Constitución Nacional, está estructurada en función de las personas *ratione personae*, a lo que se agregaron por obra de la jurisprudencia algunos supuestos por materia *ratione materiae*, cuando alguna de las personas aforadas concurran con derecho de índole federal.

Conforme a los arts. 116, 117 de la CN. y el art. 24, inc. 1° del decreto – ley 1285/58 y los precedentes del Alto Tribunal, puede diagramarse la competencia originaria en la forma siguiente:

- Causas en que actúen embajadores, ministros plenipotenciarios y delegados de legaciones extranjeras.
- Causas en que actúen personas que componen una legación extranjera y sus familiares.
- Causas en que actúen representantes diplomáticos de organizaciones internacionales con rango equiparado[2].
- Causas en que actúen diplomáticos en tránsito[3].
- Causas en que actúen cónsules extranjeros en funciones públicas[4].

---

[1] Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y abogada. por Universidad Nacional de Córdoba. Ha sido Jueza de Cámara Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba y Funcionaria en la justicia federal. Autora, coautora y directora de obras y artículos doctrinarios. Profesora en maestrías, especializaciones y diplomaturas en universidades y escuelas de capacitación judicial.

[2] Fallos: 316: 965; 318:1823; 322: 1809.

[3] Fallos: 305:2200.

- Causas en que actúe una provincia contra otra provincia.
- Causas en que actúe una provincia contra la CABA y viceversa.
- Causas en que actúe una provincia c. Estado Nacional y viceversa.
- Causas en que actúe una provincia c. vecinos de otra provincia y viceversa.
- Causas en que actúe una provincia c. ciudadano o súbdito extranjero y viceversa.
- Causas en que actúe una provincia c. un Estado extranjero y viceversa.
- Causas en que actúe una provincia cuando la materia discutida sea derecho federal.

Vale recordar las normas fundacionales de la competencia originaria:

- *Artículo 116.- 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 inciso 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****.*
- *Artículo 117.- 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.***

El artículo 117 es reglamentado por el artículo 24, inciso 1º del decreto-ley 1285/1958, que dispone:

- *La Corte Suprema de Justicia conocerá:* ***1º) 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*

[4] Fallos: 331: 2526.

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).

La normativa constitucional que instituyó la competencia originaria por razón de las personas abrevó en el precedente de la Corte de EEUU, "Marbury c. Madison"[5], posibilitando que la Corte se comporte como un tribunal de primera y única instancia con exclusión de cualquier otro. Se trata de una instancia excepcional, prevista solamente para que la Corte intervenga en dos clases de asuntos que están taxativamente establecidos en el artículo 117de la Constitución: (a) cuando una provincia es parte y (b) cuando el asunto concierne a un embajador, ministro o cónsul extranjero, o personas equiparadas por rango diplomático.

Estos dos supuestos no pueden ser ampliados por leyes del Congreso, no obstante, la jurisprudencia habilitó para la instancia originaria hipótesis conflictivas, donde el derecho federal se encontraba en discusión como una variable de ponderación.

Cabe recordar que sólo en las hipótesis previstas constitucionalmente procede la instancia originaria, como se recordó en la causa "Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza" (24/04/2020)[6], que fue desestimada por el Alto Tribunal, por no cumplir, entre otros aspectos, las condiciones pertinentes del fuero[7].

II. Provincia como parte en el juicio

La cuestión de la competencia originaria de la CSJN en razón de las personas, cuando una provincia es parte, es un tema acerca del cual la doctrina ha reflexionado en aspectos relativos a sus fundamentos, cláusulas constitucionales que la establecen,

[5] 5 US (1 Cranch) 137 (1803).
[6] CSJN Fallos: 343:195 (24/4/2020). Véase el dictamen del Procurador General.
[7] PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. "Año 2020 - pandemia: Función del Poder Judicial en el control de constitucionalidad de oficio y acciones declarativas", SJA (LA LEY), 11/11/2020, 3, Cita Online: AR/DOC/3142/2020.

reglamentaciones, variaciones en la jurisprudencia, entre otros tópicos relacionados. Por tal razón, esos asuntos estudiados detenidamente en otros lugares no se analizarán aquí[8].

Un criterio válido inicial es determinar la legitimación activa o pasiva de la provincia, en función a un interés directo y manifiesto que aparezca para habilitarla como parte sustancial en el proceso. Esta postura, que se mantiene inveterada, implica que no se admite legitimación a las reparticiones oficiales, entidades descentralizadas, empresas de la provincia, ni a sus municipios[9].

Respecto a la diferencia entre la regulación de la instancia originaria argentina de la de su precedente norteamericano, Bianchi indica: "No caben dudas que nuestro artículo 117 tiene como fuente específica el artículo III, sección 2, párrafo 2, de la Constitución de los Estados Unidos, que dice "*En todos los casos que afecten a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y en aquellos en los cuales un estado sea parte, la Corte Suprema tendrá jurisdicción originaria*".[10] Sin embargo, no es menos cierto que la competencia originaria de la Corte Suprema de los Estados Unidos y la de la Corte Suprema de la Argentina tienen alcances muy distintos. Allí está prácticamente reducida a los litigios entre estados, mientras que aquí se extiende a otros supuestos. La razón de esta diferencia estriba en la Enmienda XI que dice: "*El Poder Judicial de los Estados Unidos no se extenderá a ningún juicio de derecho o equidad iniciado o continuado contra un estado por ciudadanos de otro estado, o por ciudadanos de cualquier Estado extranjero*".[11] Esta Enmienda XI,

---

[8] BIANCHI, Alberto, "Competencia originaria de la Corte Suprema cuando es parte una provincia", en PALACIO DE CAEIRO., Silvia (dir.), AAVV *Competencia Federal*, Ed. La Ley, Bs. As., 2012; PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. *Competencia Federal*, Ed. La Ley, Bs.As., 1999; BIANCHI, Alberto B., *Competencia Originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Ed. Abeledo – Perrot, Bs.As., 1989; HARO, Ricardo, *La Competencia Federal*, Ed. Lexis Nexis, Bs.As.; HOCKL, María Cecilia y DUARTE, David, *Competencias y Atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Ed. Legis, Bs.As., 2006; GÓMEZ, Claudio Daniel, *Competencia Federal*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, entre otras obras dedicadas al tema.

[9] Por citar sólo algunos de los casos actuales véase: CSJN "Buenos Aires, Provincia de c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ acción declarativa de certeza (incidente de medida cautelar)", 8/10/20, con base en el dictamen de la procuración fiscal en sentido negativo a la competencia originaria, debido a no revestir la Provincia demandada carácter de parte sustancial en el pleito, pues el actor - Instituto Provincial de Lotería y Casinos (IPLyC) - no tenía esa calidad, en razón que ser una entidad distinta del estado provincial,

[10] "*In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction*".

[11] "*The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State*".

originada en el antiguo caso Chisholm v. Georgia,[12] determina, como vemos, que los estados no pueden ser demandados ante la jurisdicción federal por (a) ciudadanos de otros estados, ni (b) por ciudadanos extranjeros.[13] Nuestra Constitución nunca incorporó la Enmienda XI y por ende las provincias pueden ser demandadas ante los tribunales federales.[14] En lo que se refiere a la competencia originaria, la cuestión está reglamentada en la sección 1251 del Título 28 del United States Code (28 USC, § 1251) que dice: "*(a) La Corte suprema tendrá jurisdicción originaria y exclusiva en todas las controversias entre dos o más estados. (b) La Corte suprema tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva en todas las controversias en: (1) todas las controversias en las cuales los embajadores, otros ministros públicos o los vice cónsules de estados extranjeros sean parte; (2) todas las controversias entre los Estados Unidos y un estado y (3) todas las acciones o procedimientos promovidos por un estado contra los ciudadanos de otro estado o contra los extranjeros*."[15]

|Continúa exponiendo el autor: "Como puede verse, la competencia originaria de la Corte de los Estados Unidos solamente es exclusiva en los litigios entre dos o más estados. En los restantes casos se comparte con la jurisdicción de otros tribunales. Asimismo, el apartado (3) del inciso (b) establece que la Corte tendrá jurisdicción originaria concurrente con la de otros tribunales, cuando un estado demande a un ciudadano de otro estado o a un extranjero. ¿Qué sucede con los litigios planteados contra un estado por un ciudadano de

---

[12] 2 U.S. (2 Dallas) 419 (1793). El estado de Georgia fue demandado con motivo de ciertas deudas contraídas durante la Guerra de la Independencia. Se rehusó a ser llevado ante los tribunales invocando su inmunidad soberana y la Corte, por mayoría de 4-1, rechazó esta pretensión. El caso suscitó una gran controversia e inmediatamente fue propuesta la Enmienda XI, ratificada en febrero de 1795.

[13] Cierto es que la interpretación de la Enmienda XI ha generado una disputa interpretativa en torno a los alcances de la "inmunidad soberana" de los estados frente a la jurisdicción de los tribunales federales que no está totalmente resuelta y varía según las épocas. Así, por ejemplo, durante la época del Chief Justice Rehnquist (1986-2005), la mayoría conservadora (Rehnquist, O´Connor, Scalia, Kennedy y Thomas) entendía que la prohibición era total, ningún litigio contra un estado podía tramitar en la jurisdicción federal. La minoría liberal (Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer) por el contrario, limitaba la prohibición a los casos específicamente establecidos en la Enmienda XI. Ver: CHEMERINSKY, Erwin: *Federal Jurisdiction*, 5th edition, Wolters Kluwer, 2007, p. 415 y ss.

[14] Por ello, cuando en Avegno c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 14-425 (1874), la demandada invocó la Enmienda XI para no quedar sometida a la competencia originaria, la Corte rechazó su planteo sosteniendo que aquélla no regía en la Argentina.

[15] "*(a) The Supreme Court shall have original and exclusive jurisdiction of all controversies between two or more States.*
(b) The Supreme Court shall have original but not exclusive jurisdiction of: (1) All actions or proceedings to which ambassadors, other public ministers, consuls, or vice consuls of foreign states are parties; (2) All controversies between the United States and a State; (3) All actions or proceedings by a State against the citizens of another State or against aliens".

otro estado o bien por un extranjero? En estos casos rige la inmunidad soberana del estado y solamente se permite demandarlo cuando aquélla ha sido dispensada.[16] Todo ello indica que si bien en este aspecto la fuente norteamericana ha servido para establecer la competencia originaria y delimitar los asuntos que comprende, no es relevante para el ejercicio diario de aquélla, pues nuestra Constitución tomó el texto del Artículo III de la Constitución de los Estados Unidos, pero no siguió el de la Enmienda XI."

Han existido varias mutaciones jurisprudenciales acerca de lo que significa para la jurisdicción originaria, el concepto de "causa civil", que define la competencia por razón de la materia cuando en el proceso judicial concurre una provincia y contrapartes en condiciones de vecindad[17]. Esto ha conducido a una conceptuación y reposicionamiento de lo que implica actualmente "*causa civil*"[18].

En estos casos, resulta necesario examinar la materia sobre la que versa el pleito, es decir, debe precisarse si el pleito posee manifiesto contenido federal o es de naturaleza fundada en el derecho común exclusivamente[19].

III. La *causa civil* y *vecindad*

Con una mirada propia, se ha abordado en variados trabajos de investigación y publicaciones, lo relativo a la competencia originaria y *causa civil* en procesos que involucren a una provincia, en condiciones de *vecindad* con particulares o personas jurídicas. Esto concita interés académico y profesional con posterioridad al criterio sentado en la causa "Barreto" 2006[20], que marcó un hito de inflexión en la línea de los precedentes[21].

---

[16] Ver: STERN, Robert L.; GRESSMAN, Eugene; SHAPIRO, Stepehn M. and GELLER, Kenneth S.: *Supreme Court Practice*, 7th edition, The Bureau of National Affairs, Inc/, Washington DC, 1993, p. 473.

[17] BIANCHI, Alberto, "Competencia originaria de la Corte Suprema cuando es parte una provincia", ob. cit., p. 178 y ss.

[18] Ibidem, p. 226.

[19] Fallos: 322:1514 y 3572; 323:1854; 324:533; 329:759.

[20]Fallos: 329:759. Este caso, consistió en una demanda de daños y perjuicios intentada por los demandantes en contra de la Provincia de Buenos Aires con motivo del fallecimiento de su hija, a consecuencia de haber recibido heridas de bala provenientes del accionar de un suboficial dependiente de la policía provincial, invocándose los arts. 1112 y 1113 del Código Civil.

[21] Por citar sólo algunos de los trabajos donde se analizaron las implicancias del federalismo: PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., Silvia B., "Federalismo y estatus jurídico de la CABA en la competencia originaria. Conflictos y armonías" (2019), Suplemento Especial de Derecho Constitucional 2019 (noviembre), La Ley, 12/11/2019, 359, Cita Online: AR/DOC/3786/2019, cit.; Competencia federal y causa civil", en AAVV *Competencia Federal* (2012), op. cit., p. 159 98; "Competencia originaria, provincia y federalismo**",** Sup.

Los conflictos que se producen entre las partes imponen profundizar en aspectos del federalismo, que como sistema institucional, impuso la Constitución Nacional en los artículos iniciales de la parte dogmática, en los correspondientes al título segundo, relativo a los gobiernos de las provincias y en el art. 129 que confiere estatus de ciudad – estado autónoma a la CABA.

La Corte Suprema define en el citado "Barreto", 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 (Fallos: 14:425; 310:1074)."

Interesa destacar que el concepto de *causa civil*, es una básica exigencia que difiere en sus implicancias jurídicas, según se trate de la jurisdicción federal inferior contemplada por el art. 116 de la C.N. y reglamentada por los arts. 2, 8 y 12 y cc. de la ley 48, de la que presenta la competencia originaria de la CSJN, según el art. 117 de la C.N y su reglamentario art. 24, inc. 1º del Decreto – Ley 1258/85[22].

Sin olvidar que en todos los campos jurisdiccionales se exige la presencia de cuestión justiciable o causa judicial controvertida, presupuesto de la jurisdicción federal y la originaria conforme lo exige el art. 2 de la ley 27.

Const., 2010 (agosto), 107. Cita Online: AR/DOC/5200/2010; "Competencia Originaria y Competencia Federal "La autonomía provincial en la encrucijada. Los casos "Unilever c. Municipalidad de Río IV" y "Barreto c. Pcia. de Bs.As.", ZEUS Córdoba, Nª 200, 6/6/06; "Actualidad en la competencia ordinaria de la CSJN – El caso "Barreto", Sup. Const., La Ley, Abril de 2006, p. 13; entre otras publicaciones acerca del tema.

[22] PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "Competencia federal y causa civil", en AAVV *Competencia Federal*, op. cit., p. 159 98.

III. 1. Nociones de *causa civil* y *vecindad* en la jurisdicción federal de los tribunales inferiores

La competencia federal de los tribunales inferiores por razón de las personas *ratione personae* del arts. 116 C.N. es reglamentada por la ley 48, cuyo artículo 2, inciso 2) señala:

- *Los Jueces Nacionales de Sección conocerán en primera instancia de las causas siguientes: ... 2° Las causas civiles en que sean partes un vecino de la provincia en que se suscite el pleito y un vecino de otra, o en que sean parte un ciudadano argentino y un extranjero.*

La armonización normativa permite establecer:

- Competencia federal por razón de las personas cuando el pleito se suscita entre vecinos de distinta provincia (*fuero de vecindad*, incs. 2 y 4).
- Competencia federal por razón de las personas *ratione personae* entre un ciudadano argentino y un extranjero (*fuero de extranjería*, incs. 2 y 4),
- Competencia federal por razón de las personas cuando el Estado o sus entidades sean parte (*fuero estatal*, incs. 5, 6, 7 y cc).

La *causa civil* se vincula con la naturaleza jurídica del litigio, pues la materia discutida debe pertenecer al derecho privado o común dictado por el Congreso de la Nación en los términos del art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional. Asimismo se engloban en la noción, aquellas causas en donde se discutan cuestiones fundadas en el derecho federal (administrativo, tributario, etc.).

La actuación del tribunal federal competente, corresponderá en todos los casos, *según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones* (inc. 12 del art. 75 C.N.)[23].

La competencia federal de los tribunales inferiores excluye de su conocimiento a las causas fundadas en derecho público o administrativo local. Empero, en planteos de inconstitucionalidad de normativas locales que interfieran en cuestiones de interés federal, reguladas por normas de esa cualidad, interestatales (servicio de telefonía, internet), que afecten el comercio interprovincial u otros intereses del Estado Nacional, se ha admitido la pertinencia de la jurisdicción federal.

[23] Ibidem, p. 172 y ss.

A la noción *causa civil* se le agrega el recaudo de la "vecindad" previsto en el art. 11 de la ley 48:

- *La vecindad de una Provincia se adquirirá para los efectos del fuero, por la residencia continua de dos años, o por tener en ellas propiedades raíces, o un establecimiento de industria o comercio, o por hallarse establecido de modo que aparezca el ánimo de permanecer.*

Esta disposición debe relacionarse con las prescripciones relativas al domicilio de las personas físicas o jurídicas, según los términos de los arts. 73 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación – CCC, en consideración del efecto reconocido por el art. 78 para determinar la competencia de las autoridades en las relaciones jurídicas y su prórroga.

III. 2. Nociones de *causa civil* y *vecindad* en la competencia originaria de la CSJN

En la competencia originaria de la CSJN, la noción de *causa civil* y vecindad son recaudos principales cuando se encuentra demandada una provincia, ya fueren los ciudadanos nacionales o extranjeros[24], en los términos del invocado art. 24, inc. 1° del Decreto-ley 1285/58:

- *"La Corte Suprema conocerá: 1. Originaria y exclusivamente en todos los asuntos que versen… y los* ***civiles*** *entre una provincia y algún vecino o vecina de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros; de aquellos que versen entre una provincia y un Estado extranjero…"*. (…)

La definición de *causa civil* o asunto civil, obliga a diferenciar las materias que pueden ser tratadas en la jurisdicción originaria y ello lleva a recordar la clásica diferencia entre el derecho común, derecho federal, derecho local, cuando una provincia es parte sustancial:

- Siempre que exista vecindad hay causa civil si la materia del pleito es de derecho común (art. 75, inc. 12 CN) , con exclusión que la materia del pleito requiera analizar también legislación, actos o conductas de índole

[24] La "vecindad" en la competencia originaria, alcanza a los extranjeros, si se avecinan en otra provincia. Pero si están radicados en la misma provincia deben demandar en la jurisdicción local.

provincial o local, conforme el criterio de la CSJN en el caso "Barreto" (2006), cuyas precisiones se detallan más abajo.

- Haya o no vecindad, si la materia del juicio es de derecho federal la cuestión pertenece a la competencia originaria.
- Haya o no vecindad, si la cuestión litigiosa reclama únicamente la interpretación de normas o actos exclusivamente locales, no corresponderá a la competencia originaria.
- Siempre que exista vecindad, si el tema controvertido radica en una cuestión de constitucionalidad de normativa local respecto a la Constitución Nacional, tratados internacionales o legislación federal, en principio se ha considerado, en principio, la procedencia de la instancia originaria. Reiterada jurisprudencia sostenía que el planteo de inconstitucionalidad inicial, configuraba una cuestión federal por la materia y contenido litigioso (por ej. acciones relativas a impuestos provinciales, cuestiones interprovinciales o que excedan los límites locales)[25], que por razones de vecindad, debía llevarse directamente a la CSJN, cuando la legislación local ocasionara directamente perjuicios constitucionales a los vecinos de extraña provincia. En esta hipótesis, se afirmaba la presencia de cuestión federal sí: i. La materia del juicio requiriera la interpretación y aplicación directa de cláusulas constitucionales. ii. Su vulneración ocasionara el planteo de inconstitucionalidad entre legislación local y federal. iii. La afectación directa por daños y perjuicios que las normas provinciales ocasionara vecinos de distinta provincia.

Sin embargo en la actualidad, en ésta última hipótesis el criterio de la CSJN parece haber variado, según se advierte de jurisprudencia actual[26] y de los dictámenes de la Procuración Fiscal contemporáneos, que en planteos de inconstitucionalidad de las características descriptas, se ha negado la procedencia del fuero originario bajo el eje

[25] Bianchi, Alberto F. "Competencia originaria de la Corte Suprema cuando es parte una provincia", en AAVV *Competencia Federal*, cit., p. 208 y jurisprudencia allí citada.

[26] Véase en la página web de la CSJN la jurisprudencia relacionada en especial, la pronunciada en los años 2019 y 2020. Disponible, online, http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscar.html. Consulta: octubre de 2020.

argumental relativo a la precisión del sentido y alcance de normas locales o que implique ingresar de algún modo a su conocimiento[27]. Ello obstaculiza – según dicho entendimiento – la instancia originaria.

La vecindad requerida para la competencia originaria está puntualizada en el art. 24, inc. 1° del Decreto-ley 1285/58:

> - *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).*"

Aquí también debe integrase el concepto de *vecindad* con las prescripciones de los citados arts. 73 y ss. del CCC, para la fijación del domicilio, la competencia jurisdiccional y su prórroga.

IV. Restricción de la competencia originaria

La competencia originaria de la CSJN, por razones asentadas en el sistema federal de gobierno, excluyó desde un principio los procesos asentados temas de índole local que resulten de incumbencia de los poderes locales. El respeto de las autonomías provinciales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión de las causas que, en lo sustancial, versan sobre cuestiones propias del derecho local y/o provincial, dictadas en uso de las facultades reconocidas en los arts. 121, 122 y siguientes de la Constitución Nacional.

No obstante, no había absoluta claridad cuando en el juicio concurrían materias fundadas en el derecho común (art. 75, inc. 12 C.N) con actos o normativas de categoría local.

---

[27] A modo de ejemplo pueden consultarse las causas falladas en 2020: Vall Ros Internacional SA c/ Provincia de Misiones y otro s/ amparo", 10/9/20 (inconstitucionalidad de impuesto local); "Empresa Almirante Guillermo Brown S.R.L. y otro C/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 18/2/20 (inconstitucionalidad de tributos locales que gravan los ingresos brutos); "José Minetti y Compañía Limitada Sociedad Anónima Comercial e Industrial e/ Tucumán, Provincia de s/ acción declarativa de certeza e inconstitucionalidad",18/3/20; (inmovilización del azúcar); ,

En "De Gandia"[28], causa fallada en 1992, se había fijado la pertinencia del fuero originaria, sin embargo esta decisión se revisó en 2006, operándose una severa restricción por el criterio sentado en la referida causa "Barreto", con incidencia en dos de las causales descriptas anteriormente para suscitarla: 1. Las causas en que actúe una provincia c. vecinos de otra provincia y viceversa y ii. Las causas en que actúe una provincia c. ciudadano o súbdito extranjero y viceversa. Estos supuestos, deben atender para fijar la jurisdicción y competencia correspondiente, si se está en presencia de una *causa civil*, principalmente en cuestiones relativas a daños y perjuicios, conforme las puntualización que se realizan en el punto siguiente.

Cabe aclarar que en tales asuntos, es susceptible la prórroga de jurisdicción por parte de la provincia, expresa o tácitamente hacia los tribunales provinciales, según lo reconocen antiguos y contemporáneos criterios de la CSJN, [29] o hacia los tribunales federales de acuerdo a la doctrina establecida en la causa "Flores c. Provincia de Buenos Aires".[30] En el caso "Asoc. de Maestros c. Pcia de la Rioja", se aclaró que la instancia originaria podía ser prorrogada por las provincias a favor de la justicia federal de grado, siempre que no se adviertan razones institucionales o federales que lo impidan. Esto se produce cuando una de las partes, por Ej. Estado Nacional, tenga derecho al fuero federal, resultando indiferente la materia del pleito[31].

La CSJN en su integración actual, admite la prórroga del fuero originario cuando éste correspondiere *ratione personae* - a favor de los tribunales nacionales y federales inferiores, a excepción de que existan razones institucionales o federales, o conflicto entre la Nación y las provincias, que obliguen a aplicar un principio de interpretación restrictiva, como el que surge del art. 116 de la Constitución Nacional[32].

---

[28] Fallos: 315:2309 (1992). En ese caso se aseveró la responsabilidad de la provincia por una omisión procesal en que se incurrió en el ámbito procesal, que implicó el cumplimiento defectuoso de funciones específicas.

[29] Fallos: 5:345; 7:104; 13; 892; 46:311; 90:97; 242:494; 243:247; 244; 63. La CSJN en actual integración, también admite la validez de la prórroga de la competencia originaria a favor de la jurisdicción provincial, si las partes optaren por ella expresa o tácitamente, con fundamento en el art. 12, inc. 4° de la ley 48. Fallos: 329:5346; "S.A.D.A.I.C. c/Tierra del Fuego, Provincia de s/cobro de pesos", 12 de junio de 2007, entre otros.

[30] Fallos: 315:2157.

[31] Fallos: 326:2126, "Asociación de Maestros y Profesores (A.M.P.) c. Ministerio de Educación de la Prov. de La Rioja", 4 de julio de 2003.

[32] Fallos: 330:4682, "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Entre Ríos, Provincia de s/cobro de pesos", 30/10/2007; Fallos: 329: 5333, "Entidad Binacional Yacyretá c/Misiones, Provincia de s/demanda de expropiación regular", 21/11/2006. En el dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema se dijo: "Si la provincia demandada consintió la competencia federal al tomar intervención en la

IV. 1. El precedente "Barreto" (2006) y la jurisprudencia posterior de la CSJN en materia de daños y perjuicios (art. 75, inc. 12)

La hermenéutica constitucional realizada por la CSJN en su actual integración, a partir del referido "Barreto, Alberto Damián y otra c. Provincia de Buenos Aires", fallada el 21 de marzo de 2006,[33] ha precisado que se encuentran excluidas de la conceptualización de *causa civil* en la instancia originaria, las cuestiones de daños y perjuicios que de cualquier manera, requieran la aplicación del derecho local, juzgamiento de actos públicos locales, o que impliquen analizar el desempeño o la participación de personas pertenecientes al plantel provincial en ejercicio y cumplimiento de funciones públicas. Este criterio se mantiene en la actualidad[34].

En "Barreto" la CSJN se apartó de la doctrina sustentada en 1992 en "De Gandía"[35], con base en fundamentos que discurren acerca de nuevas significaciones de la noción de *causa civil*, en mérito a razones de federalismo y defensa de las autonomías provinciales.

Los argumentos de la CSJN se basan en el fortalecimiento de la autonomía local, resaltándose la pertinencia de que sean los propios tribunales provinciales los que asuman los casos en los que ponga en discusión el obrar de sus agentes públicos o requieran la interpretación de normativa provincial. Aun cuando también se invoquen disposiciones de derecho común.

En "Barreto" se realizaron importantes puntualizaciones acerca de dos aspectos principales: a) El primero, relativo a la interpretación actual que debe acordársele a los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, mediante una exégesis superadora de toda una historia de desconfianzas y suspicacias en las relaciones jurídicas que pueden existir entre las provincias y los vecinos de otra; b) El segundo, en lo que se refiere a la naturaleza de las

---

causa y contestar la demanda, tal proceder importó su consentimiento tácito de prorrogar la competencia originaria de la Corte a favor de la justicia federal de grado y, por ende, su voluntad de que la causa siga tramitando en el fuero que venía entendiendo en el pleito."

[33]Fallos: 329:759. Este caso, consistió en una demanda de daños y perjuicios intentada por los demandantes en contra de la Provincia de Buenos Aires con motivo del fallecimiento de su hija, a consecuencia de haber recibido heridas de bala provenientes del accionar de un suboficial dependiente de la policía provincial, invocándose los Art. 1112 y 1113 del Código Civil.

[34] CSJN Fallos: 343:389, 11/6/20 (daños y perjuicios); "Tacacho, Daniel Marcelo c/ Provincia de Salta s/. daños y perjuicios", 11/6/20; Fallos: 342:2198; Holway, Tomas c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ medida preliminar y cautelar", 22/10/19, entre muchos otros.

[35] Fallos: 315:2309 (1992). En ese caso se aseveró la responsabilidad de la provincia por una omisión procesal en que se incurrió en el ámbito procesal, que implicó el cumplimiento defectuoso de funciones específicas.

acciones en las que se persiga el establecimiento de la responsabilidad patrimonial de las administraciones de provincia por la llamada falta de servicio, o que resulten regulados por el derecho común y el derecho público local para de allí derivar la presencia de causa civil que determina la procedencia o no de la instancia originaria.

El impacto de la doctrina judicial sentada en "Barreto" es de suma importancia para la defensa de las autonomías provinciales, pues a través de la redefinición del concepto de *causa civil*, se han reforzado significaciones que llevan a fortalecer el federalismo concretadas en numerosos pronunciamientos posteriores que circunscriben la instancia originaria.

Las líneas de pensamiento allí establecidas han influido en la jurisprudencia posterior de la CSJN y es de obligada cita en numerosos pronunciamientos, en los cuales se expresa que la causa civil no se configura cuando lo controvertido tiene origen en vínculos de naturaleza administrativa o es consecuencia de una relación de esa índole, en la cual la provincia actuó como poder administrador[36].

El nuevo contorno de *causa civil* definido por la CSJN, implica realizar un riguroso análisis de aquellos actos estatales, que puedan de alguna manera encontrarse regidos por normas y disposiciones provinciales y que impliquen el juzgamiento de actividades, acciones, omisiones u obras públicas, atribuidas a la administración estatal, su incidencia, sus consecuencias y la extensión de la responsabilidad. Frente al riesgo de avasallarse atribuciones provinciales el fuero originario en tales situaciones es considerado improcedente.

V. Daños ambientales como *causa civil*. Interjurisdiccionalidad

Con la proyección restrictiva apuntada, los asuntos relacionados con el daño ambiental, son admitidos excepcionalmente en la instancia originaria, sólo cuando se dan las condiciones necesarias para que la Corte actúe como tribunal de único conocimiento y resolución, según se expone en el caso "Mendoza"[37].

En este precedente, quedó asentado que el criterio de interjurisdiccionalidad es definitorio y obra por exclusión para la determinación del fuero originario, esto es, si está

[36] CSJN Fallos: 329:2085, "Awalken S.A. c. Provincia de Tierra del Fuego", 30 de mayo de 2006; Fallos: 329:2069, "Aguilar", entre muchos otros.
[37] CSJN Fallos: 329:2316, "Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros", 20 de junio de 2006.

presente en el proceso de daño ambiental podrá admitirse —si están dadas todas las condiciones— que entienda la CSJN en forma directa y exclusiva; en caso contrario, frente a su ausencia, la señalada instancia originaria no será pertinente.

Esa fórmula se inscribe también en el criterio restrictivo adoptado por la Corte Suprema para ejercer su competencia originaria, el que se inclina hacia en una jurisprudencia que favorece el respeto a las autonomías provinciales, y en su implicancia práctica indica, que los casos deben ser presentados por ante los jueces competentes locales o federales —si el demandado pertenece al ámbito nacional—, de la jurisdicción donde se produce el perjuicio ambiental que funda la pretensión intentada en el juicio[38].

VI. Situación de la CABA. Ampliación de la competencia originaria.

La situación actual de la CABA fue anotada en el referido trabajo "Federalismo y estatus jurídico de la CABA en la competencia originaria. Conflictos y armonías" (2019)[39], donde se expusieron el cambio de criterio jurisprudencial y sus razones, entre los criterios mantenidos en "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba" (2019)[40] y otros, con los anteriores sustentados en "Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Tierra del Fuego" (2007)[41] y demás precedentes en igual sentido.

En síntesis, se admite que la jurisprudencia de la Corte tuvo un carácter oscilante sobre el punto, pues en el caso "Cincunegui" (1999)[42] sostuvo que la CABA no debía ser identificada con una provincia. Empero este criterio fue modificado luego en "Nisman" (2016)[43], "Bazán" (2019, voto mayoritario)[44], siguiendo la postura que en 2015 había sido adoptada en "Corrales" (2015, voto mayoritario)[45].

---

[38] PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "Competencia originaria, provincia y federalismo**",** Sup. Const., 2010 (agosto), 107, cit.

[39] PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "Federalismo y estatus jurídico de la CABA en la competencia originaria. Conflictos y armonías" (2019), Suplemento Especial de Derecho Constitucional 2019 (noviembre), La Ley, 12/11/2019, 359, Cita Online: AR/DOC/3786/2019, cit.

[40] CSJN, Fallos 342:533 (2019), dictado por unanimidad con voto concurrente.

[41] CSJN, Fallos 330:5279.

[42] CSJN Fallos 322: 2856 (1999).

[43] CSJN Fallos: 339:1342 (2016).

[44] CSJN Fallos: 342:509 (2019) cit. Este caso fue promovido debido al conflicto negativo de competencia en los términos del art. 24, inc. 7° del decreto – ley 1285/58, entre el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el Juzgado Nacional de Menores n° 5 los que se declararon incompetentes para entender sobre delitos de lesiones y daños. Aquí luego de severas advertencias, el voto mayoritario estableció que la cuestión de competencia debía ser conocida y resuelta por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su calidad del órgano encargado de conocer

En las causas “Corrales” y “Bazán” que consistieron conflictos de competencia jurisdiccionales llegados a la CSJN en los términos del art. 24, inc. 7 del decreto – ley 1285/58, la postura mayoritaria reconoció que la autonomía porteña consagrada por la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 tornó procedente que las competencias actualmente ejercidas por la justicia nacional ordinaria[46], deben ser transferidas al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a la que se calificó como "ciudad constitucional federada".

Esa denominación fue replicada en "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba", 4 de abril de 2019[47], donde se admite explícitamente la equiparación de la CABA a un estado provincial a efectos de la competencia originaria sin discriminación de la materia discutida. De allí en adelante se continúa con este criterio.

Cabe aclarar que cuando en el pleito intervenga la CABA y se identifique la materia como derecho federal (legislación o actos de tal carácter), se suscita el fuero originario. Este es el criterio afirmado por la CSJN para validarla, cuando interviene una provincia y ahora la Ciudad con similar jerarquía, independientemente de la distinta vecindad que exige el art. 116 de la Constitución Nacional. Por lo que resulta aplicable por analogía.

No obstante, también queda la posibilidad de requerirse el fuero federal de los tribunales inferiores, invocándose razones de vecindad entre las partes y la materia federal del pleito (*ratione personae y ratione materiae*), siempre que la CABA admita expresa o tácitamente la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales federales en las condiciones señaladas. Una hipótesis semejante podría provocar la prórroga en tribunales locales de la CABA.

---

en los conflictos que se susciten entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad. La sentencia se construyó: Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz (en disidencia), Dra. Elena I. Highton de Nolasco (en disidencia) y el voto mayoritario de los Dres. Juan Carlos Maqueda, Ricardo Luis Lorenzetti y Horacio Rosatti.

[45] CSJN Fallos: 338:1517 (2015). Véase el voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda, considerando 9°.

[46] En “Bazán”, considerando 8° del voto mayoritario, se expone: “Que a cuatro años de la mencionada exhortación, a veintitrés de la sanción de la constitución porteña y a veinticinco de la reforma de la Constitución Nacional, el panorama actual muestra que el Gobierno Nacional y el Gobierno de la Ciudad han avanzado mínimamente en las gestiones tendientes a concretar de manera íntegra y definitiva la transferencia de la justicia nacional ordinaria al ámbito que constitucionalmente le corresponde. La Ciudad permanece por esa razón con sus instituciones inconclusas; detenta un poder ejecutivo y una legislatura propios en pleno funcionamiento, pero no tiene aún en marcha un poder judicial completo.

[47] CSJN Fallos: 342:533 (2019). Esta sentencia se construyó: Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz (según su voto), Dra. Elena I. Highton de Nolasco (en disidencia), y voto mayoritario de los Dres. Juan Carlos Maqueda, Ricardo Luis Lorenzetti y Horacio Rosatti.

VII. Conclusión

Las exigencias interjurisdiccionalidad en los efectos de los actos enjuiciados y la exclusión de las cuestiones locales asentadas en legislaciones o actos locales quedan sin modificaciones dentro de la competencia originaria.

Empero, las sintéticas consideraciones realizadas, permiten afirmar que en las dos primeras décadas de siglo XXI se produjeron cambios notables, los que consisten en una restricción y una ampliación que inciden en la aptitud específica asignada por los arts. 116 y 117 de la C.N.

La restricción proviene de la postura adoptada en "Barreto" (2006) y la ampliación del criterio sustentado en "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba" (2019).

En este último pronunciamiento, se memora el rol institucional de la Ciudad de Buenos Aires desde las primeras épocas de la organización del Estado argentino hasta el presente. La cuestión fue calificada como "uno de los conflictos más arduos" que enfrentó la organización nacional[48].

La historia muestra que la problemática de la Capital de la República Argentina suscitó muchas dificultades a lo largo del tiempo, tanto en períodos preconstituyentes como en la etapa constituyente, que culminó con la federalización en 1880 mediante la ley 1029. Luego de un prolongado lapso, una nueva etapa fue abierta con el reconocimiento de su autonomía por el art. 129 de la Constitución de 1994, pero pese al transcurso habido no se encuentra concluida ni consolidada[49].

El giro de la jurisprudencia en "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba", conduce a coincidir con Bianchi[50], acerca de que las mutaciones jurisprudenciales han llevado a que, aún sin reforma expresa ni introducción de cláusula análoga a la Enmienda XI, la competencia de la CSJN ha resultado limitada por la materia y por las personas.

---

[48] Considerando undécimo (11°).
[49] Ibidem.
[50] [50] BIANCHI, Alberto, "Competencia originaria de la Corte Suprema cuando es parte una provincia", ob. cit.

La evolución de la jurisprudencia de la CSJN, permite establecer que se ha decidido:

- Restringir el fuero originario para aquellas causas en que se encuentre demandada una provincia por cuestiones fundadas en derecho común (art. 75, inc. 12 CN), especialmente de daños y perjuicios, que requieran estudio y análisis de legislación local o actos de agentes públicos estatales conforme lo sentado en "Barreto", donde se resignificó el concepto de causa civil. Por ello, es conveniente modificar los arts. 2, inc. 2° de la ley 48 y 24, inc. 1° del Decreto Ley 1285/58, a fin de establecer el alcance de los conceptos "vecinos" y "causa civil" en la competencia originaria, según la acepción sustentada por la Corte Suprema en el citado "Barreto".
- Extender la instancia originaria a los asuntos en que actúe la CABA, en cuestiones de derecho común, por ser "ciudad constitucional federada" (art. 129 CN), equiparada al estatus de las provincias en orden a su organización autonómica ("Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba" 2019). Por consiguiente, es conveniente modificar el 24, inc. 1° del Decreto Ley 1285/58, a fin de establecer como aforada en la instancia originaria a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Mantener la instancia originaria en causas en los que sea parte una provincia o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) que requieran preponderantemente la interpretación y/o aplicación de legislación federal o cuando concurra, en hipótesis semejantes, el Estado Nacional (conf. Mendoza, Domingo y Hno. c/ Provincia de San Luis, Fallos: 1: 485, del 3/5/1865).
- Mantener el fuero originario para las causas que requieran interpretación y/o aplicación de legislación común (art. 75, inc. 12 C.N.) y actúen como parte, una provincia y el Estado Nacional, conforme la reiterada jurisprudencia de la CSJN mantenida en precedentes actuales (vg. "Dirección General de Fabricaciones Militares c/ Santa Cruz, Provincia de s/ cobro de sumas de dinero", 19/11/20[51]).

[51] Allí se sostuvo: "Dado que Fabricaciones Militares S. E. que tiene derecho al fuero federal, según lo dispuesto por el art. 116 de la Constitución Nacional (Fallos: 314:830; 317:746) demanda a la Provincia de Santa Cruz (a quien le corresponde la competencia originaria de la Corte, de conformidad con el art. 117 de la Ley Fundamental) la única forma de conciliar ambas prerrogativas jurisdiccionales es sustanciar la demanda en la instancia originaria de la Corte Suprema (Fallos: 323:1110; 331:1427), cualquiera sea la materia del pleito"

Por otro lado se encuentran pendientes algunas cuestiones dilemáticas sobre los siguientes puntos:

- Si la Corte Suprema se inclina a reducir la competencia originaria sólo para casos en que sean parte provincias contra provincias, contra CABA o viceversa y para aquellos en que actúe el Estado Nacional, según la tendencia advertida en los precedentes del Tribunal[52].
- La admisibilidad o inadmisibilidad del fuero originario en cuestiones de constitucionalidad (planteos de inconstitucionalidad), cuando sea parte una provincia o la CABA y la materia del pleito requiera la interpretación y aplicación de normas constitucionales o de legislación federal, respecto a disposiciones locales que las vulneran. Existen interpretaciones que afirman la conveniencia de dilucidar primero la cuestión de constitucionalidad en la jurisdicción local, quedando subsistente la posibilidad de recurrir ante la Corte Suprema de la Nación mediante el recurso extraordinario federal. Empero, también deben contemplarse situaciones particulares impeditivas de acudir los tribunales provinciales, lo que ocurre por ejemplo, en esta época excepcional de pandemia, donde el ingreso a las provincias y el traspaso de sus límites están seriamente restringidos[53]. Evidentemente los nuevos tiempos han traído inéditos conflictos que exigen resoluciones acordes.

[52] Postura que sostiene Bianchi y se acerca a la situación de la instancia originaria en EEUU señalada al inicio de este trabajo.

[53] Por ejemplo, esto se analizó en el caso "Lee, Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 - Provincia de Formosa s/ amparo – amparo colectivo" (CSJN, 20/11/20), donde se examinaron las condiciones impuestas por la emergencia sanitaria provincial y se acogió una medida cautelar a fin de que la Provincia de Formosa disponga el inmediato ingreso de los ciudadanos que se encuentran varados desde hace muchos meses.

Anexo 19

EL *PER SALTUM* EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Situación en el año 2020

POR SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO

Sumario: I.- El *per saltum*. Aspectos generales. II. El *per saltum* en la jurisprudencia de la CSJN anterior a 2012. III. El *per saltum* en la legislación. III. 1. Primeros antecedentes legislativos. III. 2. La ley 26.790. III. 2.1. Cuestiones federales por gravedad institucional y trascendencia. III.2.2. Superior tribunal de la causa y sentencia definitiva. III.2.3. Competencia federal. III.2.4. La interposición del recurso por salto de instancia y los términos de la Acordada 4/07. III.2.5. Trámite y resoluciones del recurso por salto de instancia. Condiciones de admisibilidad formal y razones de procedencia. IV. El *per saltum* y la independencia judicial. V. Conclusión

I.- El *per saltum*. Aspectos generales

El *per saltum* es una figura jurídica dentro del procedimiento de la instancia extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la cual ese Tribunal, se habilita a sí mismo para decidir y fallar en determinados procesos y cuestiones, autorizando para ello, el salto de todas las instancias jurisdiccionales regulares u ordinarias, cuestión que ha sido examinada anteriormente[1].

Cuando se presentan particulares y graves condiciones institucionales, se permite obviar los obstáculos formales, requeridos por el recurso extraordinario federal. Autoriza en la jurisdicción extraordinaria de la CSJN y en situaciones muy excepcionales, el "salto de las instancias regulares".

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.

Por ello se considera al *per saltum* como una figura derivada de la gravedad

[1] PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., **"**El *per saltum* en la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *Recursos Extraordinarios – Doctrina y Jurisprudencia* -, Ferreyra de de la Rúa, Angelina (directora), Ed. Advocatus, Córdoba, 2016, p. 405; "Recurso extraordinario por salto de instancia", LA LEY 02/12/2013, 02/12/2013, 1 - LA LEY 2013-F, 913. Cita Online: AR/DOC/4399/2013; *Recurso Extraordinario Federal*, 2º ed. actualizada y ampliada, La Ley, Bs.As., 2012, p. 325; "El *Per Saltum* en el derecho Argentino. De "Dromi" a "Smith", LA LEY 2002-B, 934.

institucional. Interés general afectado, que responde a la creación pretoriana de la CSJN.

El origen del *per saltum* se encuentra en el derecho norteamericano, que posee desde el año 1925, un acápite del *"writ of certiorari*", bajo la denominación de "*certiorari by pass"*, - Evart Act de 1891 y Judge´s Bill-, que permiten la directa intervención de la Suprema Court en los asuntos de "importancia pública imperativa", que deben ser resueltos de modo inmediato (Regla 20 de las *Revised Rules of the Supreme Court of the United States*)[2]."

El *per saltum* en su modalidad por apelación, es decir a pedido o requerimiento, fue un recurso utilizado por la CSJN en dos procesos, los casos "Dromi" y "Alonso", en donde la gravedad institucional involucrada en los asuntos citados, dio pie para ingresar en la instancia extraordinaria al conocimiento de sentencias, las que no reunían la condición de definitiva ni habían sido dictadas por el superior tribunal de la causa ([3]), conforme las exigencias formales establecidas por la ley 48 para la procedencia del recurso extraordinario federal.

Las características principales del *per saltum* por apelación admitido por la CSJN son: i) Base asentada en la gravedad institucional, noción caracterizada por la jurisprudencia y la doctrina, como un supuesto de evidente distorsión o irregular funcionamiento de las instituciones básicas de la República, o también, los conflictos entre los poderes del Estado. ii. La presencia de cuestiones que exhiban una lesión al orden jurídico-institucional, comprometiendo el funcionamiento de dichas instituciones republicanas o, donde se halle afectada la paz social y la convivencia pacífica de la población. iii. Un perjuicio inmediato del interés general estatal, social o comunitario y, la urgente necesidad de repararlo a fin de remediar prontamente la situación. iv. El concurso de situaciones de excepcional gravedad económica-financiera, que puedan incidir en la marcha regular del Estado o en la consecución de los fines de gobierno propuestos. v. La limitación fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, respecto a que el *per saltum* sólo procede ante su jurisdicción extraordinaria, en aquellas causas que provengan de los tribunales nacionales y federales, descartándose para los procesos que se hallen radicados en las administraciones de justicia provinciales, en los que debe conocer, si así correspondiere, el órgano máximo

---

[2] BARRANCOS Y VEDIA, Fernando N., "Recurso extraordinario federal y gravedad institucional", en AAVV, *CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA,* SABSAY, DANIEL A. (DIRECCIÓN), MANILI, PABLO L. (COORDINACIÓN), ED. HAMMURABÍ, BS.AS., 2010, TOMO 4, P. 703.

[3] Causa "Dromi" 13 de julio de 1990, Fallos: 313-1:63 y 6 de setiembre de 1990, Fallos: 313-2:863.

jurisdiccional local. Esto, para preservar la autonomía de las provincias y de sus jurisdicciones, a fin de prevenir la intromisión del gobierno federal en ellas. vii. Nunca se admitió en el seno de la CSJN el *per saltum* por avocación o de oficio, sin requerimiento de parte interesada

Sistematizados los paradigmas principales que particularizan al *per saltum* por apelación en la instancia extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a continuación se referirán los casos más resonantes en los que se invocó el *per saltum*[4], con la salvedad de que sólo se aplicó en dos de los procesos anotados.

II. El *per saltum* en la jurisprudencia de la CSJN anterior a 2012

El primer antecedente en el que la CSJN abordó la figura de *per saltum* fue el caso "Margarita Belen", 1/09/1988[5], donde el voto mayoritario consideró que conforme a los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, "no podía prescindirse de sus términos y, por ende ni por competencia originaria y exclusiva, ni por vía de las apelaciones ordinarias y extraordinarias reguladas por la ley". De ahí, se negaron facultades para conocer por *per saltum*.

Sin embargo, el Dr. Petracchi, en su voto en disidencia, resolvió adjudicar el conocimiento de la causa a la Corte por entender que "no obstante la situación procesal en que se encuentra la causa… la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar su intervención superando los ápices procesales frustratorios del control constitucional" ya que "debe ser desechada toda interpretación que so color del aparente respeto a las formas procedimentales, termine produciendo la impotencia del propio órgano jurisdiccional al que aquéllas deben servir".

Luego llegó el caso "Dromi". El asunto "Dromi, José Roberto (Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/ avocación en autos Fontela, Moisés Eduardo c/ Estado

---

[4] En el caso "Margarita Belen" 1/09/1988, Fallos: 311:1762, se planteó el tema del *per saltum*. La mayoría sostuvo que de acuerdo a los arts. 116 y 117 CN no podía prescindir de sus términos y, por ende ni por competencia originaria y exclusiva, ni por vía de las apelaciones ordinarias y extraordinarias reguladas por la ley, podía conocer per saltum. El juez Petracchi, en disidencia, consideró pertinente que la CSJN entendiera en la causa, expresando: "no obstante la situación procesal en que se encuentra la causa… la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar su intervención superando los ápices procesales frustratorios del control constitucional" ya que "debe ser desechada toda interpretación que so color del aparente respeto a las formas procedimentales, termine produciendo la impotencia del propio órgano jurisdiccional al que aquéllas deben servir".

[5] Ibidem.

Nacional, s/ amparo", se había originado en la demanda de acción de amparo iniciada por el diputado nacional Moisés Eduardo Fontela en contra del Estado Nacional, en la que requería la modificación del decreto 1024/90 del P.E.N y la suspensión del trámite licitatorio relacionado con la empresa Aerolíneas Argentinas. El juez Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal, a cargo del juzgado N° 2 que entendió en la causa, haciendo mérito de la demanda y de las opiniones previas a la causa emitidas por la Inspección General de Justicia, dispuso ordenar al demandado que debía encuadrar la sociedad a crearse en las previsiones del art. 6 de la ley 23.696.

Esta resolución, motivó la presentación directa del entonces ministro de Obras y Servicios Públicos, José Roberto Dromi, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ámbito en el que argumentó la existencia de un conflicto de poderes en el Estado Nacional, producto de la actuación del magistrado, lo que originaba una situación de gravedad institucional.

Requeridos los autos al magistrado de origen, fueron dictadas dos resoluciones. La primera, el 13 de julio de 1990 ([6]), admitió la petición directa, y frente a la inminencia de agravios de imposible o tardía reparación, ordenó la suspensión de los efectos de la sentencia apelada, invocando precedentes jurisprudenciales.

La segunda decisión, la definitiva, fue dictada por el Alto Tribunal el 6 de setiembre de 1990 ([7]), aceptándose, por primera vez en los registros de la jurisprudencia nacional, la jurisdicción extraordinaria del "*per saltum*" —por salto de las instancias ordinarias regulares—. El pronunciamiento fue aprobado por mayoría, dos votos fueron coincidentes en la solución final propiciada, más no en sus fundamentos, y el tercero fue disidencia del Dr. Carlos S. Fayt, en la que rechazó la figura del "*per saltum*".

En el voto de la primera mayoría, se señaló que frente a la existencia de gravedad institucional, no pueden funcionar ápices procesales frustratorios del control constitucional confiado a la Corte Suprema, citándose numerosos precedentes en que ellos fueron obviados, y en los que se privilegió la protección del derecho federal comprometido, de necesaria, inmediata, oportuna y adecuada atención, por la vía excepcional invocada (cons. 6°) . Se recurrió a los orígenes de la ley 4055, que bebió en los anales de la legislación

[6] Fallos: 313-1:630.
[7] Fallos: 313-2:863.

norteamericana —*Evart Act de 1891*—, y los antecedentes de avocación directa de la Suprema Corte de los EE.UU., y la novedad que representaba dentro del ordenamiento positivo argentino la figura del *writ of certioriari,* introducido por el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a través de la reforma de la ley N° 23.774 (cons. 7°, 8° y 9°).

En el voto en disidencia del Dr. Carlos S. Fayt, no se admitió ningún tipo de excepción a lo reglado por el art. 6° de la Ley N° 4055, ni tampoco la figura del *per saltum,* por no estar consagrada legislativamente dentro del orden jurídico nacional.

Más tarde se presentó el caso "BIBA". En el mismo año, el 27 de noviembre de 1990, se suscitó otra presentación ministerial, esta vez, del Ministerio de Economía de la Nación, quien a través de su entonces titular y del presidente y vicepresidente del Banco Central de la República Argentina, dieron inicio a las actuaciones caratuladas "González, Antonio Erman y otros s/Presentación en autos "Banco del Interior y Buenos Aires (BIBA) s/ medida cautelar"[8]. El voto de la mayoría rechazó la presentación efectuada.

En "U.O.M.", se realizó otro intento de *per saltum,* mediante la presentación de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, que acudieron directamente a la Corte Suprema de Justicia, mediante el "recurso extraordinario por salto", contra la resolución del Juzgado de Primera Instancia del Trabajo N° 67 [9].

El caso que motivó la presentación, se originó en el tribunal citado a raíz de la demanda articulada por la Unión Obrera Metalúrgica, en la forma de acción de amparo sindical, conforme el art. 47 de la ley 23.551, en contra lo dispuesto por la resolución SSRL 20/96, mediante la que se homologó el convenio colectivo 185/96 "E", celebrado entre Fiat Auto Argentina S.A. y el Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor.

El magistrado a-quo, dispuso retraer la relación fáctico-jurídica entre Fiat Auto Argentina S.A. y su personal, a la situación regida, por la anterior convención colectiva de Trabajo 260/75. Asimismo, ordenó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que debía abstenerse de aplicar la convención colectiva de trabajo 185/96 "E", hasta que se resolviera la cuestión de fondo.

El caso "UOM" llevó a la admisión mayoritaria de la doctrina del conflicto de poderes,

---

[8] Fallos: 313-2:1242.

[9] Fallos: 319: 371, "Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c/ Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social", 3/4/96, Derecho del Trabajo, Ed. La Ley, junio de 1996, p. 1210.

marco jurídico que ha permitido a la CSJN ingresar en graves diferendo institucionales a través de las facultades acordadas por el referido inc. 7º del art. 24, decreto – ley 1285/58[10] cuyos ejes pueden esquematizarse: doctrina del conflicto de poderes – conflicto de competencia – representatividad y encuadramiento sindical – Ministerio de Trabajo de la Nación[11].

Al año siguiente, accedió a la CSJN el caso "Rodríguez". El caso "Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional", 17/12/1997[12], muestra una presentación directa del entonces Jefe de Gabinete de Ministros ante la Corte, denunciando también un conflicto de poderes suscitado con motivo de la decisión cautelar recaída en una causa iniciada por un grupo de legisladores ante la justicia federal, por la que se ordenó al Poder Ejecutivo la suspensión de los efectos del decreto de necesidad y urgencia 842/97, sobre el marco de regulación y privatización del servicio aeroportuario[13].

---

[10] Véase Fallos: 322:2207. A continuación se citan algunos precedentes donde fue aplicada en contiendas entre jueces y la autoridad aduanera (Fallos: 244:489; 265:321; 275:447; 281:277; 302:691; 303:1506); entre jueces y tribunales u organismos militares (Fallos: 247:436; 250:604; 279:40); entre jueces y el tribunal del mercado de abasto (Fallos: 264:217); entre jueces y el tribunal fiscal (Fallos: 264:63; 268:302; 269:410; 275:331); entre un juez y la Procuración del Tesoro (Fallos: 295:651); entre jueces y tribunales paritarios (Fallos: 237:285).

[11] BIDART CAMPOS, GERMÁN, "¿Conflicto por exceso de competencia judicial?", La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Bs. As., 16/8/96. En similar sentido, se pronunció Legarre, Santiago, "El per saltum en la jurisprudencia de la Corte Suprema", LA LEY 2004-A , 1387, Sup.E.Emerg.Económica y Rec.Extraordinario 2003 (diciembre) , 115, quien alude a la solución de la CSJN exponiendo que se trata de un *per saltum* encubierto.

[12] Fallos: 320:2851.

[13] Los actores desconocieron la legitimación activa del jefe de gabinete El Tribunal, por mayoría, desestimó este planteo y dejó sin efecto lo resuelto por el juez federal de primera instancia. Los jueces Belluscio y Bossert, en disidencia, sostuvieron que la doctrina que sostiene la atribución de la Corte para —fuera de los recursos establecidos por la Constitución y las leyes— invalidar por falta de jurisdicción decisiones de jueces de primera instancia a las que se atribuye la alteración del equilibrio de funciones inherente a la forma republicana de gobierno, no se aviene con las normas constitucionales ni con las leyes que establecen los casos y modos de intervención del Tribunal en los asuntos que no correspondan a su jurisdicción originaria y exclusiva. El juez Fayt, también en disidencia, sostuvo, entre otros argumentos, que el "per saltum" no permite arbitrar caminos procesales transitables por todo litigante que pretenda, sin más, obtener una rápida definición de su litigio mediante un pronunciamiento del tribunal más alto de la República, y su objeto no es elaborar un medio adjetivo para superar dificultades, angustias o trastornos que puedan producirse en un proceso hasta su definitivo juzgamiento. Agregó que el planteo, no autoriza la intervención "per saltum" del Tribunal, pues las circunstancias de la causa revelan que aguardar la decisión del recurso de apelación interpuesto contra esa decisión y, eventualmente, articular los recursos admisibles, sólo podría postergar la ejecución del decreto cuestionado, pero esa dilación no autoriza a prescindir de las debidas instancias procesales ni convierte el recurso extraordinario en el único medio eficaz para la protección del derecho federal comprometido. El juez Petracchi, en disidencia, sostuvo que la procedencia del "per saltum" sólo es admisible en causas de competencia federal en las que con manifiesta evidencia sea demostrado por el recurrente que entrañan cuestiones de gravedad institucional —entendida ésta en el sentido más fuerte que le han reconocido los antecedentes del Tribunal— y en las que, con igual grado de intensidad, sea acreditado que el recurso extraordinario constituye el único medio eficaz para la protección del derecho federal

Fue otro intento del *per saltum*, resuelto por la mayoría de la CSJN acudiéndose a la teoría del conflicto de poderes observada también en la minoría de "Dromi" y en la mayoría de UOM", por aplicación del art. 24 inc. 7º del decreto-ley 1285/58 ratificado por la ley 14.467[14], el cual que como se dijo, permitió prevenir la zona de reserva de cada uno de los poderes constituidos del Estado. Aquí la doctrina del conflicto de poderes se sistematiza: cuestión de competencia – control de los DNU – Congreso de la Nación.

Un asunto importante dentro del desenvolvimiento pretoriano del *per saltum* fue el caso "Alonso" - "Operación Langostino". En la causa caratulad "Alonso, Jorge E y otros" ([15]), instruida con motivo de la incautación de estupefacientes conocido como "Operación Langostino", se admitió una presentación directa deducida en forma de recurso extraordinario por los procuradores fiscales actuantes ante ella, en contra de lo resuelto por un juzgado en lo penal económico de primera instancia, que hizo lugar a las excarcelaciones solicitadas por los procesados. Frente a tal petición, la CSJN, teniendo en consideración la trascendencia del asunto y en mérito a la postura adoptada en el caso "Dromi", ordenó la suspensión de los efectos de las sentencias dictadas en primera instancia.

Luego llegó el caso "Apoderados de Partidos: Liberal, Todos por la Alianza, Pacto Autonomista Liberal y Demócrata Progresista", 14/10/1999[16], que muestra también una flexibilización de las exigencias relativas al recurso extraordinario, pues la CSJN aceptó entender en el mismo, sin que hubiera sido concedido por el superior tribunal de la causa local.

Con base en precedentes anteriores, la CSJN expuso que "los aspectos meramente procesales del recurso extraordinario....no son necesariamente óbices al otorgamiento de la

---

comprometido.

[14] Se recuerda que la indicada norma dispone: "La Corte Suprema de Justicia conocerá (...) de las cuestiones de competencia y los conflictos que en juicio se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos, salvo que dichas cuestiones o conflictos se planteen entre jueces nacionales de primera instancia, en cuyo caso serán resueltos por la Cámara de que dependa el juez que primero hubiese conocido. Decidirá asimismo sobre el juez competente cuando su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia".

[15] Fallos: 317: 1690, 6/12/94.

[16] Fallos: 322:2424. Los actores impugnaron la lista de candidatos a Diputados Nacionales por el Partido Nuevo. La Cámara Nacional Electoral confirmó el fallo de primera instancia que hizo lugar a la impugnación. El Partido Nuevo interpuso recurso extraordinario que fue contestado sin que la Cámara se hubiera pronunciado sobre su concesión o denegación. La agrupación partidaria realizó una presentación directa de "recurso federal extraordinario de advocamiento directo" que fue acogida por la CSJN.

apelación en los supuestos de existencia en la causa de interés institucional bastante al efecto" (Fallos: 313: 867), sin que tal doctrina "no ha tenido....desde luego el propósito de arbitrar caminos procesales transitables por todo litigante que pretenda, sin más, obtener una rápida definición de su litigio mediante un pronunciamiento del tribunal más alto de la república.....El fundamento concreto y preciso es el de proveer a una custodia expeditiva de los derechos federales, únicamente cuando se hallaren comprometidos en términos de una rigurosa gravedad institucional y solo si el recurso extraordinario se exhibía como único medio eficaz para esta protección (Fallos: 313:242)[17]".

Con posterioridad existieron otras presentaciones judiciales reclamando el salto de la instancia que no tuvieron acogida favorable[18].

III. El *per saltum* en la legislación

III. 1. Primeros antecedentes legislativos

La figura del *per saltum* se introdujo por primera vez en la legislación procesal argentina[19], a través del Decreto del PEN N° 1387/2001 ([20]), dictado en el marco de la

---

[17] Haro, Ricardo, "El "per saltum" en la justicia federal argentina", Academia de Derecho de Buenos Aires, internet, http://www.acader.unc.edu.ar/artpersaltum.pdf, ha considerado que "la CS llegó a ejercer un cierto per saltum atenuado, no respecto de instancias procesales pero sí de etapas procesales, como es el conocimiento del recurso extraordinario interpuesto en segunda instancia, pero antes que el mismo hubiese sido concedido por el inferior, es decir, "saltando" el procedimiento normal del recurso."

[18] Fallos: 328: 1565; 318:541; 320: 1641;322:3569; 328: 1941; 326:4650;328:1566;328: 1564, entre otros. Remito a PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., *Recurso Extraordinario Federal*, 2º ed. actualizada y ampliada, op. cit., p. 352 y sgtes., donde se hizo una breve reseña y comentario de los demás casos donde fue desestimada la vía del *per saltum*. Véase MANILI, Pablo L., "El per saltum. En la jurisprudencia de la Corte Suprema", LA LEY 2012-F , 810. El autor luego de reseñar distintos precedentes de la CSJN, crítica el fallo dictado el 11 de octubre de 2012 en la causa "Asociación para la Promoción y Defensa de la Familia ("Pro Familia")" LA LEY 2012-F, donde de oficio el Alto Tribunal se avocó a la problemática presentada entre dos tribunales, que prácticamente en forma simultánea habían rechazado y concedido una medida cautelar relativa a la resolución por la cual la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aprobó un reglamento que aprueba el procedimiento para la atención profesional frente a solicitudes de prácticas de aborto "no punibles". Indica que la Corte, luego de considerar que estaba resolviendo una cuestión de competencia, se adjudicó la causa y decidió acerca del fondo de la cuestión, es decir, se expidió por el rechazo de la medida cautelar dictada por la jueza en lo civil. El autor citado, "El Per Saltum", *Máximos Precedentes – Derecho Constitucional*, (Pablo L. MANILI (Director), La Ley, Bs.As., 2013, T. I, p. 476.

[19] Para lo concerniente a la evolución legislativa del *per saltum* remito nuevamente a PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., *Recurso Extraordinario Federal*, op. cit., p. 341 y ss, donde se intentó realizar una reseña concreta de tal punto.

[20] Dictado con fecha 1/11/2001. Cabe indicar que la constitucionalidad del Decreto No 1387/2001 fue inicialmente altamente discutible, pues tal normativa, resulta una mixtura entre legislación delegada (art. 76 C.N.), decretos de necesidad y urgencia y, decretos reglamentarios. Ello surge expresamente de los considerandos del indicado Decreto 1387/01, en especial del párrafo final, cuando se dice "Que el presente se dicta en uso de las atribuciones conferidas por la Ley N° 25.414, y los incisos 1, 2 y 3 del art. 99 de la Constitución Nacional". El problema constitucional anotado, radica en que bajo la invocación y uso conjunto

grave emergencia política, económica y financiera por la que atravesó el país desde fines del año 2001, y en el marco de la vigencia de las leyes de Delegación Legislativa 25.414, modificada parcialmente por la ley del Déficit Cero 25.453 ([21]), e invocándose también, las facultades conferidas al Poder Ejecutivo Nacional por el art. 99, incs. 1°, 2° y 3° de la Constitución Nacional.

El referido decreto 1387/2001, dispuso en el art. 50: "Incorpórase al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el siguiente artículo como artículo 195 bis: *ARTICULO 195 bis: Cuando se dicten medidas cautelares que en forma directa o indirecta afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de actividades esenciales de entidades estatales, éstas podrán ocurrir directamente ante la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN pidiendo su intervención. Con el pedido deberá acompañarse copia simple suscripta por el letrado de la representación estatal que dio lugar a la resolución y de los correspondientes a la sustanciación, si esta hubiese tenido lugar y de la medida cautelar recurrida. La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN podrá desestimar el pedido sin más trámite o requerir la remisión del expediente. La recepción de las actuaciones implicará el llamamiento de autos. La CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN dictará sentencia confirmando o revocando la medida cautelar".*

En igual forma, por el art. 51 del citado Decreto N° 1387/01, se incorporó el *per saltum* en la normativa de la Ley 18.345 de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo a través del art. 62 bis, siendo su texto similar al del CPCN, pues el mismo estableció: *"Cuando se dicten medidas cautelares que en forma directa o indirecta afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de actividades esenciales de entidades estatales, éstas podrán ocurrir directamente ante la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN pidiendo su intervención. Con el pedido deberá acompañarse copia simple suscripta por el letrado de la representación estatal del escrito que dio lugar a la resolución y de los correspondientes a la sustanciación, si esta hubiese tenido lugar y de la medida cautelar recurrida. La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN*

---

de tales normas, la tarea del Congreso Nacional podría convertirse innecesaria. Es evidente además, que la implementación del procedimiento del *per saltum* impuesto, significa modificar el régimen del recurso extraordinario y sus recaudos de sentencia definitiva y superior tribunal de la causa. Véase PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "El *per saltum* en el derecho argentino. De 'Dromi' a 'Smith", La Ley, 11/3/02, p. 1.

[21] PALACIO DE CAEIRO, SILVIA B., "Bases para el control de constitucionalidad de la legislación delegante y delegada (Artículo 76 de la Constitución Nacional)", La Ley, 2/11/01, p. 1. Allí analizo las condiciones jurídicas que enmarcan las leyes de delegación legislativas, 25.414 y 25.453.

dictará sentencia confirmando o revocando la medida cautelar".

Con posterioridad, a comienzos del año 2002, como consecuencia del agravamiento de la situación económica de la Nación y de la consiguiente inestabilidad política y jurídica reinante, se dictó en el mes de enero de dicho año, la denominada Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario N° 25.561 ([22]).

Dicho texto legal, en su art. 18 modificó el art. 195 bis del Código Procesal nacional, el cual quedó redactado de la siguiente forma: *"Cuando se dicten medidas cautelares que en forma directa o indirecta afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las Municipalidades, de su reparticiones centralizadas o descentralizadas, o de entidades afectadas a alguna actividad de interés estatal, podrá interponerse recurso de apelación directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La presentación del recurso tendrá por sí sola efecto suspensivo de la resolución dictada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación requerirá la remisión del expediente. Recibido éste, conferirá traslado con calidad de autos a la parte que peticionó la medida por el plazo de CINCO (5) días. Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, previa vista al Procurador General de la Nación dictará sentencia confirmando o revocando la medida".*

A su vez, la Procuración del Tesoro de la Nación dictó la Resolución N° 1/2002 ([23]), del 10 de enero de 2002, en la que se estableció el patrocinio obligado del titular del citado organismo y de sus reemplazantes autorizados reglamentariamente para intervenir en los recursos previstos por el art. 195 bis del CPCN. También se dispuso que dicha actividad,

---

[22] B.O. 7/1/2002. La Ley entró en vigencia el 6 de enero de 2002, en virtud de lo establecido por el Decreto 50/2002 del 8/1/2002 (B.O. 9/1/02). El 4 de febrero de dicho año, se dictó el Decreto No 214/002, invocándose el Decreto 1570/01 —que estableció del denominado "corralito financiero"— y la Ley 25.561 de Emergencia Pública, en el cual a través de su art. 12 se suspendió por el plazo de 180 días la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias en los que se demande o accione en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectadas por las restricciones de las referidas normas. El art. 12 del Decreto No 214/02 fue declarado inconstitucional por varios tribunales, por lo cual el P.E.N. dictó el Decreto 320/02 (B.O. 15/2/02), cuyo art. 3° sustituyó el texto de aquél, y de ese modo quedaron suspendidas por ciento ochenta días (180) el cumplimiento de las medidas cautelares y la ejecución de las sentencias relacionadas con los mencionados asuntos. Sólo quedaron excluidas puntuales situaciones referidas a la edad de los demandantes (mayores de 75 años), y las cuestiones de riesgo de vida, salud e integridad física de los actores. Los fallos que declararon la inconstitucionalidad fueron citados en mi trabajo Palacio de Caeiro, Silvia B., "El *Per Saltum* en el derecho Argentino. De "Dromi" a "Smith", LA LEY 2002-B , 934, al que me remito.

[23] B.O. 10/1/2002.

resultaba de obligatorio requerimiento para todos los servicios jurídicos permanente de los entes estatales comprendidos en el art. 6° de la ley N° 25.344.

La Resolución PTN N° 1/2002 presenta la particularidad de consignar que, frente a la ausencia de plazo establecido para interponer el referido recurso de apelación directo ante la CSJN, debía aplicarse el plazo menor, es decir, el que regía en los distintos procedimientos para recurrir la medidas cautelares ante las cámaras de apelación respectivas (art. 5° de la Resolución citada). A propósito, dentro de la normativa del Código Procesal nacional, el plazo para interponer el recurso de apelación en contra de sentencias interlocutorias o de providencias simples que disponen medidas cautelares es de cinco (5) días, conforme a lo dispuesto por el art. 244 del CPCN.

El recurso de apelación directo fue admitido como un medio de impugnación sólo dirigido en contra de medidas precautorias, como lo entendió la CSJN en "Takko, Adolfo I. c. Fredo S.A. s/ despido" ([24]).

La aplicación del art. 195 bis, posibilitó que llegaran al seno de la instancia extraordinaria los casos "Kiper y otros" 2001[25], el polémico caso "Smith" 2002[26] , el caso

[24] La Ley, 2002/2/08, p. 7; DJ, 2002-1, 297.

[25] La causa "Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ solicita se declare estado de emergencia económica en autos "Kiper, Claudio Marcelo y otros c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) - Decreto 1570/01 s/ medida cautelar autónoma", fue uno de los primeros asuntos, en los que invocándose la norma del art. 195 bis del CPCN, se realizó una presentación directa ante la CSJN. Ello estuvo a cargo del Banco de la Ciudad de Buenos Aires, que en el mes de diciembre de 2001, cuestionó la resolución adoptada por el titular del Juzgado Nacional de la Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6 de la Capital Federal, quien hizo lugar a la medida cautelar solicitada por los accionantes, Kiper y otros, ordenándole a la entidad bancaria la devolución de los depósitos que se encontraban alcanzados por el Decreto No 1570/01. La Procuradora General actuante, realizó en primer lugar una observación respecto a la falta de legitimación del Banco de la Ciudad de Buenos Aires, por no ser éste parte en las actuaciones principales, al no haber sido demandado por Kiper y los otros co-actores que iniciaron la acción sólo en contra el Poder Ejecutivo Nacional. En virtud de ello, opinó la funcionaria del Ministerio Público que dicho Banco era sólo un tercero que debía cumplir el mandato judicial, y que en tal caso, el legitimado era únicamente el Estado Nacional. No obstante ese bien fundado reparo, la CSJN en un pronunciamiento dictado el 28 de diciembre de 2001, admitió la presentación directa incoada en los términos del art. 195 bis del CPCN, considerando que atento causar la cautelar cuestionada un perjuicio directo a la entidad bancaria, existía a favor de ésta, legitimación suficiente para impugnar la medida. Asimismo, agregó el Tribunal, que la precautoria otorgada en beneficio de los actores, presentaba iguales efectos que los de una admisión de la demanda y ejecución de sentencia, por lo que entendió, que se había incurrido en un claro exceso de jurisdicción, el cual importaba un menoscabo del derecho de defensa en juicio del Estado Nacional. En orden a la precautoria examinada, señaló la CSJN que "los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando la cautela altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (Fallos: 316:1833; 320:1633, entre muchos otros), con el agravante, en el caso de autos, que la causa ni siquiera ha sido promovida". Por las señaladas razones, se hizo lugar a la presentación directa, ordenándose que los actores restituyeran en efectivo al Banco de la Ciudad, la cantidad de dólares que habían retirado de la caja de ahorro cuya titularidad ostentaban.

"Banco de la Ciudad de Buenos Aires" 2002[27]. En el mes de enero de 2002 se suscitaron varias presentaciones directas de entidades bancarias por iguales motivos que el planteado en el caso Kiper, en las cuales, la CSJN mantuvo el criterio de reconocerle legitimación activa a los bancos peticionantes ([28]).

---

[26] Autos "Banco de Galicia y Buenos Aires s /solicita intervención urgente en autos: "Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo" ([26]), también consistió en una presentación de un banco ante la CSJN, para que ésta tomara intervención respecto a la resolución de un Juzgado Federal de 1ª instancia de la ciudad de Corrientes, que había hecho lugar a la medida cautelar y ordenado la devolución de los depósito a plazo fijo de propiedad del actor, quien solicitó asimismo la inconstitucionalidad del Decreto 1570/01.El Procurador General se opuso aquí también a la legitimación del Banco peticionante pues la litis no se había integrado con éste, manifestando que no se había requerido la remisión del expediente principal, para resolver el recurso. Frente a ello, la CSJN no sólo confirió legitimación a los peticionados para ejercer la acción recursiva emergente del art. 195 bis del CPCN, sino que además, la tuvo por interpuesta con los efectos suspensivos establecidos en dicha norma. Luego de mencionar los diversos instrumentos económicos dictados, la CSJN examinó en qué medida había quedado abierta la jurisdicción del Alto Tribunal para conocer del caso, y con esa finalidad, consideró que la resolución que declaró la procedencia de la cautelar, "constituye un anticipo de jurisdicción e implica, por tanto, el juzgamiento del fondo del asunto", por lo cual, aseveró que "esta Corte, no queda circunscripta al estrecho marco cognoscitivo de la cautela sino que se extiende también a lo que ha sido tema de fondo, esto es, al planteo concreto sobre la inconstitucionalidad de la norma cuestionada y desde esta perspectiva, la tarea de esclarecer la inteligencia de las normas federales involucradas, no ha de estar limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por la de las partes (Fallos: 312:529 y sus citas, entre muchos otros)" En respaldo de esa postura, la Corte argumentó que en el transcurso del proceso fueron dictadas normas sobre la materia objetada en la litis, afirmando que la decisión debía atender a las modificaciones introducidas por los preceptos más recientes.Continuando con esa línea de análisis, la CSJN ingresó a la consideración de la validez constitucional del referido Decreto No 1570/01, ratificado tácitamente por la Ley de Emergencia Pública 25.561/02, y luego de exponer diversos fundamentos atinentes al control de constitucionalidad y al de razonabilidad de las leyes y actos administrativos, concluyó que ambas normativas eran inconstitucionales por violar en forma explícita derechos consagrados en la Carta Magna; por ende, desestimó el recurso interpuesto por la entidad bancaria.

[27] Fallos: 325:26. En el caso "Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ solicita intervenga urgente en autos "Takko, Adolfo I. c/ Freddo S.A. s/ despido", 1/02/2002, que consistió en un juicio laboral donde en el magistrado de primera instancia declaró inaplicable la restricción a la disponibilidad de los depósitos bancarios y dispuso el pago íntegro de la indemnización por despido. Frente a tal decisión, el banco depositario interpuso recurso de apelación ante la Corte por *per saltum* en los términos del art. 195 bis del CPCN, el que fue desestimado por no adecuarse el caso a la plataforma normativa. Así expresó la CSJN "Corresponde desestimar in limine el recurso reglado por el art. 195 bis CPCCN, en razón de que es palmario que únicamente se ha previsto ante el dictado de medidas cautelares, circunstancia que no se advierte en el sub lite, en el que la actuación del Banco de la Ciudad de Buenos Aires se origina ante el dictado de una resolución posterior a una sentencia firme." Cabe recordar, que en las causas "Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina s/ interponen recurso extraordinario federal — per saltum y Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/ per saltum en autos: "Diglio, Betina Elizabeth y otro c/ Estado Nacional y otro s/ amparo" (ambas del 19/11/2002[27], el Alto Tribunal sostuvo que "La presentación de asociaciones de bancos -mediante la cual apelan la sentencia de un juez federal de primera instancia que dispuso, como medida cautelar innovativa, que las instituciones bancarias hagan entrega inmediata y efectiva de los fondos a todas las personas que iniciaron acciones de amparo- no configura una acción o recurso que, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y en sus leyes reglamentarias, habilite la competencia ordinaria o extraordinaria del Tribunal."

[28] Puede consultarse lo resuelto en: "Banco Central de la República Argentina s/art. 195 bis CPCN (conf. dto. 1387/01)", 8/1/2002; "Banco Central de la República Argentina s/ solicita intervención en autos: 'Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y su modificatorio 1606/01 s/ proceso de conocimiento"', 8/1/2002; "Banco Río de la Plata S.A. s/solicita intervención urgente en autos: 'Ulloa, Patricia M. c/ P.E.N. dec. 1570/01 s/amparo ley 16.986'", 15/1/2002, La Ley, 2002/01/31, p.

El artículo 195 bis del CPCN, fue derogado por la ley 25.587[29].

Dentro de las normativas provinciales que acogen normativamente la figura de *per saltum*, puede mencionarse el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán, cuyo art. 107 lo prevé expresamente[30].

III. 2. La ley 26.790

La ley 26.790 dictada en 2012[31], incorpora al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el recurso extraordinario por salto de instancia, en los artículos 257 bis y 257 ter.

Dispone el art. 257 bis: *Procederá el recurso extraordinario ante la Corte Suprema prescindiendo del recaudo del 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. Existirá gravedad institucional en 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. La Corte habilitará la instancia con alcances restringidos y de marcada excepcionalidad. Sólo serán susceptibles 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.-No procederá el recurso en causas de materia penal.*

El art. 257 ter preceptúa la forma, plazo, trámite y efectos del *per saltum*, señalando:

1; DJ, 2002-1, 297.

[29] B. O. 26/04/2002.

[30] Señala la norma: *"ART. 107.PER SALTUM. Cuando excepcionalmente en un caso pendiente, la resolución recaída revista interés constitucional o gravedad institucional, la Corte Suprema de Justicia podrá prescindir de los requisitos de procedencia formal de los recursos respectivos a los efectos de un inmediato pronunciamiento si la solución no admite demora alguna."*

[31] Publicación en el B.O.: 04/12/2012. Una crítica respecto a la modificación introducida por la ley 26.970 y la consagración legislativa del *per saltum*, puede examinarse en Rojas, Jorge A. , "El 'per saltum' y la tensión entre el 'poder' cautelar y el poder político", LA LEY 2012-F , 1355; von Fischer, Marcela, "Salto de instancia y tutela judicial efectiva", LA LEY 2012-F , 1088.

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.-

Las modificaciones introducidas al régimen del recurso extraordinario federal por las normas citadas son significativas[32], como se verifica del análisis siguiente.

III. 2.1. Cuestiones federales por gravedad institucional y trascendencia.

La ley 26.790 incorpora al plano legal, dos nuevas cuestiones federales a los fines de la procedencia del recurso extraordinario federal, la gravedad institucional y la trascendencia.

Tales causales, que habían sido reconocidas con anterioridad en numerosos precedentes de la CSJN, se agregan ahora por vía normativa a las contempladas por los tres incisos del art. 14 de la Ley 48[33].

---

[32] Moreno, Andrés M., "Recurso de apelación extraordinario ante la Corte Suprema per saltum", Sup. Doctrina Judicial Procesal 2013 (noviembre), 1, efectúa un análisis pormenorizado de las reformas introducidas por la ley 26.970.

[33] El art. 14 de la Ley 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 del litigio.
Art. 15. — "Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior deberá reducirse la queja con arreglo a lo prescrito en él, de tal modo que su fundamento aparezca de los autos y tenga una

Proporciona de tal modo el art. 257 bis, la noción positiva de lo que debe entenderse por gravedad institucional, señalando que comprende a las cuestiones debatidas en un pleito que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público[34].

Respecto a la gravedad institucional, debe indicarse que en la órbita pretoriana de la CSJN, su reconocimiento quedó precisado en la década de 1960, en el caso "Jorge Antonio"[35], evolucionando desde allí como una causal admitida por el derecho judicial[36].

Ahora con la ley 26.790 ha encontrado consagración legislativa, receptándose en dicho plano positivo la doctrina sostenida en los casos "Dromi" y "Alonso"[37].

La trascendencia, requisito que ha sido extraído de la jurisprudencia evolutiva de la CSJN y de la exégesis que por oposición realizó la jurisprudencia de la CSJN del art. 280 del CPCN – *certiorari* argentino - también quedó admitida como causal explícita por el art. 257 bis[38].

Ello ensancha las previsiones del art. 14 de la ley 48, en casos comprobados donde se hallen 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.

La amplitud del concepto de trascendencia es elocuente, quedando al arbitrio discrecional de la CSJN la ponderación e inclusión de las cuestiones dentro del mismo.

No obstante, se prevé que la apreciación de la gravedad institucional y la trascendencia como su virtualidad para la habilitación de la vía extraordinaria del *per*

---

relación 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 aplicación 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, art. 67 de la Constitución."

Art. 16. — "En los recursos de que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado, y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo, y aun podrá ordenar la ejecución especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón."

[34] ROSALES CUELLO, Ramiro, "La gravedad institucional y el recurso por salto de instancia", LA LEY 2013-A , 780, examina las condiciones de la gravedad institucional para habilitar el *per saltum*.

[35] Fallos: 248:189.

[36] PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., *Recurso Extraordinario Federal*, 2º ed. actualizada y ampliada, ob. cit., p. 299 y ss. Allí se realizó un extenso examen de la evolución y desenvolvimiento de la causal gravedad institucional en la doctrina y jurisprudencia de la CSJN.

[37] ROSALES CUELLO, Ramiro, "La gravedad institucional y el recurso por salto de instancia", ob. cit.

[38] GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "El per saltum en la reforma del recurso extraordinario", Sup. Doctrina Judicial Procesal 2012 (diciembre) ,1, realiza un pormenorizado análisis acerca de la noción de trascendencia en el recurso por salto de instancia.

saltum, debe realizarse de modo restringido y con características de marcada excepcionalidad y justificación

La CSJN en el caso "Estado Nacional s/ interpone recurso extraordinario por salto de instancia en autos Rizzo, Jorge Gabriel s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3039/13), pronunciamiento del 13/06/2013" 39 , se justificó la pertinencia del recurso por salto de la instancia, por advertirse que la sentencia de primera instancia recurrida conllevaba como efecto la cancelación de un procedimiento electoral mediante el sufragio universal destinado a cubrir cargos públicos electivos, circunstancia de gravedad institucional[40].

Allí se consideró que por encontrarse en curso de ejecución el cronograma electoral estructurado en diversas etapas que se integran con plazos breves y perentorios explícitamente contemplados, se hacía imperioso un pronunciamiento definitivo de la CSJN relativo a las cuestiones constitucionales planteadas, a fin de evitar situaciones frustratorias de los diversos derechos puestos en juego.

Debido a que se ha habilitado a la gravedad institucional y a la trascendencia como nuevas cuestiones federales, la Acordada 4/07 debería ser modificada y ampliada para aquellos supuestos en los que proceda el salto de instancia en su mérito y condiciones regladas por el art. 257 bis del CPCN.

III.2.2. Superior tribunal de la causa y sentencia definitiva

1. La ley 26.790 ensancha el párrafo inicial del art. 14 de la ley 48 y los arts. 6º de la ley 4055 y 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al autorizar la prescindencia de los extremos allí exigidos en orden a la intervención del superior tribunal de la causa y sentencia definitiva.

Con un espectro bastante amplio, la ley autoriza que son susceptibles del recurso extraordinario por salto de instancia, las sentencias definitivas de primera instancia, las

---

[39] LA LEY 2013-E, 400. Es estos autos, se declaró en primera instancia la inconstitucionalidad de los arts. 2, 4, 18 y 30 de la ley 26.855, del decreto 577/2013 y se dejó sin efecto jurídico la convocatoria electoral prevista para la elección de miembros del Consejo de la Magistratura. El Estado Nacional dedujo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación sendos recursos extraordinarios por salto de instancia. El máximo Tribunal hizo lugar a los remedios procesales de excepción.

[40] Véase el comentario de este fallo en CORREA, José Luis, "Consejo de la magistratura. Inconstitucionalidad de la Reforma", DJ 04/09/2013, 21.

resoluciones equiparables a ellas por sus efectos y las dictadas a título de medidas cautelares. Excluyendo únicamente a las de materia penal.

El fenómeno de la equiparación de las resoluciones interlocutorias a la calidad de sentencia definitiva, en orden a su gravedad institucional o al perjuicio irreparable que entrañaban, obedeció a la imposición de posiciones jurisprudenciales de larga data.

Dicha posibilidad de equiparación reconocida primero por los precedentes de la CSJN, fue admitida en épocas más recientes por la Acordada 4/07 y en la actualidad, por el art. 257 bis del CPCN quien describe expresamente la situación.

Los parámetros validados para la equiparación de las resoluciones a sentencia definitiva proveniente del superior tribunal de la causa (hipótesis prevista en las normas citadas) resultan de la percepción acerca de la urgencia del dictado de una solución definitiva y expedita para evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior. Se sigue con ello el criterio establecido en “Dromi” y “Alonso”.

Al hacerse explícitamente legal, la admisión de resoluciones relativas a medidas cautelar, se ha ampliado asimismo la Acordada 4/07 por el recibimiento de nuevas circunstancias que autorizan la interposición del recurso extraordinario federal en las instancias inferiores consideradas ahora como superior tribunal de la causa. Previéndose además, como quedó dicho, diferentes situaciones para la equiparación referida.

Esto se sostuvo en el indicado caso "Estado Nacional s/ interpone recurso extraordinario por salto de instancia en autos Rizzo, Jorge Gabriel s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3039/13), en donde se señaló que "a juicio de esta Corte concurren los requisitos de marcada excepcionalidad que, con arreglo a lo dispuesto en el texto normativo aplicable, justifican habilitar la instancia del art. 14 de la ley 48 prescindiendo de la intervención previa del tribunal de alzada que, como la Cámara Nacional Electoral, ha sido expresamente contemplado por la ley para revisar decisiones de esta naturaleza (art. 44 del Código Electoral Nacional — ley 19.945), a la par que constituye regularmente el superior tribunal de la causa a los fines de la procedencia del recurso extraordinario (ley 4055, art. 6°)."

Empero, cuando no se encuentran reunidas las condiciones excepcionales previstas por el art. 257 bis, la CSJN ha señalado que no procede esa vía.

Se sostiene la impertinencia del recurso por salto de instancia para cuestionar sentencias definitivas provenientes de quien es legalmente el superior tribunal de la causa. Pues en tal caso rige el régimen general del recurso extraordinario, debiendo seguirse el procedimiento reglado por el art. 257 y cc. del CPCN y la Acordada 4/07.

Estas puntualizaciones se realizaron en las causas "Estado Nacional - Jefatura de Gabinete de Ministros s/ interpone recurso extraordinario por 'Grupo Clarin S.A. s/ medidas cautelares expte. N° 8836/09', 10 de diciembre de 2012, voto de la mayoria y voto concurrente de los jueces Fayt y Petracchi, y de la jueza Argibay) [41], y "Partido Justicialista Distrito Santiago del Estero y Frente para la Victoria Distrito Santiago del Estero s/ recurso extraordinario por salto de instancia 22 de octubre de 2013.

III.2.3. Competencia federal

Al prescribirse que el recurso extraordinario por *per saltum* sólo es procedente en causas de competencia federal, esa vía debe advertirse como el único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, descartándose entonces se extienda para impugnaciones en contra de resoluciones judiciales provinciales, locales y municipales.

Este criterio se corresponde con el mantenido por la CSJN en reiteradas ocasiones relativo a la imposibilidad de aplicar el salto de instancia en asuntos pertenecientes a jurisdicciones ajenas a la federal.

En “Dromi” se reconoció que *“*... solo causas de la competencia federal, en las que con manifiesta evidencia sea demostrado por el recurrente que entrañan cuestiones de gravedad institucional —entendida ésta en el sentido más fuerte que le han reconocido los antecedentes del tribunal— y en las que, con igual grado de intensidad, sea acreditado que el recurso extraordinario constituye el único medio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, autorizarían a prescindir del recaudo del tribunal superior, a los efectos de que esta Corte habilite la instancia promovida mediante aquel recurso para revisar lo decidido en la sentencia apelada”.

[41] LA LEY 2013- A, 169. LA LEY 2012- F, 658.

Igual postura se adoptó en "Partido Demócrata Cristiano",[42], "Partido Nuevo - Distrito Corrientes"([43]).

Ya en vigencia la ley 26. 790, se hizo mérito en el indicado caso "Estado Nacional s/ interpone recurso extraordinario por salto de instancia en autos Rizzo, Jorge Gabriel s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3039/13) de que por tratarse las causas de competencia federal y haber las sentencias impugnadas decidido de modo definitivo las cuestiones constitucionales suscitadas en la litis (art. 14, inc. 1°, ley 48), correspondía hacer lugar a las presentaciones efectuadas.

III.2.4. La interposición del recurso por salto de instancia y los términos de la Acordada 4/07

El art.257 ter preceptúa la forma, plazo, trámite y efectos del recurso extraordinario por salto de la instancia.

El plazo de interposición igual al prescripto por el art. 257, diez días hábiles judiciales, contado desde la fecha de notificación de la resolución que se impugna.

Respecto a la forma de presentación del escrito de interposición, el art. 257 bis establece que el escrito será fundado y autónomo, continuando así con la exigencia de fundamentación autónoma, establecida por los arts. 15 de la ley 48 y 257 del CPCN.

No obstante, el art. 257 ter, no aclara si también deben respetarse los términos del art. 1º de la Acordada 4/07 referido a la necesidad de que el escrito no tenga una extensión mayor a cuarenta (40) páginas con veintiséis (26) renglones y letra claramente legible (no menor de 12)[44].

Estas restricciones aplicables también al escrito de contestación, no han sido establecidas por la norma como tampoco la CSJN ha dictado una acordada ampliatoria de la 4/07 extendiendo sus exigencias al recurso extraordinario por salto de la instancia.

Se considera por ello, que a través de una nueva acordada debería preverse que el

---

[42] Fallos 314:1030, 5/09/1991.

[43] CS, 21/10/99, "Partido Nuevo - Distrito Corrientes", cons. 3, punto c), DJ, 2000-2-1109. (La mayoría no hizo lugar por no darse las condiciones de la competencia ordinaria o la federal del art. 116 y 117 C.N.).

[44] Art. 1º Acda. 4/07: "El recurso extraordinario federal deberá interponerse mediante un escrito de extensión no mayor a cuarenta (40) páginas de veintiséis (26) renglones, y con letra de tamaño claramente legible (no menor de 12). Igual restricción será de aplicación para el escrito de contestación del traslado previsto en el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación."

requisito de la carátula aparte (art. 2º Acda. 4/07)[45], se extendiera al recurso del art. 257 bis, haciéndose especial hincapié en la justificación de los fundamentos que dan motivo al recurso por salto de instancia, especialmente, en lo que atañe a la presencia de las cuestiones federales por gravedad institucional y/o trascendencia.

En el art. 3º de la Acda. 4/07[46], debería agregarse la necesidad de acreditar que la decisión apelada proviene del tribunal de una instancia inferior al superior tribunal de la causa; que se verifican las condiciones de gravedad institucional y/o trascendencia por su proyección sobre el general o público o el compromiso con las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno; que existe relación directa e inmediata entre las cuestiones deducidas con los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados, conforme a las previsiones del art. 257 bis CPCN.

Los requerimientos contenidos en los arts. 2º y 3º de la Acda. 4/07 acerca de la mención clara y conciso de las cuestiones federales y la acreditación relativa a la presencia de los extremos de gravedad institucional y/o trascendencia, deben figurar tanto en la carátula como en las motivaciones en que se funde el recurso por salto de instancia.

---

[45] Art. 2º Acda. 4/07:. Contendrá una carátula en hoja aparte en la cual deberán consignarse exclusivamente los siguientes datos: a) el objeto de la presentación; b) la enunciación precisa de la carátula del expediente; c) el nombre de quien suscribe el escrito; si actúa en representación de terceros, el de sus representados, y el del letrado patrocinante si lo hubiera; d) el domicilio constituido por el presentante en la Capital Federal; e) la indicación del carácter en que interviene en el pleito el presentante o su representado (como actor, demandado, tercero citado, etc.); f) la individualización de la decisión contra la cual se interpone el recurso; g) la mención del organismo, juez o tribunal que dictó la decisión recurrida, como así también de los que hayan intervenido con anterioridad en el pleito; h) la fecha de notificación de dicho pronunciamiento; i) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal, con simple cita de las normas involucradas en tales cuestiones y de los precedentes de la Corte sobre el tema, si los hubiere; como así también la sintética indicación de cuál es la declaración sobre el punto debatido que el recurrente procura obtener del Tribunal; no se considerará ninguna cuestión que no haya sido incluida aquí; j) la cita de las normas legales que confieren jurisdicción a la Corte para intervenir en el caso.

[46] Art. 3º Acda. 4/07: En las páginas siguientes deberá exponerse, en capítulos sucesivos y sin incurrir en reiteraciones innecesarias: a) la demostración de que la decisión apelada proviene del superior tribunal de la causa y de que es definitiva o equiparable a tal según la jurisprudencia de la Corte; b) el relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal, con indicación del momento en el que se presentaron por primera vez dichas cuestiones, de cuándo y cómo el recurrente introdujo el planteo respectivo y, en su caso, de cómo lo mantuvo con posterioridad; c) la demostración de que el pronunciamiento impugnado le ocasiona al recurrente un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de su propia actuación; d) la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas;
e) la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquéllas.

Ya que en definitiva, dichas cuestiones federales sustantivas son las que autorizarán, a criterio de la CSJN, la prescindencia del requisito de superior tribunal de la causa y sentencia definitiva exigidos por los arts. 14 de la ley 48 y 257 del CPCN.

Las circunstancias de la legitimación activa y pasiva, que el art. 2º de la Acda. 4/07 exige para la admisibilidad formal del recurso extraordinario previsto en el art. 257 del CPCN, deberían extenderse al recurso por salto de instancia, a los efectos de fijar los lineamientos necesarios para evitar rechazos liminares por incumplimiento de las previsiones del art. 257 bis como ocurrió en los casos "Gil Domínguez, Andrés s/ su presentación en autos 'Gil Domínguez, Andrés c/ Estado Nacional - PEN - ley 26.854 s/ amparo (Ley 26.854- Medidas cautelares contra el Estado), 2/7/13; "Estado Nacional - Jefatura de Gabinete de Ministros s/ interpone recurso extraordinario por 'Grupo Clarin S.A. s/ medidas cautelares expte. N° 8836/09'[47], y "Partido Justicialista Distrito Santiago del Estero y Frente para la Victoria Distrito Santiago del Estero s/ recurso extraordinario por salto de instancia", ya relacionados.

Además, la acordada ampliatoria de la 4/07, tendría que extender los recaudos previstos en los arts. 8º a 11, en forma similar a lo que hace en el art. 12 para los recursos articulados in forma *pauperis*.

III.2.5. Trámite y resoluciones del recurso por salto de instancia. Condiciones de admisibilidad formal y razones de procedencia.

El art.257 ter del CPCN, proporciona a la CSJN facultades para rechazar *in límine* o *"sin más trámite"* el recurso por salto de la instancia, cuando no se observaren *prima facie* los extremos de admisibilidad formal y los de procedencia sustantiva.

Los extremos de índole sustantiva se relacionan con la naturaleza de la cuestión federal por gravedad institucional y/o de trascendencia, mientras que los de índole formal están vinculados a la observancia de las reglas establecidas para la temporánea interposición y fundamentación autónoma del *per saltum*. Respecto a éstos últimos se hace imperiosa la adecuación de la Acda. 4/07.

[47] LA LEY 2013- A, 169. LA LEY 2012- F, 658, cit.

De modo similar a las atribuciones que habilita el art. 280 del CPCN[48], el rechazo se puede disponer sin necesidad de acudir a sustanciaciones ni trámites.

El efecto del rechazo *liminar* significa que la causa debe proseguir según su estado y procedimiento correspondiente.

El rechazo *liminar* contemplado por el art. 257 ter se halla en consonancia con lo establecido por el art. 11 de la Acordada 4/07, que prevé el apercibimiento correspondiente a la inobservancia de las reglas exigidas en su articulado. Expone dicha norma: *"En el caso de que el apelante no haya satisfecho alguno o algunos de los recaudos para la interposición del recurso extraordinario federal y/o de la queja, o que lo haya hecho de modo deficiente, la Corte desestimará la apelación mediante la sola mención de la norma reglamentaria pertinente, salvo que, según su sana discreción, el incumplimiento no constituya un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva. Cuando la Corte desestime esas pretensiones por tal causa, las actuaciones respectivas se reputarán inoficiosas…."*

En el supuesto de que se considere admisible formalmente al recurso[49], la decisión tendrá efectos suspensivos para el trámite, tal como lo prevé el art. 257 ter.

Pero respecto a dicho efecto suspensivo, deberá distinguirse la clase o índole de resolución contra la cual se articula el recurso por salto de instancia.

Es decir, si se ataca una la sentencia definitiva de primera instancia[50] que pone fin a ese estadio, es indudable que el remedio tendrá el alcance suspensivo que prescribe la norma.

---

[48] Art. 280 CPCN. — Cuando 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. Si se tratare del recurso ordinario del art. 254, recibido el expediente será puesto en secretaría, notificándose la providencia que así lo ordene personalmente o por cédula. El apelante deberá presentar memorial dentro del término de diez días, del que se dará traslado a la otra parte por el mismo plazo. La falta de presentación del memorial o su insuficiencia traerá aparejada la deserción del recurso. Contestado el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo se llamará autos. En ningún caso se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos.

[49] Puede consultarse el análisis que sobre el tema se efectúa en Petrillo, Paola María, "Alcances del juicio de admisibilidad del recurso extraordinario federal", Sup. Doctrina Judicial Procesal 2013 (mayo) , 2.

[50] En "Estado Nacional s/ interpone recurso extraordinario por salto de instancia en autos Rizzo, Jorge Gabriel s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3039/13), pronunciamiento del 13/06/2013, LA LEY 2013-C, 628, se dijo: "El per saltum interpuesto contra la sentencia de grado que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 2, 4, 18 y 30 de la ley 26.855, y del decreto nacional 577/2013, dejando sin efecto la convocatoria electoral para la elección de miembros del Consejo de la Magistratura, son admisibles con efecto suspensivo, dado que la decisión trae como efecto la cancelación

Pero en hipótesis donde el recurso se interpusiera en contra de resoluciones interlocutorias equiparadas a definitivas, habrá que distinguir si se trata de incidentes autónomos que no impidan la continuación del juicio principal, o si por el contrario, de incidentes, que impliquen *per se* o tornen necesario, suspender el señalado proceso principal.

En caso incidentes autónomos, procurados y resueltos con independencia de aquel, en principio, no se debería suspenderse el trámite principal, salvo que se advierta que su prosecución puede acarrear un daño o perjuicio irreparable.

En el segundo supuesto, incidentes no autónomos, la suspensión del proceso puede imponerse por la propia lógica que rige al proceso, correspondiendo advertir la imposibilidad de su prosecución según los perjuicios que ello podría acarrear en el futuro.

Para la hipótesis de que el cuestionamiento por *per saltum* haya sido dirigido en contra de resoluciones que disponen medidas cautelares o que las denieguen[51], también corresponderá evaluar la necesidad o no de suspender el proceso principal, atendiendo a las consecuencias dañosas que pueden derivarse de su continuidad.

Declarado formalmente admisible el recurso extraordinario por salto de instancia, el plazo para el traslado del escrito inicial a todas las partes interesadas es de cinco (5) días, para lo cual se exige la notificación personal o por cédula. Por razones de urgencia la CSJN ha decidido que este plazo puede abreviarse y asimismo ha autorizado la habilitación de días inhábiles[52].

Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, la Corte Suprema podrá decidir sobre la procedencia del recurso. Se encuentra facultada expresamente, si lo

---

de un procedimiento electoral mediante el sufragio universal destinado a cubrir cargos públicos electivos, circunstancia de gravedad institucional."

[51] En la causa "Asociación para la Promoción y Defensa de la Familia ("Pro Familia")", 11 de octubre de 2012, LA LEY 2012-F, la contradicción judicial referida a medidas cautelar solicitadas por la actora, dio motivo a que la CSJN habilitara el *per saltum*, considerando que estaba frente a una cuestión de competencia, como se dijo *supra*.

[52] Causa "Estado Nacional s/ interpone recurso extraordinario por salto de instancia en autos Rizzo, Jorge Gabriel s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3039/13), pronunciamiento del 13/06/2013, LA LEY 2013-C , 628, cit. Allí se dispuso al abreviación del plazo y la habilitación de días, exponiendo: "Que las razones de urgencia que hacen procedente la vía intentada, igualmente justifican que este Tribunal proceda a abreviar el plazo previsto para dar cumplimiento con el traslado legalmente contemplado, así como habilitar días y horas para todas las actuaciones a que dé lugar la tramitación de los recursos."

estimare necesario a requerir como medida para mejor proveer, la remisión del expediente en forma urgente[53].

Cabe observar, que en el trámite del recurso extraordinario reglado por el art. 257 del CPCN, la vista fiscal al Procurador General y Procuradores Fiscales ante la CSJN o al Defensor General se impone en los términos de la ley 24.946 - Ministerio Público - (arts. 33, incs. a y b, 35, 51, inc. a y 53, inc. a) y puede conferirse en procesos penales, cuestiones de orden público, cuestiones de competencia, amparos, hábeas corpus, hábeas data, o cuando el Alto Tribunal lo estime pertinente.

Cuando las peculiaridades del proceso muestren la necesidad de la intervención previa del ministerio público, —Procurador General de la Nación y Procuradores Fiscales ante la Corte—, en el proveído inicial o en la oportunidad que lo estime pertinente la CSJN puede disponer la remisión de las actuaciones a dichos funcionarios.

En la generalidad de los supuestos, esa vista fiscal es facultativa para la Corte, con excepción de los procesos penales, las cuestiones de orden público y los conflictos de competencia (art. 117, Ley No 3893), en que la misma es exigida por imperio de disposiciones específicas.

Las señaladas previsiones relacionadas con la vista fiscal podrían observarse también en el recurso por salto de instancia.

Además podría resultar pertinente la participación de *amicus curiae* o amigos del tribunal.

El *amicus curiae* es una regulación jurídica admitida en el régimen de la Corte Suprema estadounidense y determinados tribunales internacionales[54], mediante la cual se admite la intervención en un juicio determinado, de personas y entidades en calidad de terceros imparciales, que a través de informes y colaboraciones, cooperan con la labor del tribunal en cuestiones técnicas, científicas o especializadas, con la finalidad de contribuir al dictado de la mejor decisión o una eficaz administración de justicia.

---

[53] Idem. La CSJN declaró la admisibilidad de los recursos extraordinarios por salto de instancia, con efecto suspensivo con respecto únicamente a las sentencias recurridas, invocando el art. 257 ter, 3° párrafo, del Código citado. Ordenó el traslado a las actoras por el plazo de cuarenta y ocho horas y su notificación en los respectivos domicilios constituidos. Disponiendo también la intervención de la Procuradora General de la Nación por igual plazo de cuarenta y ocho horas. Ordenó además la remisión de los autos principales en el mismo día.

[54] Véase las Reglas de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica y el art. 25 ap. 1° del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros.

Mediante la Acordada 7/13, la CSJN dejó sin efecto las anteriores Acordadas 28/04, del 14/7/2004[55], considerando la necesidad de otorgar mayor intervención a los actores sociales, para enriquecer el debate constitucional y fortalecer la legitimación de las decisiones jurisdiccionales dictadas por la CSJN en asuntos de trascendencia institucional.

Este instrumento introdujo un nuevo reglamento para admitir la presentación de personas físicas o jurídicas que no fueran parte en el proceso, alcanzando a los entes estatales nacionales, provinciales, locales y municipales, fijando las pautas de su intervención, como asimismo la intervención de la Procuración General de la Nación.

El reglamento establece que la actuación de los *amicus curiae* podrá realizarse en procesos que fueren de competencia originaria y apelada, los que se desempeñarán de conformidad a dicho marco.

De allí se deriva la posibilidad de la participación de *amicus curiae* en el recurso por salto de instancia.

Con relación a la posibilidad de convocarse a audiencias públicos en el marco de dicho recurso, reviste importancia recordar que por Acordada 30/07, 15/11/2007, la CSJN, en el marco de los arts. 18 de la ley 48 y 36 del CPCN, estableció la pertinencia de celebrar audiencias públicas, a los fines de asegurar la participación ciudadana y "la difusión pública del modo en que esta Corte conoce de los asuntos en que, con carácter primordial, ha de ejercer la jurisdicción más eminente que le confiere la Constitución Nacional, permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal.

La convocatoria requiere del concurso u opinión de al menos tres jueces y son de tres tipos: informativa, conciliatoria y ordenatoria relativa a la tramitación de la causa. Según la Acordada 30/07 en el acto de convocatoria deberá especificarse la finalidad de la audiencia.

Las señaladas incidencias – vista fiscal, concurso *amicus curiae*, audiencias públicas – pueden válidamente suscitarse durante la tramitación del recurso de salto de instancia con posterioridad a la resolución de la CSJN que decide la admisibilidad formal.

[55] Fallos: 327:2997. La mayoría estuvo integrada con el voto de los Dres. Petracchi, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco

Culminada la etapa de trámite, corresponde que se proceda al dictado del pronunciamiento final, y aquí deviene una cuestión central a dilucidar, cual es la relativa a la forma y contenido que deberá observar el pronunciamiento a dictarse.

Ello teniendo en consideración lo señalado por el art. 16 de la ley 48 que expresa: *"En los recursos de que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado, y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo, y aun podrá ordenar la ejecución especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón."* Mientras que el art. 281 del CPCN dispone: *"Las sentencias de la Corte Suprema se redactarán en forma impersonal, sin perjuicio de que los jueces disidentes con la opinión de la mayoría, emitan su voto por separado. El original de la sentencia se agregará al expediente y una copia de ella, autorizada por el secretario, será incorporada al libro respectivo"*.

En la referida causa "Estado Nacional s/ interpone recurso extraordinario por salto de instancia en autos Rizzo, Jorge Gabriel s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3039/13) del 13/06/2013", la CSJN luego admitir el formalmente el recurso de salto de instancia y de ordenar su trámite – como quedó visto – decidió declarar la inconstitucionalidad de varios artículos de la ley 26.855, normativa que se había modificado la integración del Consejo de la Magistratura y determinado la elección directa por sufragio universal de los representantes de jueces, abogados, académicos y científicos.

Esa decisión verifica que la CSJN ingresó a la cuestión sustancial y la resolvió. Pero bien puede suceder, que con arreglo a lo establecido por el art. 16 de la ley 48, establezca la doctrina judicial sobre el punto en disputa y reenvíe la causa a otro tribunal, distinto al de origen, para que resuelva la contienda en forma congruente.

Esta solución que –en principio – no presentaría demasiados inconvenientes, cuando se tratare de recursos por salto de instancia articulados en contra de sentencias definitivas, podría suscitar serias complicaciones en casos donde lo cuestionado, fueran resoluciones interlocutorias equiparadas a definitiva o vinculadas con medidas cautelares.

Ello por cuanto, en el supuesto de disponerse el reenvío, debería radicarse la causa en un tribunal diferente al de origen, con lo cual, podría alterarse el principio constitucional del juez natural (art. 18 C.N.).

Salvo claro está, que por la índole o naturaleza del asunto, la CSJN considere que puede seguir actuando el tribunal inicial en mérito a no advertirse en la interlocutoria, un adelanto de opinión referido al punto sustantivo de la controversia.

IV. 2020. Admisibilidad de *per saltum* y su relación con la independencia judicial

Las resoluciones atinentes al per saltum promovido por los jueces Bertuzzi, Bruglia y Castelli adoptadas por la CSJN el 29 de setiembre de 2020[56], suscitan reflexiones en torno al axioma de independencia judicial del que derivan postulados de imparcialidad e inamovilidad de los jueces, entre otros (art. 110 de la C.N.)[57].

Sólo en tres asuntos desde la sanción de la ley 26.790 (2012), la Corte Suprema se pronunció por la admisibilidad de la vía excepcional de per saltum. El primero fue el citado caso "Rizzo, Jorge Gabriel"[58].

En los asuntos de los jueces Bertuzzi, Bruglia y Castelli, la CSJN declaró admisible y decidió la apertura del procedimiento de per saltum (salto de instancia) reglado por los art. 257 bis y siguientes del CPCN, como vía procesal excepcionalísima y restringida, disponiendo un traslado a las partes y oportunamente al Procurador General de la Nación por un breve plazo (48 hs.)[59].

La medida impugnada en primera instancia fue la Resolución 183/2020 del Plenario del Consejo de la Magistratura de la Nación donde se resolvió declarar que, en los traslados de los nombrados, no se había completado el procedimiento del art. 99 inc. 4 de la Constitución Nacional, ni la jurisprudencia de la CSJN ni las acordadas 4/2018 y 7/2018.

En efecto, el Plenario del CMN en la Resolución 183/20, aprobada por una mayoría de siete (7) votos contra seis (6), encomendó al Poder Ejecutivo Nacional y al Senado de la

---

[56] Disponibles, online, http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscar.html#. Consulta: 30/9/20. Las resoluciones se adoptaron por voto unánime de los cinco Ministros, Dres. Elena I. Higthon de Nolasco, Ricardo Luis Lorenzetti, Horacio Rosatti, Juan Carlos Maqueda, con el voto concurrente del Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz.

[57] PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., El per saltum y la independencia de los jueces, Publicado en: LA LEY 13/10/2020, 13/10/2020, 1. Cita Online: AR/DOC/3358/2020

[58] CSJN Fallos: 336:668, cit.

[59] La magistrada de primera instancia rechazó la pretensión de los actores y consideró que la resolución del amparo tornaba inoficioso el pronunciamiento acerca de la medida cautelar solicitada por los actores en miras a que se suspendieran los efectos del artículo 1° de la resolución atacada. Peticionaron además los demandantes que se ordenara al Poder Ejecutivo y al Senado de la Nación que se abstuviera de realizar a su respecto el procedimiento establecido en el artículo 99, inc. 40 de la C.N., lo que también fue desestimado en la instancia a-quo.

Nación, la revisión de los nombramientos efectuados por los decretos 278/2018 y 835/2018, a través de los cuales se designó a los Dres. Bertuzzi y Brugia en el cargo de jueces de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal[60].

En el caso del Dr. Castelli, la citada resolución 183/2020 resolvió declarar la revisión de su traslado desde el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 3 de San Martín al Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 7 de la C.A.B.A, en que se desempeñaba efectivamente[61].

La CSJN a la par de admitir el per saltum comunicó al Consejo de la Magistratura que, hasta que se pronuncie o exista resolución definitiva, debía abstenerse de llevar adelante actos de ejecución de la mencionada resolución.

La cuestión deducida en los señalados procesos por salto de instancia debido a su delicada trascendencia fue calificada como "gravedad institucional" (voto de la mayoría) y "gravedad institucional inusitada" (voto del Dr. Rosenkrantz).

Tan importantes discernimientos, responden a haberse considerado la alteración de circunstancias originarias en la situación de los magistrados, o que ello podría suceder, a la luz de acontecimientos sobrevinientes que implicaban decisiones concretas en torno la inmediata ejecución de las medidas impugnadas, con el riesgo cierto de tornar ilusorio el derecho de los jueces privándolos de acceso efectivo a justicia[62].

Con fundamento en que las sentencias de la Corte deben ajustarse a las circunstancias existentes en el momento en que se dictan, aunque hayan sobrevenido a la interposición del recurso respectivo, se posibilitó la apertura del per saltum como único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, a fin de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior.

---

[60] La Resolución 183/29 del CMN, establece en el art. 1°: "El Poder Ejecutivo de la Nación no ha completado el procedimiento constitucional previsto en el artículo 99 inciso 4 de la Constitución Nacional conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia así como de las Acordadas 4/18 y 7/18. Conforme a lo expuesto, comunicar al Poder Ejecutivo de la Nación los términos de la presente resolución y remitir los antecedentes vinculados a los traslados referidos".

[61] Nótese que este caso se trata de un traslado en igual cargo, categoría y competencia funcional.

[62] Cabe aclarar que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, completó el 29 de septiembre de 2020 su integración para resolver la apelación en los recursos de amparo interpuestos por los jueces Pablo Bertuzzi, Leopoldo Bruglia y Germán Castelli. Resultó sorteada la Dra. Clara Do Pico de la Sala I de la indicada Cámara. La referida integración se requirió por cuanto los integrantes de la Sala V, Dres. Jorge Alemany y Guillermo Treacy se encontraban en disidencia. Además el Consejo de la Magistratura de la Nación había adoptado medidas al respecto.

En el voto concurrente, el Dr. Rosenkrantz agregó que la cuestión no se reduce a verificar si únicamente un determinado traslado de jueces resultaba constitucionalmente válido o no, pues "versa acerca de la validez constitucional de la revisión retroactiva de un mecanismo por el cual un importante número de jueces, quienes cuentan con acuerdo del Senado, han sido designados en diversos tribunales del Poder Judicial de la Nación y en los cuales han venido desempeñando sus funciones durante diversos períodos de tiempo, en algunos casos muy prolongados; por lo que es una causa en la que podría estar en juego la inamovilidad de los jueces nacionales, es decir, el derecho a permanecer en sus empleos mientras dure su buena conducta (art. 110 de la Constitución)."

Aseveró el Ministro que en la decisión en estudio, "se encuentra comprometida una institución básica del sistema republicano, cual es, la independencia del Poder Judicial que el art. 110 de la Constitución Nacional busca asegurar no solo en favor de los magistrados sino, fundamentalmente, en beneficio de la totalidad de los habitantes de la Nación[63]."

El proceso constitucional de integración de tribunales federales, situación de jueces, designación, traslado y todo lo concerniente a su desempeño es una cuestión federal que provoca la competencia especial, por hallarse implicadas la validez, constitucionalidad e interpretación de normas federales en términos reglados por el art. 14 y sus incisos de la ley 48.

Estas cuestiones pertenecen a los procedimientos constitucionales de ordenamiento del Poder Judicial y sus integrantes, que inspirados en móviles superiores de elevada política institucional, requieren "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 prohibición de que los habitantes de la Nación puedan ser juzgados por comisiones especiales o sacados de los jueces legítimamente nombrados (art. 18 de la Constitución Nacional)[64]."

---

[63] Autos: "Bertuzzi, Pablo Daniel y otro c/ EN - PJN y otro s/ amparo ley 16.986", voto del Dr. Rosenkrantz, cons. 5°. Agregó el Ministro: "Es admisible el recurso extraordinario por salto de instancia articulado toda vez que resulta indudable que la intervención inmediata de la Corte es el único remedio eficaz para evitar tanto el daño individual sobre los derechos de los actores como, principalmente, el daño a las instituciones de la República, en tanto si, como se denuncia, estuviéramos en presencia de acciones de poderes públicos llevadas a cabo en contra de la Constitución, su prolongación en el tiempo causará una lesión en los derechos individuales de los jueces afectados cuya completa reparación futura, de no intervenirse prontamente, resulta -por lo menos- incierta y en lo que respecta al interés general, el daño a las instituciones básicas de la República resulta siempre irreparable." (cons. 6°)

[64] Ibidem, cons. 6°, voto de la mayoría.

Ello dio fundamento a la señalada calificación de “gravedad institucional” en el voto de la mayoría con el aditamento de “inusitada” en el del Dr. Rosenkrantz, en mérito a que el planteo constitucional excede el mero interés de las partes y del proceso en particular, pues atañe al de la comunidad al estar comprometida la interpretación constitucional de los traslados de jueces federales.

La indemnidad institucional de la independencia judicial se relaciona directamente con el derecho del juez de permanecer en su cargo como consecuencia de la protección de inamovilidad en el cargo.

V. Conclusión

La ley 26.970 vino a llenar el vacío legal que había sido considerado el móvil determinante, para que la CSJN negara la posibilidad de habilitar el *per saltum* en su jurisprudencia posterior a los comentados casos "Dromi" y "Alonso", en donde lo admitió.

Las figuras de gravedad institucional y trascendencia, inicialmente provenientes de la doctrina judicial, han quedado incorporadas a la plataforma legal del recurso extraordinario por salto de instancia, siendo admisible de allí, su derivación al régimen general de dicho remedio federal instaurado por el art. 14 de la ley 48.

En adelante, resta adecuar la Acordada 4/07 a los fines de dotar certeza y claridad a las exigencias referidas a la articulación de esta forma especial de recurso extraordinario. Además se revela conveniente ajustar aspectos precisos y particulares de su trámite y resolución, conforme se señalara *supra*.

Los rechazos *liminares* constatados en los primeros casos que llegaron a la CSJN por salto de instancia demuestran la necesidad de cubrir esa tarea pendiente.

Anexo 20

Título: La doctrina del precedente en los procesos colectivos
Autor: Palacio de Caeiro, Silvia B.
Publicado en: LA LEY 12/11/2018, 12/11/2018, 1 - LA LEY2018-F, 585 - RCyS2019-III, 163
Cita Online: AR/DOC/2360/2018

Sumario: I. Introducción.— II. El valor del precedente "Halabi" y sus sucedáneos.— III. Las reglamentaciones de la Corte Suprema en la denominada "función nomogenética".— IV. Conclusión.

(*)

I. Introducción

La cuestión relativa a la doctrina o método del precedente en los procesos colectivos conduce a indagar la inserción jurídica del caso "Halabi" y otros pronunciamientos notables de la Corte Suprema (CS), cuya fuerza vinculante se muestra innegable.

El tema ha ocupado atención en anteriores obras donde se ha examinado la interesante problemática que suscita en el régimen argentino la doctrina del precedente, en orden a la diferenciación entre los sistemas continental del civil law y anglo-americano del common law (1).

Con relación a las desigualdades entre ambos sistemas la tradición jurídica argentina, construida sobre la base del derecho romano, con arraigo en el derecho español y en el francés, adscribe al postulado de legalidad —la ley constituye la fuente del derecho por excelencia—. El derecho procesal nacional, provincial y autonómico, en su raigambre, siguió influencias de leyes de enjuiciamiento civil españolas.

No obstante, el derecho federal norteamericano fue la base del derecho constitucional argentino, pues la Constitución de 1953 responde en gran medida a sus cánones; asimismo lo hacen las primeras legislaciones nacionales reglamentarias de cláusulas constitucionales. Ejemplo de ello, es la ley 48 (1863) regulatoria del recurso extraordinario federal, modalidad impugnativa adoptada en función de su similar existente en el sistema americano, Judiciary Act 24/11/1789, con el objeto específico de asegurar la supremacía constitucional garantizada por los arts. 31 y las facultades judiciales de los actuales arts. 116 y 117 de la CN.

La competencia originaria de la CS y la competencia federal de los tribunales inferiores, poseen notoria semejanza con el régimen norteamericano, aunque la evolución permite verificar notas vernáculas que los distinguen.

El sistema clásico argentino basado en la ley como génesis principal del derecho interno, en términos del principio de legalidad del art. 19 de la CN —nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe—, se halla en directa consonancia con el art. 18, que impide que nadie pueda ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

Cabe detenerse brevemente aquí e interrogar a la luz del tal postulado, cómo entroncan dentro de un sistema legalista precedentes de la índole de "Siri", "Kot" y "Halabi" por citar algunos principales, que han consagrado parámetros jurisprudenciales observados y seguidos por los magistrados prácticamente sin discusión. En tales supuestos, aún sin leyes regulatorias, la jurisprudencia acudiendo a otras fuentes del derecho, ha impuesto cánones de observancia e imposición asemejados a normas vigentes.

El principio de legalidad acuñado en el art. 19 de la CN operó notorias atenuaciones, reflejadas principalmente en ámbitos de la magistratura constitucional estudiada por las ramas constitucional y procesal constitucional, si se consideran los indicados fallos que dieron origen a la acción de amparo individual "Siri" (1957) y "Kot" (1958), más tarde regulada por leyes nacionales (16.986), provinciales y/o locales, culminando su consagración con el art. 43 de la CN de 1994, que también confirió jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22).

El art. 43 de la CN es una disposición que responde al compromiso contraído por Argentina al suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH— (2), cuyos arts. 8º y 25 otorgan derecho al amparo y protección judicial de los derechos humanos, estableciendo estándares mínimos para los Estados Partes de la Convención, y obligaciones, responsabilidad y compromiso internacional.

La evolución del derecho argentino permite apreciar variaciones en el postulado de legalidad desde la perspectiva actual del Código Civil y Comercial de la Nación, que adscribiendo al fenómeno de "constitucionalización del derecho privado", presenta proyecciones en todas las ramas del derecho argentino tanto en sus vertientes jurídicas públicas y privadas y en planos nacional, provincial, autonómico de la Ciudad de Buenos Aires - CABA - y municipal (3).

El cuerpo sustantivo incluye en su radio ámbitos normativos superiores, al expresar el art. 1º: "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución

Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho", y en el art. 2º. "Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

Los citados artículos preliminares se hallan en directa relación con el art. 75, inc. 22 de la CN que establece la jerarquía constitucional y superior a las leyes de los tratados internacionales de derechos humanos, en las condiciones de vigencia e institucionalización que la norma proclama y derivan necesariamente para la aplicación de los instrumentos supranacionales al método de control de convencionalidad, acuñado conceptualmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Almonacid Arellano" (4).

La aplicación de los preceptos introductorios del Código Civil y Comercial en los procesos judiciales, en ámbitos administrativos y particulares, lleva necesariamente a realizar el control de convencionalidad cómo método útil para establecer el sentido y alcance de la norma interna conforme a contenidos derivados de la norma internacional.

Asimismo, complementa la operación intelectual de control de constitucionalidad de normas, actos públicos y particulares, desde que ambos fenómenos se revelan adjuntos para establecer la validez constitucional y normativa de disposiciones y acciones.

Este movimiento abarcativo de estratos jurídicos superiores para resolver los casos, en términos expresos del Cód. Civ. y Com., permite considerar una mayor fuerza de la doctrina del precedente con gravitación vertical, impactada desde las sentencias de los tribunales superiores, en especial, las provenientes de la CS en su magistratura constitucional hacia decisiones de los tribunales inferiores nacionales, autonómicos y provinciales (5).

La temática conduce a reconocer las fuentes jurisprudenciales que dan sustento a la doctrina del precedente en Argentina, que destacados tratadistas (Bidart Campos, Sagüés, Bianchi, Gelli, entre muchos otros) enlazan con el sistema de stare decisis del common law, distinguiendo la situación del seguimiento de la cuestión principal decidida (holding o ratio decidendum), de las demás razones que pueden nutrir un fallo emitidas dentro de consideraciones a mayor abundamiento para fundamentar con más extensión la actividad decisoria (obiter dictum) (6).

Tanto en la primera de las hipótesis —holding— como en la segunda —obiter dictum —, puede gravitar la fuerza vinculante del antecedente, siempre que se presenten las condiciones de analogía, identidad o sustancial semejanza entre las cuestiones fácticas y/o jurídicas implicadas, idóneas para relacionar el precedente con la sentencia posterior dictada por el mismo tribunal superior que lo generó (fuerza horizontal), cuanto por un órgano jurisdiccional inferior en su labor de seguimiento (fuerza vertical).

Desde la doctrina se alude a los beneficios del seguimiento condicionado, invocándose razones de igualdad ante la ley, seguridad y certidumbre jurídica, estabilidad, previsibilidad, respuesta a las necesidades de la comunidad, asentadas en principios de igualdad ante la ley, democracia constitucional y sentido social.

Se ponderan como desventajas la rigidez de los cánones de la jurisprudencia y sus distorsiones en la aplicación del precedente, debido a un ejercicio rutinario que puede motivarse en el volumen y complejidad de los casos (7).

A partir de advertir que la actividad de control de constitucionalidad difuso en Argentina, llevado a cabo por tribunales federales, nacionales, provinciales y autonómicos, favorece la ausencia de uniformidad de las decisiones judiciales inferiores, se propone la obligatoriedad de los fallos de la CS dictados por la vía del recurso extraordinario federal en temas de derechos federal y común, excluyéndose solo los de carácter local o autonómico, excepto que regulen en forma similar cuestiones análogas y que el método del precedente pueda ser aconsejable y aplicable (8).

La fuerza vinculante del precedente halla su base en los criterios judiciales provenientes de la CS, que enarbola las doctrinas del leal acatamiento y del seguimiento condicionado, asentando bases en trascendentes fundamentos: a) el deber moral de los jueces, para Sagüés debiera aludirse al deber jurídico (9); b) la autoridad institucional de los precedentes de la Corte.

Hace más de treinta años, en 1985, la CS en "Cerámica San Lorenzo" (10), estableció: "No obstante que la Corte Suprema solo 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 aquellas (...) 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, especialmente en supuestos en los que dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante" (11).

Se encuentra allí el postulado relativo al seguimiento condicionado, que consiste en el deber u obligación jurídica de los magistrados de concordar sus decisiones con lo establecido por la CS para casos análogos (12), salvo que nuevas razones o fundamentos conduzcan a excepcionar dicho criterio (13).

La uniformidad de la jurisprudencia resalta el valor, proyección, unificación de los precedentes reiterados de la CS y su seguimiento por los tribunales inferiores, pero no impide la excepcionalidad de su cambio o mutación cuando las decisiones anteriores se revelan equivocadas, admitiéndose el apartamiento de posturas sostenidas en antecedentes hacia nuevos criterios o teorías que se adviertan más adecuadas, pertinentes o justas. Ello puede ser realizado de modo explícito, explicándose las razones de tal cambio, o implícitamente mediante un diferente análisis y formulación de una nueva solución para una cuestión semejante (14).

Demostración de ello, es lo ocurrido en los casos "Fayt" (1999) (15) y "Schiffrin" (2017) (16), mediante el cambio de criterio explícito respecto a la validez constitucional del inc. 4º del art. 99 de la CN, introducido en la Reforma de 1994, en lo relativo al límite de edad para la duración del cargo de magistrado judicial (17).

Esta situación en el régimen del common law es conocida bajo la denominación de overruling, y está destinada a evitar que una adhesión demasiado rígida del precedente pueda conducir a soluciones injustas (18).

Los cambios de jurisprudencia deben ser explícitos, justificados y efectuarse con prevenciones, referidas por ejemplo al lapso a partir del cual el cambio del precedente es de obligatorio seguimiento (caso "Tellez", imposición de las costas del juicio (19); "Schiffrin", validez de las actuaciones cumplidas por el actor hasta la publicidad del pronunciamiento de la CS, etc.), a fin de evitar situaciones injustas o arbitrarias que las partes no pudieron prever con anterioridad al dictado del pronunciamiento modificatorio.

La fuerza obligatoria horizontal del precedente que impone, en principio, el seguimiento por la CS de su jurisprudencia anterior respecto a una idéntica o semejante cuestión puede considerarse reglada a través de la ac. 4/2007 (CS 16/03/2007), cuyo art. 2º exige que en la carátula que debe preceder a la fundamentación del recurso extraordinario federal, se consigne como dato exigido, la mención clara de los precedentes de la Corte, si los hubiere.

Esto revela que la cita del precedente es requerida como extremo para la intervención y resolución del caso, debido a la virtualidad que el propio Tribunal le confiere para el desarrollo de la fundamentación autónoma del remedio donde se exponen los agravios federales. La cita del precedente equiparada a la invocación de las normas aquilata su validez para la actividad decisoria.

II. El valor del precedente "Halabi" y sus sucedáneos

El sucinto cuadro expuesto en el punto anterior conduce a analizar el precedente "Halabi" (24/02/2009) (20), donde la CS interpretando el art. 43 de la CN, operativiza, precisa, delimita y conceptualiza los derechos de incidencia colectiva.

El segundo párrafo de la cláusula dice: "...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...". La cláusula solo hace referencia a derechos de incidencia colectiva sin que se derive de allí ninguna otra distinción, que luego —se verá— fue producto de la jurisprudencia.

Las protecciones de dicho párrafo se hallan en estrecha relación con disposiciones constitucionales y legales: art. 41 (medio ambiente, LGA 25.675), art. 42 (usuarios y consumidores, ley 24.240 y modificatorias), defensa de la competencia (ley 25.156 y modificatorias) y normas concordantes del Cód. Civ. y Com. También con derechos institucionales y electorales que asisten a los habitantes (arts. 36 a 39, CN).

A partir de la expresión amplia contenida en la norma constitucional y su textura amplia o abierta, la doctrina judicial construyó, discriminó y diferenció las nociones de derechos individuales puros, derechos y bienes de incidencia colectiva y derechos o intereses individuales homogéneos, fijándose reglas para el futuro.

Cada una de estas categorías poseen distintas características, conforme se puntualiza en "Halabi": i. derechos individuales ejercidos por el afectado; ii. derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, que no resultan divisibles; iii. derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, que, si bien resultan divisibles, razones sustentadas en facilitar el acceso a la justicia tornan pertinente la pretensión colectiva.

Esas discriminaciones se asientan en las distinciones realizadas por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado el 28/10/2004 en Caracas y la Regla 23 de EE.UU. (1938 y modificaciones posteriores), preceptivas de notable influencia.

La invocación y aplicación en forma analógica de ambas regulaciones, demuestra la aceptación de la amplitud de fuentes a la que la magistratura constitucional acude para resolver casos no reglados, asimismo, la eficacia y utilidad de los diálogos planteados entre regímenes nacionales y externos.

Admite la jurisprudencia de la CS la invocación de ellos y de los denominados intérpretes externos (doctrina, jurisprudencia extranjera, etc.), como fuentes idóneas para complementar o completar nociones jurídicas, cuyo desarrollo legal o normativo no se ha alcanzado integralmente en ámbitos del derecho doméstico.

Esto se corrobora en "Halabi", ya que, desde las indicadas regulaciones supranacionales, se derivaron para el plano argentino los "procesos colectivos" o "acciones de clases" (21), haciéndose visibles y viables también otros procesos de índole transindividual, que no tramitan indefectiblemente por vía de la acción de amparo, sino que pueden ventilarse mediante las vías ordinarias adjetivas existentes en cada jurisdicción, aunque con las modalidades propias que aquellos exigen.

El contexto de procesos supraindividuales, inicialmente previsto dentro de las acciones de amparo fue derivándose hacia acciones colectivas que se encuentran en consonancia con el mandato constitucional en asuntos relacionados con el consumidor (22), usuarios, medio ambiente (23), patrimonio cultural, etc.

Las acciones colectivas también proceden cuando, pese a tratarse de derechos individuales, existe un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados (24), clasificación que la jurisprudencia —no la ley— denomina derechos individuales homogéneos, debido a una causa fáctica o jurídica común que los caracteriza.

A la par del patrón tuitivo de los derechos superiores del individuo y la comunidad, el segundo párrafo del art. 43 posee un detalle de neto corte procesal, siendo novedoso y original dentro del contexto constitucional, al establecer pautas procesales referidas a quienes debe considerarse legitimados activos para interponer acciones de amparo colectivas. Se hace hincapié, una vez más, que la preceptiva constitucional solo referida a acciones de amparo, resultó por el derecho judicial extendida a otros procesos colectivos.

El reconocimiento de la legitimación activa en procesos colectivos suscitados en función de los arts. 43 de la CN, 14 (25), 240 (26), 241 (27) del Cód. Civ. y Com. de la Nación, la ley 24.240 de Defensa al Consumidor y modificatorias, la ley 25.675 de Política Ambiental Nacional y demás normativa vigente, implican obligaciones preliminares para el tribunal actuante de reconocer el perfil de quien invoca la representación de la clase, e impone la certificación del colectivo precisando los términos en función de los cuales se reclama para determinar su real presencia conforme al objeto perseguido. Todo ello previo a conferir traslado de la demanda o sustanciar la acción deducida.

El asunto relacionado con el reconocimiento de la legitimación activa del individuo, de las asociaciones de usuarios, consumidores, ambientales, etc., es un tema crucial para la promoción y admisión del proceso colectivo, conforme lo ha señalado al CS en reiteradas oportunidades (28): "Halabi", "Padec c. Swiss Medical SA" (29), "Unión de Usuarios y Consumidores c. Telefónica Comunicaciones Personales SA", "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c. La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA" (30), "Consumidores Libres c. AMX Argentina (Claro) si proceso de conocimiento", 09/12/2015 (31), "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo" (18/08/2016) (32).

La legitimación activa en amparos y procesos colectivos es uno de los aspectos que mayor problemática ha significado para la doctrina, jurisprudencia constitucional y procesal, siendo atendida con mucha atención en "Halabi" que proporcionó criterios judiciales que clarificaron en gran medida la cuestión (33).

Esto puede apreciarse en los múltiples casos en que se desconoció la legitimación activa de los accionantes por ausencia de las condiciones necesarias para tener configurada la representación colectiva alegada (34), como sucedió en "Abarca, Walter J. y otros c. Estado Nacional s/ amparo" (06/09/3016 - asunto: tarifas eléctricas), "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Loma Negra" (10/02/2015 - asunto: precio del portland), entre otros pronunciamientos.

En "Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses SA y otros s/ amparo" (02/12/2014, asunto: agua potable y contaminación) (35), se advirtió que los jueces de la causa no aplicaron las reglas del proceso colectivo previsto en el art. 43 de la CN, cuyas características principales y modalidades fueron enunciadas en el caso "Halabi" y mantenidas en otros decisorios (36). Tampoco se observó la ac. 32/2014. Por ello, la Corte recordó

que los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas, a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (doctrina de CS, Fallos: 327:2127 y 2413; 332:1394, entre otros).

Para actuales integrantes que conforman la CS, la significación de "Halabi" mantiene fuerza de precedente vinculante, según se reconoce en "Unión de Usuarios y Consumidores c. Peugeot Citroën SA s/ ordinario", 26/09/2017.

Ahí señaló, que lo resuelto por el tribunal inferior, "dista de ser el resultado de una adecuada ponderación de los recaudos para hacer viable una acción colectiva en los términos de la doctrina sentada por esta Corte en el precedente "Halabi", tantas veces aludida por la cámara. En efecto, lejos de (...) examinar la legitimación de la actora para representar al colectivo que esta describió y que había sido cuestionada por la apelante, la alzada argumentó sobre la base de un innegable dogmatismo. (...) las afirmaciones implican una palmaria contradicción con la doctrina de esta Corte que el a quo incongruentemente dijo aplicar. Esto es así, puesto que no se advierte que las singularidades propias de las "diversas contrataciones" efectuadas por "distintas personas", las que a su vez podrían tener "diferentes características según la naturaleza del sujeto (persona física o jurídica)", además de "las características y destino del vehículo, el canal de comercialización a través del cual fue adquirido el automotor y, en definitiva, las prestaciones convenidas entre las partes celebrantes de la compraventa" sean refractarias —sin más— al rasgo de homogeneidad fáctica y normativa que habilita la vía intentada".

La CS advirtió que el tribunal inferior había aplicado un criterio judicial, sin considerar que este había sido dejado sin efecto en la sentencia recaída, refiriéndose a la causa "Consumidores Financieros Asociación Civil" (Fallos 337:762) entre otros, lo que desmentía la validez de consideraciones genéricas realizada. Tales motivaciones apuntan a puntualizar y anotar acerca del uso indebido, aparente y distorsionado del precedente.

En "Unión de Usuarios y Consumidores c. Peugeot Citroën SA", el Alto Tribunal federal valorando también otras razones que llevaban a descalificar el fallo de la Cámara, dispuso invalidarlo con arreglo a la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias (37).

La fuerza del caso "Halabi" se asemeja a la aplicación de la stare decisis en sus dos variantes vertical y horizontal ya que su valor es reconocido prácticamente sin fisuras por la jurisprudencia nacional, autonómica y local (38). La CS reclama su aplicación en casos de sustancial semejanza jurídica, cuando las reglas sentadas son desconocidas o las soluciones se apartan de ellas.

El persuasivo e imperativo decisorio que ha enmarcado los procesos colectivos y su tramitación, llevan a percibirlo como fuente idónea del derecho, generador de obligaciones de seguimiento.

III. Las reglamentaciones de la Corte Suprema en la denominada función nomogenética

La doctrina del precedente se conecta de modo estrecho con la actividad reglamentaria desarrollada por la CS en los años recientes, a la cual, la autorizada opinión de Sagüés (39) atribuye calidad y denominación de "función nomogenética", debido a que se establecen verdaderas normas procedimentales de carácter general y prescriben recaudos en orden a la interposición de escritos, registro y tramitación de las causas, modalidad de las actuaciones judiciales, etc.

Advierte Sagüés, "el amparo colectivo ha tenido un despliegue paulatinamente vigoroso, impulsado por circunstancias fácticas que justifican su desarrollo autónomo, entre otras razones para, valga la redundancia, dar soluciones colectivas a problemas colectivos. A ello se suma una doctrina especializada que en general lo auspicia y, naturalmente, una explicable actividad abogadil que plantea pretensiones innovadoras en tutela de grupos humanos exigentes en sus reclamos tribunalicios. Todo este panorama ha conducido a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación actuara desempeñando materialmente, y en una apreciable medida, el papel de legislador suplente y precario, con todas las virtudes y dificultades que puede provocar ese desempeño activista, que a menudo pasa de la interpretación a la sobre interpretación y bordea la no siempre clara frontera de la distinción, equilibrio y división de los poderes (40).

En esta variada función nomogénetica resaltan disposiciones reglamentarias del tenor de la ac. 4/2007, que regula las formas, modo de presentación de los escritos de recurso extraordinario federal y condiciones que deben cumplirse para tenerlo válidamente articulado, preceptuando la posibilidad de rechazo liminar por incumplimiento. Atribución que también pone en cabeza de los Superiores Tribunales locales.

En el marco de los procesos colectivos, la actividad reglamentaria de la CS incursionó en lo que puede considerarse una codificación de mayor alcance como lo demuestra el "Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos", instituido mediante la ac. 12/2016 (05/04/2016) que completó la ac. 32/2014 productora del Registro de Procesos Colectivos. El nuevo instrumento de 2016 lo completó y perfeccionó según se expresara en un trabajo anterior (41).

La ac. 12/2016 y su antecesora Ac.32/2014, referidas a la ordenación de los procesos colectivos, consisten

provisoriamente en reglas para la tramitación de estos, hasta tanto la actividad de los poderes legislativo y ejecutivo nacionales provean las regulaciones pertinentes (42).

El argumento destinado a evitar situaciones de gravedad institucional fue allí desplegado (43), considerándose además las condiciones negativas en la tramitación de causas de índole colectiva por la ausencia de certezas fundadas en legislación vigente, situación que se había hecho notar en precedentes anteriores (44).

El "Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos" prevé que la demanda cumplirá los extremos exigidos por el art. 330, Cód. Proc. Penal de la Nación y art. 6º de la ley 16.986, debiéndose acompañar la prueba documental. Además, en los casos de derechos colectivos o difusos se tendrá que precisar: a) el bien colectivo cuya tutela se persigue, y b) que la pretensión esté focalizada en la incidencia colectiva del derecho.

En los supuestos de procesos colectivos referentes a intereses individuales homogéneos, se urge a demostrar: a) la causa fáctica o normativa común que provoca la lesión a los derechos; b) que la pretensión está focalizada en los efectos comunes y c) la afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado.

No es nuestro propósito aquí transcribir todas las alternativas procesales previstas en ambas acordadas, sino poner énfasis en la recepción que se hace en ellas de los discernimientos provenientes de la doctrina judicial de "Halabi", seguida por "Padec c. Swiss Medical", "Kersich c. Aguas Bonaerenses" y la prolífica jurisprudencia de la CS entre la que puede citarse: "Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión SA"; "Unión de Usuarios y Consumidores c. Telefónica Comunicaciones Personales SA"; "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c. La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA"; "Consumidores Financieros Asoc. Civil c. Banco Itaú", etc.

La actividad nomogenética de la magistratura constitucional, se ha proyectado en la región autónoma de la CABA y en las diferentes provincias con la finalidad declarada de evitar el escándalo jurídico que podría representar el dictado de decisiones contradictorias en causas conexas o superpuestas y de lograr la economía procesal que mejor se ajuste a un adecuado servicio de justicia", según el criterio de "Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión SA"; de tal modo se han reglamentado y discriminado distintas categorías de procesos colectivos. Así lo han realizado, entre otras: CABA, Córdoba, Corrientes, Provincia de Buenos Aires, Santa Cruz, Salta, Tierra del Fuego.

Los reglamentos judiciales aluden a procesos colectivos de diversa índole: amparo colectivo; acciones colectivas de conocimiento que pueden tramitarse en su forma abreviada y/o sumarísima o conforme a modalidades de juicios ordinarios o declarativos; amparos ambientales; acciones declarativas, etc.

La magistratura de la CS ha encarado esta tarea reglamentaria, seguida por diferentes órganos judiciales o legislativos locales, a los fines de dar respuesta a la importante problemática que suponen los procesos colectivos en los tribunales del país (45).

IV. Conclusión

El despliegue del amparo colectivo constitucional del art. 43, la constitucionalización del derecho privado, la afirmación de los derechos colectivos en el Código Civil y Comercial, los derechos de tercera generación (usuario, consumidor, medio ambiente, etc.), son fenómenos para cuyo reconocimiento los procesos colectivos resultan vías idóneas.

Tales aspectos han suscitado notoria actividad judicial generando numerosos precedentes de la CS que demuestran poseer fuerza de stare decisis vertical y horizontal, en las condiciones explicadas.

A partir de "Halabi", se generó con fuerte impacto una inédita actividad reglamentaria judicial, forjada y continuada mediante discernimientos asentados no solo en la cláusula del art. 43, en los tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN y arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.) sino también en regulaciones e intérpretes externos (Regla 23 EE.UU., Código Iberoamericano para Procesos Colectivos y doctrina extranjera).

En los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión Redactora (46), específicamente se citó "Halabi" para fundamentar normativas concernientes a derechos colectivos, aunque luego dichas regulaciones no fueron aprobadas por el Parlamento nacional, considerándose que eran cuestiones procedimentales cuyo tratamiento excedía el plano sustantivo del régimen.

Considerando la antigüedad de "Cerámica San Lorenzo", la evolución jurídica del derecho judicial de los últimos años y la adhesión al caso "Halabi" en el régimen de los procesos colectivos, es posible aseverar que se encuentra superada la doctrina condicionada o atenuada explicitada en aquel.

Los tribunales argentinos, siguen en general y en forma pacífica, los discernimientos de "Halabi", por lo que en el mapa de los derechos colectivos es posible sostener un fuerte acercamiento al sistema de stare decisis del

common law. Para aquilatar el valor vinculante del precedente considerado viene a la memoria la frase de Alfredo Orgaz, que resalta la prevalencia de lo que se hace por sobre lo que se dice.

La indagación de la actividad judicial en los procesos colectivos demuestra la certeza de la afirmación y desvirtúa opiniones que han intentan disminuir o atenuar la fuerza del precedente.

En la Argentina se observa un sistema jurídico mixto o intermedio, caracterizado por el principio de legalidad del art. 19 de la CN, la supremacía de los tratados internacionales de derechos humanos, la fuerza vinculante del precedente pacífico y reiterado especialmente proveniente de la CS en magistratura constitucional, que proyectan la mixtura y razonable convivencia de postulados del civil law y common law.

(*) Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Jueza de la Cámara Civil y Comercial. Autora, coautora y directora de obras y artículos doctrinarios. Docente en maestrías, especializaciones y diplomaturas en universidades y escuelas de capacitación judicial.

(1) PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "Constitución Nacional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 1065 y ss. En la parte tercera de dicha obra, bajo el título "La jurisprudencia de la Corte Suprema: Su valor y proyección en el sistema jurídico argentino" se desarrollan los siguientes capítulos: "La jurisprudencia y su importancia en el derecho argentino"; "El activismo judicial y la inconstitucionalidad por omisión en la acción de amparo"; "Uniformidad y vinculatoriedad de los fallos de la Corte Suprema" y "La jurisprudencia en el proceso de complementación del derecho argentino".

(2) La Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Ricas— fue dictada el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por Argentina mediante ley 23.054 en 1984.

(3) PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "El Código Civil y Comercial de la Nación y el federalismo argentino", LA LEY 06/05/2015, 1; LA LEY 2015-C, 662, aquí se resaltó lo afirmado en el Anteproyecto de la Comisión Redactora de la reforma, según lo unánimemente aseverado por la doctrina específica.

(4) Corte IDH, Caso "Almonacid Arellano vs. Chile", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de Setiembre de 2006 (Serie C. Nº 154). Entre los numerosos artículos dedicados al control de convencionalidad y la jurisprudencia de la Corte IDH que lo desarrolla, puede consultarse SABSAY, Daniel A., "Control de Convencionalidad en la doctrina de la CS y en las sentencias de la Corte IDH"; SAGÜÉS, María Sofía, "El control de convencionalidad y control de constitucionalidad en el recurso extraordinario federal. Retroalimentación (la cuestión federal por potencial responsabilidad del Estado", ambos en Tratados de Derechos Humanos y su Influencia en el Derecho Argentino" (ob. col.), Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, caps. III y V, p. 177 y 213, respectivamente.

(5) Este movimiento suscita permanentemente interés en la doctrina. Véase SAGÜÉS, Néstor P., "La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema", LA LEY, 2008-E, 837; LEGARRE, Santiago, "Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2016, con comentario de GARAY, Alberto F., SJA 08/11/2017, 49, JA 2017-IV, 1157; SBDAR, Claudia B., "El valor del precedente en el derecho judicial argentino", LA LEY 11/10/2017, 1, LA LEY 2017-E, 1129; MOCOROA, Juan M., "La fuerza institucional de las decisiones de la Corte Suprema", LA LEY, 14 de junio de 2018; MOCOROA, Juan M., "La legitimación procesal de los legisladores. A propósito del caso 'Solá'", SJA 26/09/2018, 26/09/2018, 49; LÓPEZ, José I., "La legitimación de los legisladores nacionales para accionar judicialmente en defensa de atribuciones propias", RDA 2018-116, 04/04/2018, 326. Los dos últimos trabajos citados comentan la sentencia del caso CNFed. Cont. Adm., sala V, "Solá, Felipe C. c. Estado Nacional s/ amparo", Expte. CAF 81283/2016/CA1, del 23/11/2017.

(6) Debe reconocerse empero que la doctrina del precedente vinculante no es pacífica pues existen posiciones que la cuestionan por diferentes razones; así lo demuestran las posturas de GARAY, Alberto F., "La igualdad ante la ley", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1989, p. 93; LEGARRE, Santiago, "Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2016, cap. VII y ss.

(7) AMAYA, Jorge A., "La doctrina del precedente constitucional una propuesta institucional para el sistema argentino", https://www.pj.gov.py/ebook//monografias/extranjero/constitucional/Jorge-A-Amaya-Doctrina-precedente-constitucional.pdf.

(8) Ibidem.

(9) SAGÜÉS, Néstor P., "La vinculatoriedad de la doctrina de la Corte Suprema", LA LEY, 14/08/2008, 1.

(10) CS, Fallos: 307:1094.

(11) Especificó la CS, que resultaba "descalificable el pronunciamiento que, al aplicar el art. 19 de la ley

12.906, prescindió de considerar la inteligencia acordada a aquella norma por la Corte en un precedente en el cual el apelante sustentó la excepción de prescripción y que resultaba conducente para la solución de la causa".

(12) CS, Fallos: 322: 608 (1999), entre muchos otros.

(13) El Dr. Carlos S. Fayt, señaló en su voto: "Es descalificable el pronunciamiento que contradice abiertamente el fallo de la Corte en el cual el señor 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".

(14) BAISTROCCHI, Eduardo, "Cambios implícitos de jurisprudencia de la Corte Suprema: Efectos en el Estado de Derecho", LA LEY 07/10/2008, 1.

(15) CS, Fallos: 322:1616. Un ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación promovió acción meramente declarativa de certeza tendiente a obtener la invalidación de la modificación introducida por la Convención Constituyente de 1994 al art. 99, inc. 4º de la CN, en cuanto a la garantía de inamovilidad de los jueces —art. 110, Carta Magna—. En subsidio, pidió que se declare que tal precepto —y la cláusula transitoria undécima— no lo afecta por haberse efectuado su designación bajo el régimen constitucional anterior. La Cámara de Apelaciones, modificando el pronunciamiento de primera instancia, formuló esta última declaración. Concedido el recurso extraordinario deducido por la representación del Estado nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la decisión de cámara, hizo lugar a la demanda y declaró la nulidad de la cláusula constitucional impugnada.

(16) CS, "Schiffrin, Leopoldo H. c. Estado Nacional - acción declarativa", 28/03/2017, LA LEY 2017-B, 283. Un juez impugnó la reforma del art. 99, inc. 4º de la CN que impone un límite de edad de 75 años para el ejercicio del cargo. En primera instancia fue declarada la nulidad e inaplicabilidad del texto constitucional conforme lo sostenido por la Corte Suprema en el precedente "Fayt". El Estado Nacional interpuso recurso extraordinario. La Corte Suprema revocó por mayoría la sentencia apelada y rechazó la demanda. La disidencia del Dr. Carlos F. Rosenkrantz mantuvo el criterio sustentado en "Fayt", considerando que el texto de la Ley de Reforma Constitucional (ley 24.309) no habilitó a la Convención para reducir la duración del mandato de los jueces fijando un plazo diferente al que estaba regulado por el art. 96 de la CN. Resaltó los inconvenientes de considerar que la Convención puede regular cuestiones que antes no estaban contempladas por el artículo cuya reforma es habilitada, concluyendo que el precedente "Fayt" se ajustó al texto de la Constitución por lo que debía ser reafirmado.

(17) Art. 99, "El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: ... Inc. 4º. 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 sobre la base de 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".

(18) LEGARRE, Santiago - RIVERA (h), Julio C., "Naturaleza y dimensiones del stare decisis", LA LEY, 2005-F, 850, exponen que la House of Lords, superior tribunal inglés, a partir del año 1966, atenuó la rigurosidad del common law respecto a la obligatoriedad del precedente, a través de overruling, que funciona como una especie de derogación parcial del anterior criterio y facilita su desplazamiento. En similar forma, la Corte Suprema de EE. UU., también aplica esa función, cuando considera adecuado reconsiderar o cambiar una postura ya fijada. Este punto fue abordado también en PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "Constitución Nacional...", cit., p. 1147. Puede consultarse: SHAVELL, Seven, "The Appeal Process and Adjudicator Incentives", Harvard Law and Economics Discussion Paper, 485, 2004, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm.

(19) CS, Fallos: 308:552.

(20) CS, Fallos: 332: 111.

(21) Se aseveró en "Halabi": "Corresponde calificar como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos a la pretensión deducida por un abogado —mediante una acción de amparo—, en virtud de considerar que la ley 25.873 y su decreto reglamentario 1563/2004 vulneran los derechos establecidos en los arts. 18 y 19 de la Carta Constitucional en cuanto 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, ya que dicha 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 y también de todos los abogados".

(22) El art. 52 de la ley 24.240 (sustituido en 2008 por el art. 24 de la ley 26.361), "Acciones Judiciales. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizados en los términos del art. 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de estas. Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo con la normativa vigente. En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal".

(23) La ley 25.675, Ley General del Ambiente, a partir del art. 27 contiene previsiones específicas destinadas al tratamiento del daño ambiental, regulando en especial lo concerniente al daño ambiental de incidencia colectiva.

(24) CS "Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c. Inst. Nac. Serv. Soc. Jub. y Pens. s/ amparo", 10/02/2015.

(25) Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.). Derechos individuales y de incidencia colectiva. El régimen sustantivo admite en el art. 14 los derechos individuales y los de incidencia colectiva cuando establece: "En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general".

(26) Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. Art. 240: "El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial".

(27) Principio Precautorio. Respeto de la normativa sobre presupuestos mínimos.

(28) PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "El amparo supraindividual y la legitimación activa: Situación actual", ED, Suplemento de Derecho Constitucional, agosto de 2000, entre otras publicaciones referidas a este tema.

(29) CS, 21/08/2013.

(30) Falladas el 6 de marzo de 2014 y el 24 de junio de 2014, respectivamente.

(31) CS, Fallos: 338:1492 "Consumidores Libres c. AMX Argentina (Claro) s/ proceso de conocimiento", 09/12/2015.

(32) CS, Fallos: 339:1077. El juez de primera instancia había rechazado la acción interpuesta. No obstante, ordenó que el Estado Nacional debiera convocar con amplia difusión en los medios nacionales y en el boletín oficial a una audiencia pública para todos los usuarios, consumidores y asociaciones que los nuclean, a fin de garantizar su debida participación. PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "El amparo colectivo y los servicios públicos. A propósito de las tarifas de gas", LA LEY 2016-E, 71.

(33) PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "Procesos colectivos, legitimación activa y control de constitucionalidad", LA LEY 12/10/2016, 1, LA LEY 2016-E, 1196.

(34) En relación con el punto, véase las críticas de MOCOROA, Juan M., "La legitimación procesal de los legisladores. A propósito del caso 'Solá'", SJA 26/09/2018, 26/09/2018, 49 cit., respecto al caso "Solá" ya citado. En los votos mayoritarios se realizaron discernimientos para justificar el apartamiento al criterio de la CS que no reconoce legitimación activa a los legisladores.

(35) CS, Fallos: 337:1361.

(36) CSJ 361/2007 (43-P) "PADEC c. Swiss Medical SA", del 21 de agosto de 2013; CSJ 2/2009 (45-U) "Unión de Usuarios y Consumidores c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A. ley 24.240 y otro s/ ampo proc. sumarísimo (art. 321, inc. 2º, Cód. Proc. Civ. y Com.)", sentencia del 6 de marzo de 2014; CSJ 519/2012 (48-C) "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c. La Meridional Compañía Argentina de

Seguros SA s/ ordinario" y CSJ 1074/2010 (46-C) "Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c. Banco Itaú Buen Ayre Argentina SA s/ ordinario", sentencia del 24 de junio de 2014; CSJ 1145/2013 (49-M) "Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión SA s/ amparo", sentencia del 23 de septiembre de 2014.

(37) Se aseveró en "Unión de Usuarios y Consumidores c. Peugeot Citroën SA s/ ordinario": "Que, por otro lado, la cámara también extravió aquel objetiva —el referente a examinar la legitimación activa de la asociación— al fallar derechamente sobre el' fondo del asunto, cuando el tratamiento de la excepción de falta de legitimación pasiva, esto es, la titularidad de la relación jurídica en la que se asienta la acción, había sido pospuesta por el juez de primera instancia para la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva. Tal circunstancia patentiza también la sinrazón de lo sentenciado, puesto que en autos esa indagación era impertinente a fin de abordar de manera razonada la específica cuestión propuesta. Así, lo expresado por la cámara con relación a la sustancia del reclamo, importó un pronunciamiento intempestivo, todo lo cual pone en evidencia que media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se dicen conculcadas —aludidas por el a quo en el auto de concesión de fs. 371 vta.— razón por la cual corresponde invalidar el pronunciamiento impugnado con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias".

(38) Muestra de ello es a la época de esta publicación, la mención de "Halabi" en la página de la ley online, en más de quinientas resoluciones de todas las instancias.

(39) SAGÜÉS, Néstor P., "El trámite del amparo colectivo nacional y los roles nomogenéticos de la Corte Suprema", SJA 12/09/2018, 80; JA 2018-III; "El aborto eugenésico, la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos", JA 2012-III-1129.

(40) SAGÜÉS, Néstor P., "El trámite del amparo...", cit.

(41) PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. - JUNYENT De DUTARI, Patricia, "El amparo colectivo y la reciente acordada de la Corte Suprema", LA LEY 22/06/2016, 22/06/2016, 1.

(42) VERBIC, Francisco - SUCUNZA, Matías A., "Postulación de pretensiones colectivas a la luz de la reciente Acordada de la Corte Suprema", LA LEY 18/05/2016, 1.

(43) Las señaladas regulaciones, de cuño judicial, fueron dictadas en consonancia con las facultades de los arts. 18 de la ley 48, 10 de la ley 4055 y, las atribuciones conferidas en el segundo párrafo del art. 4º de la ley 25.488, modificatoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual expresa que la Corte Suprema de Justicia de la Nación queda facultada para dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de las normas y fines de la reforma. Estas facultades que fueron enunciadas también al dictarse las ac. 28/2004 y 4/2007.

(44) La CS en "Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión SA s/ amparo" (23/09/2014, asunto: facturación del servicio a los usuarios, 23/09/2014, CS, Fallos: 337: 1024) expresó: "Que durante el último tiempo este Tribunal ha advertido un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país. Esta circunstancia genera, además de dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro. También favorece la objetable multiplicación de acciones procesales con objetos superpuestos tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución —cautelar o definitiva— favorable a los intereses del legitimado activo o de interferir en la decisión dictada en el marco de otro expediente. Por estas razones, y en atención a que los aludidos inconvenientes podrían conllevar a situaciones de gravedad institucional, el Tribunal estima necesaria la creación de un Registro de Acciones Colectivas en el que deban inscribirse todos "los procesos de esa naturaleza" que tramiten ante los tribunales del país. La existencia de un Registro de Acciones Colectivas tiende entonces a evitar el escándalo jurídico que podría representar el dictado de decisiones contradictorias en causas conexas o superpuestas y a lograr la economía procesal que mejor se ajuste a un adecuado servicio de justicia. Asimismo, el registro brindará información a los tribunales y a los legitimados colectivos o individuales acerca de la existencia de procesos de esa naturaleza y favorecerá el acceso a justicia al permitir a los habitantes conocer la existencia de procesos y sentencias de las que puedan ser beneficiarios. La creación del Registro de Acciones Colectivas se realizará a través de una acordada de este Tribunal." Similares consideraciones realizó la CS en "Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa cl La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario" y "Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c. Banco Itaú Buen Ayre Argentina SA s/ ordinario", ambos sentenciados el 24/06/2014.

(45) En la actualidad se halla sometido a consideración del Parlamento el proyecto de ley de Acciones Colectivas elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en el proyecto Justicia 2020. Además también fueron presentados otros proyectos tendientes a su regulación.

(46) Nombrada por dec. nac. 191/2011.

Anexo 21

Título: Mujeres y su integración en la Corte Suprema de Justicia de la Nación
Autor: Palacio de Caeiro, Silvia B.
Publicado en: LA LEY 29/10/2020, 29/10/2020, 1
Cita Online: AR/DOC/3058/2020

Sumario: I. Composición y designación de los jueces de la Corte Suprema. Regulación normativa.— II. Mujeres: su representación en la Corte Suprema y el Poder Judicial.— III. Principio de igualdad de género. Breve reseña.— IV. Acciones positivas de género en la Constitución Nacional y en la legislación argentina.— V. La integración de las mujeres en la Corte Suprema como acción positiva de género.— VI. Conclusión.

La designación con paridad de magistradas y magistrados de la Corte Suprema, posibilitará soluciones judiciales con enfoques interseccionales, asegurando transversalización de criterios adoptados con perspectivas de género, para brindar respuestas adecuadas a múltiples problemáticas contemporáneas.

(*)

I. Composición y designación de los jueces de la Corte Suprema. Regulación normativa

El dec. 635/2020 crea el Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público, y anuncia en el art. 4º:

"El Consejo creado en el art. 1º deberá elevar al Poder Ejecutivo Nacional un dictamen con las propuestas y recomendaciones sobre los ejes que se enuncian a continuación:

"1. Descripción valorativa con especial indicación de los problemas que se observan para el correcto funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del Consejo de la Magistratura de la Nación, del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa, ambos de la Nación.

"2. Respecto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se realizará un análisis de su funcionamiento que incluya: a) El establecimiento para la selección de integrantes, de criterios de diversidad de género y representación federal...".

En este último inciso, se prevé como tema metódico el estudio de criterios de diversidad de género, lo que se conecta con los requisitos para integrar la Corte Suprema previstos por el art. 111 de la CN:

Art. 111: "Ninguno podrá ser miembro de la Corte Suprema de Justicia, sin ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio, y tener las calidades requeridas para ser senador".

Los recaudos para ser miembro del Senado de la Nación se establecen en el art. 55 de la CN:

Art. 55: "Son requisitos para ser elegidos senador: Tener la edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella".

La cuestión referida a los criterios de diversidad de género fue atendida por el dec. PEN 222/2003 (1), reglamentario del art. 99, inc. 4º, de la CN, que confiere facultades al presidente de la Nación para nombrar jueces de la Corte Suprema.

Dispone el art. 99 de la CN:

"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".

El dec. PEN 222/2003 prevé el procedimiento público de participación y control ciudadano para la preselección de los candidatos.

Entre los recaudos previstos, dispone atender a las circunstancias relativas a la composición general de la Corte en cuanto a diversidades de género, especialidades profesionales e integración regional y federal.

Asimismo, los postulantes deben reunir integridad moral e idoneidad técnica, compromiso con la democracia y defensa de los derechos humanos.

En relación con la puntual cuestión de género, el art. 3º del dec. 222/2003 establece:

"Dispónese que, al momento de la consideración de cada propuesta, se tenga presente, en la medida de lo posible, la composición general de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para posibilitar que la inclusión de nuevos miembros permita reflejar las diversidades de género, especialidad y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal".

Debe tenerse presente que la ley 26.183 (2) de Reducción del Número de Jueces que la Integran. Disposición

Transitoria, de 2006, dispuso:

"Incorpórase como art. 21 del dec.-ley 1285/1958, texto según ley 16.895 el siguiente: 'Art. 21: La Corte Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por cinco [5] jueces. Ante ella actuarán el procurador general de la Nación y los procuradores fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los defensores oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos de la ley 24.946 y demás legislación complementaria'.

"Art. 3º: Disposición transitoria: La reducción de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuesta por el artículo anterior, operará del siguiente modo:

"Desde la entrada en vigencia de la presente ley se reducirá transitoriamente a siete [7] el número de jueces que la integran. A partir de dicha reducción, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro [4] de sus miembros.

"A posteriori, en oportunidad de producirse una vacante definitiva se reducirá transitoriamente a seis [6] el número de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En dicho período las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro [4] de sus miembros.

"Producida una nueva vacante definitiva, se reducirá a cinco [5] el número de jueces que la componen. Las decisiones se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros".

Las normativas destinadas a la composición y designación de los integrantes de la Corte Suprema presentan una vinculación estrecha con la dilemática de género, que exige opciones igualitarias y superadoras para eliminar las discriminaciones o segregaciones hacia las mujeres.

II. Mujeres: su representación en la Corte Suprema y en el Poder Judicial

En ciento cincuenta y ocho [158] años que lleva la composición de la Corte Suprema, solo tres mujeres la integraron: las Dras. Margarita Argúas (1970-1973), Carmen M. Argibay (2005-2014) y Elena Highton de Nolasco (2004-actualidad).

Ello, sobre un total de ciento once [111] miembros que ha tenido la Corte Suprema desde 1862, cuando se integró por primera vez, hasta la actualidad (2020) (3). En términos aritméticos, el porcentaje de mujeres es ínfimo, pues asciende a 0,02%.

Aunque debe hacerse notar que, desde el dictado del dec. PEN 222/2003, en el lapso que corre desde la fecha de su dictado hasta el presente, fueron designados cuatro jueces varones: los Dres. Eugenio R. Zaffaroni (2003-2014), Ricardo Lorenzetti (2005-actualidad), Horacio Rosatti (2016-actualidad) y Carlos Rosenkrantz (2016-actualidad); y dos mujeres, las nombradas Dras. Argibay y Highton de Nolasco.

Considerando solo el período 2003-2020, la representación de las mujeres ascendió notablemente.

Una notoria inferioridad de género se proyecta en el Poder Judicial de la Nación, según informan las estadísticas relativas a la representación de las mujeres juezas y camaristas elaboradas por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema y asentadas en el Mapa de Género de la Justicia Argentina.

En marzo de 2020 se publicó la actualización del indicado Mapa de Género de la Justicia Argentina, según el informe 2019 (4).

El documento releva la distribución entre varones y mujeres de la totalidad de los cargos del sistema de justicia del país en dicho año 2019 (5).

Se observa una baja representación de mujeres juezas y camaristas en la justicia federal y nacional, pues si bien el sistema judicial está conformado por un 56% de mujeres, su participación disminuye en las posiciones superiores.

La proporción femenina es mayoritaria en el personal administrativo (61%) y en el funcionariado (61%), se reduce entre las/os magistradas/os, defensoras/es y fiscales (44%) y es aún menor entre las máximas autoridades judiciales (28%), mostrando una base mayoritariamente femenina y una cúpula mayoritariamente masculina.

En la justicia federal y nacional se evidencia la baja presencia de mujeres en altos puestos, donde son mujeres solo el 25% del total de camaristas. Lo anterior implica que hay tres varones camaristas por cada mujer camarista.

Para el año 2019, la mayoría de los cargos de magistratura estaban ocupados por varones: en la justicia federal y nacional eran varones el 69% de los magistrados, y en los Poderes Judiciales, el 57%, siendo la brecha de género aún mayor en la justicia federal y nacional que en la provincial.

La proporción de mujeres en la magistratura en la justicia federal y nacional permanece estable desde el año 2011, cuando se lanzó el Mapa de Género, siendo siempre la minoría, como lo muestran los gráficos de la

Oficina de la Mujer de la Corte Suprema.

Las disposiciones dictadas por el Consejo de la Magistratura de la Nación en 2019, indudablemente, tienden a revertir esa tendencia desigualitaria para las mujeres.

En efecto, la res. CMN 269/2019 (6) exige capacitación en perspectiva de género para la inscripción de los aspirantes a concursar.

La res. CMN 289/2019 (7) incorpora la perspectiva de género como pauta de evaluación de aspirantes, valoración de antecedentes y demás actos que demande el proceso de selección.

La res. CMN 266/2019 (8) establece la obligación de convocar a una entrevista personal a la postulante que siga en el orden de méritos cuando entre los primeros seis lugares no haya ninguna mujer. Además, prevé que las ternas deben integrarse con una mujer que obtuviere los puntajes reglamentarios mínimos.

III. Principio de igualdad de género. Breve reseña

La Constitución Nacional (histórica) sancionada en Santa Fe, Argentina, el 01/05/1853 (9), de corte liberal, no se refirió expresamente a la mujer, ni a su particular situación.

Por su condición de habitantes de la joven República, las mujeres indudablemente quedaron enmarcadas en las condiciones del Preámbulo, favorables a "promover el bienestar general, asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino".

El principio de igualdad del art. 16 de la CN, producto directo de la Revolución Francesa de 1789, ha mantenido vigencia, al proclamar:

"La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

El art. 20 de la CN establece:

"Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano".

De estos y otros postulados concordantes se deriva el eje fundamental de igualdad ante la ley, que consiste en el derecho de que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias.

El marco normativo queda configurado por la interpretación armónica del Preámbulo y de los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 20, 28, 37, 99, inc. 2º, 75, incs. 2º, 19, 22 y 23, y ccds. de la CN (10).

La Constitución Nacional reconoce ampliamente a "todos los habitantes" el derecho de propiedad y las garantías del debido proceso (arts. 17 y 18); el derecho a la intimidad y el principio general de reserva legal (art. 19), en tanto solo las imposiciones legales pueden ser jurídicamente exigibles y con la salvaguarda de que "[l]os principios, garantías y derechos reconocidos [...] no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio" (art. 28) (11).

Pero, en cuestiones de género, el concepto de igualdad neutro, característica del liberalismo emergente del art. 16 y demás cláusulas afines, permitió históricamente interpretaciones muy restrictivas.

A punto tal que por décadas se posibilitó la no equiparación del ejercicio pleno de los derechos civiles, comerciales, políticos, electorales y laborales de las mujeres respecto a los de los varones.

La igualdad constitucional ante la ley no tuvo debido correlato en el régimen de derechos civiles instaurado por el Código Civil de Vélez Sarsfield de 1869 (12), que —a semejanza del Código Napoleón y otras regulaciones decimonónicas— posibilitaba en su redacción original notorias desigualdades entre mujeres y hombres en orden a capacidad jurídica, autonomía personal, familia, patria potestad, obligaciones, contratos, sucesiones, etcétera.

Es justo reconocer que tales diferencias respondieron a cánones culturales, sociales, religiosos y económicos vigentes en la época de su sanción, que evolucionaron con bastante lentitud.

La reforma constitucional de 1949 (13), inscripta en el constitucionalismo social, marcó una etapa superadora para los derechos de mujeres, pues elevó a la categoría de preceptos fundamentales la protección del matrimonio, la familia, la niñez y la patria potestad, garantizando igualdad jurídica para los cónyuges.

Asimismo, estableció que la atención y asistencia de la madre y del niño gozaban de especial y privilegiada consideración del Estado.

Se mencionaron y visibilizaron explícitamente las mujeres y sus derechos, pero esa reforma quedó derogada,

en abril de 1956, por el gobierno de facto que destituyó al gobierno peronista en la Revolución de 1955.

En 1957 se convocó una nueva Convención Constituyente, que —siguiendo algunos lineamientos del constitucionalismo social— introdujo en el art. 14 bis de la Constitución Nacional mejoras significativas de las condiciones laborales de las trabajadoras y los trabajadores, constituyendo un avance para la sociedad y las familias.

La corriente evolutiva fue espaciosamente continuada en la línea progresiva que terminó albergándose en la reforma constitucional de 1994, cuyo marco constitucional se vio ampliado con la jerarquía asignada a los tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22).

Ello se extendió como un amplio abanico bajo el cual se forjaron importantes legislaciones de género, donde la mención a las mujeres, sus derechos y jerarquías se verbaliza expresamente.

La reforma de 1994 introdujo en la Constitución Nacional modificaciones muy importantes para los derechos de las mujeres en la Argentina, pese a que ellos no habían sido mencionados específicamente en la ley de convocatoria (14).

La Constitución Nacional visibiliza a las mujeres y fragua, en su plataforma, conciencia y perspectiva de género, con influencia descendente hacia los marcos legislativos nacional, provinciales y locales.

La elevación a jerarquía constitucional de once tratados de derechos humanos así lo requiere (15).

En el espacio jurídico argentino, la amplitud normativa de los tratados internacionales de derechos humanos completa y totaliza el ordenamiento nacional.

Más adelante se agregaron la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (16), la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (17) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (18).

El valor constitucional de estos documentos con categoría constitucional, en especial la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), la Conferencia contra el Racismo (2001), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer —CEDAW— (1979) y su Protocolo Facultativo (1999), la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999) y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CPD, 2006), intensifican las garantías de igualdad y no discriminación, insuflando al texto de la Carta Magna y reforzando el postulado del art. 16, que adquiere nuevas dimensiones de género.

A ellos se suman la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará, 1994), de jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, in fine, CN), los Convenios de la OIT y demás instrumentos de derechos humanos que exigen disposiciones específicas de género.

Al tiempo de la sanción de la reforma constitucional de 1994 había una intensa actividad mundial e interamericana respecto a exigencias legales, prácticas estatales y privadas de género o con perspectiva de género.

Se habían celebrado tres de las cuatro conferencias internacionales sobre la Mujer (México, 1975; Copenhague, 1980; Nairobi, 1982), la Conferencia Mundial de Viena de 1993, la Cumbre Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, 1992) y la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994), entre otros emprendimientos de ese calibre.

La Conferencia Internacional de Beijing, trascendente para el empoderamiento de las mujeres, se efectuó en 1995.

El contexto constitucional comprensivo de reglas imperativas de derechos humanos permite identificar algunos principios esenciales con perspectiva de género, que se proyectan desde los tratados de derechos humanos y las cláusulas constitucionales consiguientes hacia los ordenamientos nacionales, provinciales y locales, disposiciones inferiores, actos, prácticas y conductas, condicionando la actuación de los poderes públicos y las acciones privadas.

Esta conciencia de género, como capacidad para percibir la distinción entre la experiencia de vida, las expectativas y necesidades de mujeres y hombres, que ha comportado notorias desigualdades en cuanto a oportunidades y desenvolvimiento vital, forjó necesarias correcciones, que se plasman en varias cláusulas constitucionales.

Las condiciones de igualdad estructural han quedado aseguradas por la reforma constitucional de 1994 en el art. 37, relativo al ejercicio de derechos políticos y electorales de las mujeres:

"La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral".

Asimismo, el art. 75, inc. 19, referido a la educación en condiciones paritarias, tiende a consagrar:

"...[L]a igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales".

El inc. 23 del citado art. 75 ordena al Congreso Nacional:

"Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

El entramado de cláusulas fundamentales y normas de derechos humanos conforma el bloque de constitucionalidad federal, eje fundamental donde se asientan las actividades jurisdiccionales de control de constitucionalidad y de convencionalidad.

En el siglo XXI, la corriente normativa receptada en el plano interno, dimanada de documentos y movimientos internacionales e interamericanos, permitió acceder al Código Civil y Comercial vigente desde 2015, que contiene notorios avances para las mujeres.

La conjunción de axiomas fundamentales que el principio de igualdad y no discriminación de género en sus variantes arroja puede conceptualizarse, entre otras cuestiones, como:

— Autonomía personal en la elección del sistema de vida y desenvolvimiento.

— Solidaridad y no discriminación en el ámbito familiar y social.

— Participación y acceso igualitario a estamentos políticos y electorales.

— Acceso idéntico a educación y cultura.— Equidad y tratamiento paritario en el acceso al trabajo y protección de la seguridad social (19).

— Equidad en derechos civiles y patrimoniales.

Esta nómina enumerativa es extraída de normas fundamentales, reglas internacionales de derechos humanos, documentos, declaraciones, recomendaciones, sentencias, opiniones consultivas de organismos del sistema regional y universal de derechos humanos, con impacto sobre los derechos de las mujeres.

Evidentemente, cada uno de los contenidos citados puede desagregarse y analizarse en diversas categorías y especificaciones.

IV. Acciones positivas de género en la Constitución Nacional y en la legislación argentina

Los referidos arts. 37 y 75, incs. 22 y 23, de la CN incorporan pautas constitucionales con perspectiva de género, generadoras de empoderamiento político y personal de las mujeres, para la efectividad y el ejercicio de sus derechos en los poderes gubernamentales y en la sociedad.

Las acciones positivas impulsan criterios y medidas de mayor eficiencia para su reconocimiento, requiriendo específicas políticas de Estado, a fin de generar cambios culturales para revertir normas y prácticas discriminatorias, desigualitarias, inequitativas, violentas, etcétera.

Las medidas positivas son reconocidas como protecciones especiales, en razón de los deberes especiales del Estado para satisfacer obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

La igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la comunidad requiere que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y medidas de diferenciación positiva destinadas a remover barreras de género, sociales, culturales, económicas, raciales y étnicas.

Las precisiones fundamentales imponen, pues, la articulación de providencias afirmativas, tendientes a suprimir desventajas y resarcir circunstancias de inferioridad legal, fáctica, social y/o cultural (20).

Las disposiciones positivas promueven el desarrollo de estrategias y proyectos para superar obstáculos a la integración política de las mujeres.

Reivindican el examen de las restricciones estructurales y barreras actitudinales que justifican implementar acciones superadoras de los impedimentos para la intervención pública, política y social de las mujeres.

Las acciones afirmativas tienden a ampliar dichos postulados como mecanismos de cambio social, que benefician los derechos humanos de los integrantes de la comunidad.

Son parte de estrategias necesarias para lograr en los Estados la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

El art. 4º de la CEDAW especifica:

"La adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas, estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. 2. La adopción por los Estados partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria".

De ahí, las medidas positivas son constitucionalmente igualitarias.

No consisten en una discriminación inversa, ni positiva, ni favorable, como alguna doctrina insiste en denominarlas.

Estas denominaciones se oponen al art. 4º de la CEDAW, cuando señala que las medidas especiales encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerarán discriminación en la forma definida por la Convención.

Las previsiones normativas que exigen medidas positivas establecen presupuestos de igualdad a fin de revertir las desventajas de las mujeres y los grupos sociales que las padecen.

Interpretar que las acciones positivas acarrean una suerte de discriminación a favor de las mujeres contradice el recto sentido y la exégesis constitucional y convencional de los derechos humanos, en especial lo sentado en el referido art. 4º de la CEDAW, según el cual las medidas especiales encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no pueden asumirse como discriminación.

La interpretación del Comité de la CEDAW lo reitera en sus recomendaciones.

Las leyes de Voto Femenino (ley 13.010, 1947) (21), Cupo Femenino (ley 24.012, 1991) (22) y Paridad de Género (ley 27.412, 2017) (23) respondieron a exigencias de acciones positivas reclamadas desde los planos internacionales y constitucionales (arts. 37 y 75, inc. 23, de la CN), con una conciencia de género profundamente igualitaria.

En especial, la ley 27.412 reformó con finalidad paritaria varios ordenamientos: el Código Electoral Nacional (arts. 60 bis, 157, 164 y 164 octies), la ley 23.298 Orgánica de Partidos Políticos (arts. 3º, 21 y 50) y la ley 26.571 de Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral (elecciones primarias, art. 26) (24).

En similar sentido, con relación a las entidades gremiales, la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales fue modificada por la ley 25.674 (2002) (25), que exige la participación de mujeres (30%) en cargos electivos y representativos de los gremios.

La ley 27.539 (2019) (26) establece un cupo femenino para el acceso de artistas mujeres a eventos musicales en vivo y emprendimientos que hacen al desarrollo de la industria musical.

Existen variados proyectos de acciones positivas tendientes a revertir desigualdades, discriminaciones y violencias en otros espacios públicos y privados, todavía vedados a la íntegra participación y desarrollo de las mujeres.

V. La integración de las mujeres en la Corte Suprema como acción positiva de género

La designación de dos mujeres en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las Dras. Argibay y Highton de Nolasco, durante la primera década del siglo XXI, fue un notorio avance para los derechos del género.

Asimismo, lo fueron la creación de la Oficina de la Mujer —OM— y de la Oficina de Violencia de Género —OVG—, que focalizan la atención en temas centrales y estructurales relativos a discriminación, violencia de género e intereses específicos que atañen al empoderamiento de las mujeres dentro del sistema democrático, republicano y federal.

El paso siguiente es reformar la normativa preexistente (ley 26.183 —2006—, dec. 222/2003 y ccds.), relativa a la composición y designación de los futuros magistrados de la Corte Suprema, con perspectiva de género.

Para ello deberá establecerse, para la composición de la Corte Suprema de Justicia argentina, que la participación de las mujeres no podrá ser inferior al cuarenta [40] o el cincuenta [50] por ciento, como piso, sin techo, cuando el número de integrantes posibilite una u otra opción.

Asimismo, se propicia el dictado de disposiciones específicas, igualitarias y no discriminatorias, a fin de que, producida una vacante definitiva en la Corte Suprema (renuncia, jubilación, deceso, etc.) que haya sido desempeñada por una mujer, deba reemplazarse con otra mujer, en las condiciones de idoneidad personal, técnica-jurídica, ética y ciudadana, compromiso con la democracia y defensa de los derechos humanos, exigidas por los cánones constitucionales y las normas pertinentes.

Esta solución se adecua a las fórmulas actuales de representación paritaria de género en sede parlamentaria, según lo arbitrado por la ley 27.412, de 2017, para la conformación de escaños en el Congreso de la Nación.

La legislación preceptúa que, para la elección de senadores/as nacionales, diputados/as nacionales y parlamentarios/as del Mercosur, las listas deben integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente.

La designación con paridad de magistradas y magistrados de la Corte Suprema posibilitará soluciones judiciales con enfoques interseccionales, asegurando la transversalización de los criterios adoptados con perspectivas de género, para brindar respuestas adecuadas a las múltiples problemáticas contemporáneas.

La toma de decisiones judiciales en materias que interesan al género desde la traza constitucional y de derechos humanos exige un efectivo cumplimiento por parte del Estado argentino de los compromisos internacionales asumidos en convenios y foros internacionales que interesan a las mujeres.

Los tratados de derechos humanos mencionados y agregados según el art. 75, inc. 22, CN, la CEDAW, la Convención de Belém do Pará y las Conferencias Mundiales en las que Argentina ha participado interpelan al Estado y a sus operadores para el cumplimiento de las obligaciones de género ratificadas (no discriminación, trato igualitario, no violencia, defensa de la salud, medio ambiente, circunstancias laborales equilibradas, situación previsional, acceso a la justicia, etc.).

Por ello, atendiendo a la previsión del art. 3º del dec. 222/2003, debe exigirse la inclusión de miembros mujeres en el seno de la Corte Suprema en las condiciones señaladas anteriormente.

VI. Conclusión

La integración minoritaria de mujeres en la Corte Suprema de la Nación responde indudablemente a estereotipos de género, históricos y culturales, impeditivos del reconocimiento y empoderamiento de sus derechos, para ser juezas del Alto Tribunal en paridad de idoneidad jurídica, ética y ciudadana con los magistrados varones.

El llamado "techo de cristal" evidentemente lo impidió.

Esta minusvalía para el reconocimiento de los derechos y calidades jurídicas de las mujeres no es patrimonio de la Argentina; en efecto, se advierte que en la historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos solo han sido designadas cuatro mujeres: las juezas asociadas (associate justices of the Supreme Court of the United States) Sandra Day O'Connor (1981-2006), Ruth Bader Ginsburg (1993-2020), Sonia Sotomayor (2009 al presente) y Elena Kagan (2010 al presente).

La resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas exhorta a los Estados a fomentar la participación política de las mujeres con el objetivo de acelerar el logro de la igualdad entre varones y mujeres, y los alienta a que "se comprometan a establecer el objetivo del equilibrio entre mujeres y varones en los órganos y comités gubernamentales, así como en las entidades de la Administración Pública y en la judicatura, incluidas, según corresponda, la fijación de objetivos concretos y la aplicación de medidas a fin de aumentar sustancialmente el número de mujeres con miras a lograr una representación paritaria de las mujeres y los varones, de ser necesario mediante la adopción de medidas positivas en favor de la mujer, en todos los puestos gubernamentales y de la Administración Pública" (27).

Cabe evocar la opinión de la Dra. Carmen Argibay, en su conferencia "Buscamos equilibrar la cantidad de mujeres y hombres en los cargos del Poder Judicial" (28), donde expuso que, si bien en el país hay condiciones igualitarias en la enseñanza, la visión de la mujer aportó y aporta novedades en la consideración de los casos judiciales.

Aseveró que la mujer en la función judicial comprende mejor la situación de sus congéneres y puede ayudar a todas las personas y a la sociedad para conseguir una disminución de la discriminación y un mejoramiento de la calidad de vida de la comunidad.

Por las razones hasta aquí apuntadas, y por ser constitucionalmente igualitario, con base en los arts. 37, 75, incs. 22 y 23, y ccds., se debería disponer modificar la ley 26.183 de 2006 y toda disposición complementaria y/o sustituyente, a fin de dar cumplimiento al art. 3º del dec. 222/2003 y normas concordantes.

Dentro de las soluciones normativas que pueden arbitrarse, es factible:

— Que se establezca la composición de la Corte Suprema de Justicia argentina con una participación de mujeres no inferior al cuarenta [40] o cincuenta [50] por ciento, como piso o base, sin techo, cuando el número de integrantes permita una u otra opción.

— Que se dicten disposiciones específicas, igualitarias y no discriminatorias, a fin de que, producida una vacante definitiva en la Corte Suprema (renuncia, jubilación, deceso, etc.) que haya sido desempeñada por una mujer, deba reemplazarse con otra mujer, en las condiciones de idoneidad personal, técnica-jurídica, ética y ciudadana, compromiso con la democracia y defensa de los derechos humanos, exigidas por los cánones constitucionales y las normas pertinentes.

Debe respetarse la paridad inclusiva de las mujeres en la integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que los contenidos constitucionales y convencionales de derechos humanos no sean meras fórmulas neutras. Deben cumplir su misión esencialmente igualitaria.

(*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Abogada, ambos por la UNC. Autora, coautora, directora y participante de obras de Derecho Procesal Constitucional, Constitucional y Federal. Profesora de posgrado en maestrías, especializaciones y diplomaturas. Ex jueza de Cámara en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.

(1) BO del 20/06/2003.

(2) BO del 18/12/2006.

(3) Puede consultarse el listado histórico de ministros de la CS en "Gobierno abierto", Corte Suprema de Justicia de la Nación, https://www.csjn.gov.ar/. El número de integrantes ha sido extraído de esa página.

(4) Véase https://www.cij.gov.ar/nota-36835-La-Corte-Suprema-public--la-actualizaci-n-del-Mapa-de-G-nero-de-la-Justicia-Argentina.html. Consulta: marzo/2020.

(5) OM, CS, https://om.csjn.gob.ar/mapagenero/login/mostrarLogin.html. Consulta: septiembre/2020.

(6) BO del 09/10/2019, AR/LEGI/9VR0. Consulta: febrero/2020. En esta resolución se resolvió: "Aprobar el proyecto de modificación al Reglamento de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes para la Designación de Magistrados del Poder Judicial de la Nación —res. 7/2014 y sus modif.— (expte. AAD 54/19), presentado por la Dra. Marina Sánchez Herrero, que obra como anexo de la presente resolución".

(7) BO del 10/10/2019, AR/LEGI/9VSI. Consulta: febrero/2020. Allí el CSMN resolvió: "Aprobar el proyecto de modificación al Reglamento de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes para la Designación de Magistrados del Poder Judicial de la Nación —res. 7/2014 y sus modif.— (expte. AAD 27/19), presentado por la Dra. Graciela Camaño, con las modificaciones introducidas, que obra como anexo de la presente resolución".

(8) BO del 10/10/2019, AR/LEGI/9VSG. Consulta: febrero/2020. El proyecto fue presentado por la Sra. consejera Inés Brizuela y Doria, y las modificaciones propuestas a los arts. 40, 44 y 47 del Reglamento de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes para la Designación de Magistrados del Poder Judicial de la Nación quedó aprobado por el plenario del Consejo de la Magistratura de la Nación.

(9) La Constitución de la Nación Argentina, sancionada en 1953, continúa en vigencia con las reformas constitucionales de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994.

(10) HIRSCHMANN, Pablo - MUGNAINI, Bettina, "Derecho a la igualdad en la CS argentina y Corte IDH", en PALACIO de CAEIRO, Silvia B. (dir.) - CAEIRO PALACIO, M. Victoria (coord.), Tratados de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 972.

(11) Ibidem.

(12) Ley 340, 29/09/1869.

(13) La reforma constitucional de 1949 fue introducida durante el primer gobierno del Gral. Juan Domingo Perón (1946-1952) y quedó derogada en abril de 1956.

(14) La convocatoria se realizó por ley 24.309 (1993), que declaró la necesidad de reforma parcial de la Constitución de 1853 con las modificaciones de 1860, 1866, 1898, 1957.

(15) El art. 75, inc. 22, CN, menciona: "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 Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño [...]. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

(16) Aprobada en la 24ª Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, 09/06/1994, en Belém do Pará, República Federativa del Brasil. La Argentina la ratificó por ley 24.556, otorgándole jerarquía constitucional por ley 24.820, promulgada el 26/05/1997.

(17) Aprobada en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 26/11/1968. La Argentina la ratificó por ley 24.584, otorgándole jerarquía constitucional por ley 25.778, promulgada el 02/09/2003.

(18) Aprobada por ley 26.378, publicada el 09/06/2008, y con jerarquía constitucional por ley 27.044, 19/11/2014.

(19) Entre numerosas leyes en la materia, puede mencionarse la ley 20.392 (BO del 29/05/1973), asentada en el art. 14 bis de la CN, relativa a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la femenina por trabajos de igual valor, que estableció en el art. 1º: "No se podrán establecer diferencias de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Será nula cualquier disposición en contrario que se establezca en las convenciones colectivas de trabajo que se celebren o renueven a partir de la entrada en vigencia de la presente ley". Esta norma, reiterada en la Ley de Contrato de Trabajo y otras legislaciones posteriores, es frecuentemente desvirtuada por prácticas estatales y privadas en contradicción.

(20) ONU Mujeres, Informe año 2015.

(21) BO del 27/09/1947.

(22) BO del 03/12/1991.

(23) BO del 15/12/2017.

(24) En capítulo III se aborda el examen de las normativas citadas con mayor profundidad.

(25) BO del 29/11/2002.

(26) BO del 20/12/2019.

(27) Asamblea General de las Naciones Unidas, "La participación de la mujer en la política", resolución aprobada el 19/12/2011, A/RES/66/130, https://undocs.org/pdf?symbol=es/%20A/RES/66/130. Consulta: marzo/2020.

(28) Véase https://www.youtube.com/watch?v=AKEVTGUvszk.

Anexo 22

(Artículo enviado para su publicación)

TRASPASO DE TRIBUNALES, CONFLICTOS DE COMPETENCIA y RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

Por Silvia B. Palacio de Caeiro[1]

Sumario: I. Distinción entre conflictos de competencia y cuestiones de competencia. II. El caso "Bazán" (2019) en la jurisprudencia posterior III. "Bazán" a "Levinas" (TSJCABA). IV. La situación de los tribunales nacionales de CABA y la incertidumbre acerca del superior tribunal de la causa y sentencia definitiva en el REX (art. 14, ley 48). V. Conflictos de competencia entre órganos de la justicia federal y nacional. IV. Conclusión.

I. Distinción entre conflictos de competencia y cuestiones de competencia

Los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional no contemplan la facultad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para resolver contiendas de competencia promovidas entre tribunales o magistrados. De ahí no consiste en una potestad de carácter constitucional sino de índole legal.

Esa misión encomendada por el legislador, responde al sistema federalista de gobierno, caracterizado por la división de poderes y la autonomía estadual de las provincias y ahora la CABA, por lo que la CSJN, en su calidad de cabeza del Poder Judicial del país, resulta encargada de dirimir los conflictos de competencia que trasciendan un territorio o jurisdicción[2]. "Máxime cuando esas controversias tienen su génesis en la actividad propia de los poderes judiciales nacional o provinciales, esto es, el conocimiento y la decisión de causas (art. 116)[3]."

Las normativas sub - constitucionales que atribuyen competencia a la CSJN para entender en conflictos de competencia entre los órganos jurisdiccionales son: i. Art. 17 de la ley 48: *"La Corte Suprema decidirá las competencias que se susciten a instancia de parte, sobre jurisdicción de los Jueces Nacionales."*; ii. Art. 9 de la ley 4055: faculta al

[1] Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y abogada. por Universidad Nacional de Córdoba. Ha sido Jueza de Cámara Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba y Funcionaria en la justicia federal. Autora, coautora y directora de obras y artículos doctrinarios. Profesora en maestrías, especializaciones y diplomaturas en universidades y escuelas de capacitación judicial.

[2] PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "Atribuciones de la CSJN en conflictos de competencia, privación de justicia y queja por retardo de justicia" en AAVV *Competencia Federal*, Ed. La Ley, 2012, p. 302 y ss.

[3] NAVARRO, Marcelo Julio, "La facultad de la Corte Suprema para resolver cuestiones y contiendas de competencia", La Ley, 27/10/05.

tribunales a través de diferentes incisos a entender en cuestiones de competencia entre magistrados federales, nacionales y provinciales; iii. Art. 24, inc. 7 del decreto – ley 1285/58 que establece: *"Artículo 24. - La Corte Suprema de Justicia conocerá: ... 7°) De las cuestiones de competencia y los conflictos que en juicio se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos, salvo que dichas cuestiones o conflictos se planteen entre jueces nacionales de primera instancia, en cuyo caso serán resueltos por la cámara de que dependa el juez que primero hubiese conocido. Decidirá asimismo sobre el juez competente cuando su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia.(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 21.708 B.O. 28/12/1977)."*

Es en función de esta última normativa, que se suscita – en general - la intervención de la Corte Suprema en la medida en que debe conocer de los conflictos de competencia que se planteen entre jueces y tribunales del país, cuando que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos.

El alcance del inciso 7 abarca una doble atribución: a) dirimir directamente el conflicto de competencia entre dos órganos jurisdiccionales que carecen de un superior jerárquico común, o b) definir quién deberá conocer en el conflicto de competencia[4]. Para que ello suceda, es necesario que el conflicto de competencia entre los órganos jurisdiccionales se mantenga vigente. Por lo que no hay cuestión de competencia pendiente de solución, cuando un conflicto de tal orden ha sido resuelto por el tribunal instituido para hacerlo.

La propia disposición del art. 24, inc. 7, se encarga de excluir de la competencia de la CSJN, aquellas contiendas entre jueces nacionales o federales de primera instancia, que deben ser resuelta por la cámara de alzada del magistrado que primero hubiese prevenido en el pleito. En su mérito, no se encuentra dentro de las facultades de la Corte revisar decisiones de las cámaras nacionales cuando ellas actúan como tribunales dirimentes en los conflictos de competencia[5].

---

[4] Ibidem.

[5] CSJN 17/9/20, "Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c/ Swiss Medical SA s/ ordinario", Competencia CIV 14074/2016/CS1.Online, http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7602871&cache=1604345485656. Ídem: Fallos: 308:2037.

Deben distinguirse los conflictos o contiendas de competencia inter – orgánicos, de las cuestiones de competencia que pueden plantear las partes mediante una excepción de incompetencia, que hace a la defensa en juicio de quien la formula y merece la correspondiente sustanciación y resolución por los órganos judiciales de todas las instancias regulares, sean federales, nacionales o provinciales.

Estas cuestiones sólo por razones excepcionales, cuando se encuentren agotadas las instancias recursivas que el procedimiento amerita, pueden dar lugar a la intervención de la CSJN a través de la instancia extraordinaria que habilita el art. 14 de la ley 48 en las condiciones de los arts. 256/258, 280/281 y 285/287 del CPCN.

En hipótesis puntuales, el Tribunal ha considerado pertinente equiparar la resolución que resuelve una excepción de incompetencia a la categoría de sentencia definitiva – extremo exigido por el indicado art. 14 -, por diferentes razones y circunstancias generalmente asentadas en la gravedad institucional de la cuestión, gravámenes de imposible o insusceptible reparación ulterior[6], o cuando haya denegatoria del fuero federal. Estas situaciones habilitan ponderar disposiciones constitucionales[7].

Se ha explicado que tales decisiones deben ser equiparadas a sentencias definitivas, en consideración a que la denegatoria de la competencia federal, remite a la consideración de puntos regidos por la Constitución Nacional, de los que surge que la asignación de competencia a los tribunales federal, es restrictiva y de excepción, conforme a las limitaciones mencionadas en los arts. 116 y 117[8].

Por ello, la denegatoria del fuero federal ha sido considerada en múltiples ocasiones como cuestión federal que habilita el recurso extraordinario ante la CSJN, habiéndose expresado: *"Las resoluciones en materia de competencia no autorizan la apertura de la instancia extraordinaria, pues no constituyen sentencia definitiva a los fines del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48, salvo que medie denegatoria del fuero federal o cuando la materia en debate —intervención de la Corte Suprema o de la justicia federal para entender en el pleito—, configura una situación de evidente gravedad institucional que excede el mero interés de los litigantes y atañe al de la comunidad, máxime cuando se encuentra en tela de juicio la competencia de una institución básica de la Nación, lo cual*

[6] CSJN Fallos: 317:180; 325:2269, entre otros.
[7] CSJN Fallos: 311: 522.
[8] CSJN Fallos: 324:286; 323:189.

justifica la intervención de V.E., superando ápices procesales frustratorios del control constitucional confiado a ella[9].”

La Corte Suprema a través de su constante jurisprudencia, ha indicado que cuando una resolución desconozca la procedencia del fuero federal oportunamente reclamado, es formalmente admisible el recurso extraordinario[10].

Se ha hecho hincapié en la preservación del fuero federal cuando ha sido impugnado en un juicio, con fundamento en que es misión de la justicia federal el resguardo y tutela de las instituciones e intereses nacionales[11]. Esta postura ha motivado la apertura del recurso extraordinario, considerándose que *“Las decisiones que resuelven la excepción de incompetencia tienen carácter de sentencia definitiva cuando importan denegatoria del fuero federal e impiden por dicho medio el acceso a la instancia excepcional*[12]*.”; “Las decisiones en cuestiones de competencia son equiparables a sentencias definitivas cuando existe denegación del fuero federal*[13]*.”*

II. El caso “Bazán” (2019) en la jurisprudencia posterior

La causa "Bazán, Fernando s/ amenazas", fallada en 2019[14], es un claro ejemplar de los conflictos de competencia que pueden suscitarse entre tribunales inferiores situados en la CABA, debido principalmente a incertidumbres que la situación jurisdiccional suscita, en mérito a la reestructuración del federalismo por la reforma constitucional de 1994, que a través del art. 129 de la Constitución Nacional, le confirió plena autonomía.

La ausencia del traspaso integro de la justicia nacional a la CABA y la creación de tribunales locales con una competencia limitada en materia penal, ha dado lugar a severos

---

[9] Fallos: 324:533. “Pcia. del Chaco c. Parra de Bosco, Ana M. y otros”, 6/3/2001 (cita del dictamen fiscal que la Corte hizo suyo). La actora planteó cuestión de competencia, por vía de inhibitoria, ante el Juzgado Federal de Resistencia, Provincia del Chaco, a fin de que su titular se declare competente para entender en un juicio de expropiación. El juez federal interviniente decidió rechazar la inhibitoria solicitada, por considerar que la referida causa resultaba de la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disconforme con tal pronunciamiento, la actora interpuso recurso de apelación y nulidad ante la Cámara Federal, que rechazó los recursos y confirmó la sentencia. Contra esa decisión, aquélla interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido y declarado procedente por la Corte Suprema, que —en remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal— ordenó revocar la resolución recurrida y declaró que la causa no correspondía a su competencia originaria.

[10] CSJN Fallos: 319:218, 311: 430 y 1232; Fallos: 314:848; Fallos: 316: 3093, entre otros.

[11] PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., *Recurso Extraordinario Federal*, Ed. La Ley, Bs. As., 2012, pp. 319, 466, 515.

[12] CSJN Fallos: 316:1791; Fallos: 316:2436.

[13] CSJN Fallos: 323:800.

[14] CSJN Fallos: 342:509.

inconvenientes que han sido puestos de resalto por la CSJN (en postura mayoritaria), primero en el caso "Corrales"(2015)[15], luego en "Nisman" (2016)[16] y más tarde en el citado "Bazán".

En este último, el dictamen del Procurador General, Dr. Casal, sintetiza con claridad el conflicto entre los distintos tribunales: *"Entre el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 10 de esta ciudad y el Juzgado Nacional de Menores n° 5, se suscitó la presente contienda negativa de competencia en esta causa instruida por denuncia de María Fernanda F C. Surge de las actuaciones que, en circunstancias en las que se encontraba en su domicilio se presentó Luzmila B y dañó la puerta de su casa. Luego de esto, la denunciante salió de su domicilio, momento en el cual María del Carmen M: , junto con sus hijos, amenazaron a la denunciante para luego de ello, agredirla físicamente. Asimismo, manifiesta que una de las agresoras era menor de edad. El Juez Nacional en lo Correccional, que previno en el caso, luego de encuadrar el hecho como lesiones en riña y daños, declinó su competencia a favor de la justicia de la ciudad (...) Ésta, por su parte, adoptó la calificación de lesiones y daños, y en virtud de su estrecha vinculación, entendió que debía conocer la justicia de instrucción que investigaba las amenazas coactivas (...). Devuelta la causa al juzgado correccional, tras practicar las medidas dispuestas (...), declinó nuevamente la competencia a favor del tribunal de la ciudad (...) y ante su rechazo (...), resolvió asumir otra vez su conocimiento (fs.68), hasta que (...) se declaró incompetente a favor del fuero de menores que (...) remitió la causa al juzgado local. Finalmente (...) este último elevó el incidente a conocimiento y decisión de V.E."*

El Procurador General haciendo mérito de la participación y supuesta autoría de una menor de edad en el delito investigado, entendió que correspondía remitir la causa al Juzgado Nacional de Menores n° 5.

La solución del conflicto de competencia ante la CSJN transitó por distintos carriles pues hubo votos en mayoría y en minoría con resultados disímiles[17].

La voz mayoritaria inadmitió resolver la contienda, argumentando que cuando se produce entre magistrados con competencia no federal que ejercen su jurisdicción en el

[15] CSJN Fallos: 338:1517.
[16] CSJN Fallos: Fallos: 339:1342, 2017
[17] La sentencia se construyó: Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz (en disidencia), Dra. Elena I. Highton de Nolasco (en disidencia) y el voto mayoritario de los Dres. Juan Carlos Maqueda, Ricardo Luis Lorenzetti y Horacio Rosatti.

ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Tribunal Superior de Justicia de la misma, es el órgano encargado de conocer en tales conflictos. Por lo cual se remitieron las actuaciones al señalado Tribunal a sus efectos.

La minoría por el contrario, emitió resolución siguiendo la opinión fiscal y según lo dispuesto por el artículo 24 inc. 7 del decreto-ley 1285/58, estableció que correspondía la intervención de la Corte Suprema. Luego, estableció la competencia del juzgado nacional de menores referido.

A los efectos de precisar los alcances de la interpretación federalista de la mayoría en "Bazán" se hicieron varias consideraciones, que en lo fundamental, se transcriben:

"... tras un cuarto de siglo de "inmovilismo" en la concreción de un mandato constitucional y desoída la exhortación efectuada en los términos citados en la causa "Corrales", esta Corte Suprema ejercerá una de las atribuciones que le confiere el decreto-ley 1285/58 a la luz del claro mandato constituyente de conformar una Ciudad de Buenos Aires con autonomía jurisdiccional plena. En consecuencia, se establece que, de ahora en más, será el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el órgano encargado de conocer en los conflictos de competencia que se susciten -como en el caso- entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad."

"*Si la contienda se produce entre magistrados con competencia penal no federal que ejercen su jurisdicción en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ella debe ser resuelta en el marco de la doctrina establecida en el precedente "Nisman" (Fallos: 339:1342) con apoyo en lo decidido en "Corrales" (Fallos: 338:1517) en punto a que, reconocido la autonomía porteña por la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria deben ser transferidas al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires."*

"*A cuatro años de la exhortación realizada en el precedente "Corrales" (Fallos: 338:1517), a veintitrés de la sanción de la constitución porteña y a veinticinco de la reforma de la Constitución Nacional, el panorama actual muestra que el Gobierno Nacional y el Gobierno de la Ciudad han avanzado mínimamente en las gestiones tendientes a concretar de manera íntegra y definitiva la transferencia de la justicia nacional ordinaria al ámbito que constitucionalmente le corresponde y la Ciudad*

permanece por esa razón con sus instituciones inconclusas, detenta un poder ejecutivo y una legislatura propios en pleno funcionamiento, pero no tiene aún en marcha un poder judicial completo."

Una función primordial de la Corte consiste en interpretar las reglas del federalismo de modo que el ejercicio de las funciones realizado por las autoridades evite fricciones susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades locales, entre las que debe contarse aquellas reconocidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por la reforma constitucional del año 1994.

"*El sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de "lealtad federal" o "buena fe federal", conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse que los estados abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes y, en esa inteligencia, los órdenes de gobierno deben encontrarse solo para ayudarse, nunca para destruirse."*

"*El "inmovilismo" en llevar a cabo la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe ser considerado como un desajuste institucional grave de uno de los mecanismos estructurales de funcionamiento del federalismo, sin que la demora en la concreción del mandato constitucional aparezca de manera alguna razonablemente justificada."*

"La omisión en la transferencia de las competencias de la justicia nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no solamente constituye un incumplimiento literal de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto sino que impacta, además, en la distribución de los recursos públicos en la medida en que -como consecuencia de dicha omisión- las veintitrés provincias argentinas se hacen cargo de financiar los gastos que demanda el servicio de administración de justicia del restante distrito."

"*A causa del insuficiente avance del proceso de transferencia de la justicia nacional ordinaria al ámbito del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, los habitantes de la ciudad no pueden estructurar como deseen la justicia local a pesar de que una de las primeras leyes que organizó la forma de gobierno que la regirá diagramó un poder judicial porteño que comprende los fueros en lo civil, laboral, comercial y penal."*

"*A diferencia de lo que ocurre en el resto del país, los habitantes de la ciudad de Buenos Aires no son juzgados ni someten sus pleitos a una justicia propia que -en la medida de su competencia- resuelva las controversias de acuerdo a los procedimientos que su legislación ya prevé y se encuentre sujeta al control político de su legislatura.*"

"*El principio de "lealtad federal" como rector del federalismo argentino es desconocido de manera palmaria en lo que respecta a la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin que ningún argumento referido a su condición de "Capital de la República" alcance a explicarlo; en un marco básico de buena fe federal que busca evitar el abuso de las competencias de un Estado en detrimento de los otros, no se explica el cuasi nulo avance de la señalada transferencia.*"

"*Si se parte de la presunción de que ambos Estados, el nacional y el local, persiguen de buena fe el objetivo de concretar la autonomía de la ciudad de Buenos Aires, resulta claro que los gobiernos pueden acordar la transferencia de la justicia nacional ordinaria de acuerdo a las modalidades que prefieran y convengan, siempre que el modo elegido cumpla de manera apropiada con el mandato de hacer establecido en la Constitución Nacional y, desde esta perspectiva, aun cuando no fueron fijados plazos para avanzar -y concluir- en tal proceso, ni la acepción más laxa y deferente de la expresión "transferencia ordenada y progresiva" utilizada en los convenios, permite comprender y admitir el "inmovilismo" seguido en esta cuestión.*"

"*Si el principal argumento para justificar la demora de la transferencia de la justicia nacional ordinaria a la Ciudad de Buenos Aires es aquel basado en que el traspaso paulatino sirve mejor a una eficiente administración de justicia, su invocación pierde toda consistencia a la luz del claro contexto actual que pone en evidencia que el traspaso lejos de presentarse -siquiera- como un proyecto que avanza a paso lento, aparece virtualmente paralizado por exclusiva voluntad de las autoridades políticas y, de esta manera, paradójicamente, el medio utilizado termina socavando la propia eficiente administración de justicia que pretende tutelar.*"

Para una de las voces minoritarias[18], *"La continuidad del carácter nacional de los magistrados de la justicia nacional con competencia ordinaria con asiento en la Ciudad de*

[18] Disidencia del juez Rosenkrantz.

Buenos Aires se encuentra supeditada a la celebración de los correspondientes convenios de transferencias de competencias del Estado Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, proceso político que se encuentra en marcha, tal como lo evidencia la celebración de diversos convenios por los cuales se han ido transfiriendo competencias parciales de la justicia nacional ordinaria a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires."

Para la otra postura minoritaria [19], *"La ley 24.588 ha definido un mandato explícito que exige un diálogo institucional entre la Nación y la Ciudad de Buenos Aires tendiente a obtener los consensos necesarios para avanzar en el proceso de transferencia (art. 6); se trata de un proceso complejo que requiere acuerdos políticos en distintos ámbitos: además de competencias, la transferencia conlleva el traspaso de órganos (juzgados, tribunales, fiscalías, defensorías) y personal (empleados, funcionarios y magistrados), así como de los recursos y de los bienes correspondientes a la labor de los órganos transferidos. (...) Teniendo en cuenta que la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires debe ser el resultado de una decisión política consensuada, el Poder Judicial no debe adoptar medidas que puedan impactar en la forma y oportunidad en que los poderes que tienen la atribución y responsabilidad para ello decidan organizar el traspaso de competencias ya que la adopción de decisiones judiciales en este ámbito - reservado legalmente a los poderes políticos- podría comprometer valores fundamentales como el acceso a la justicia y la seguridad jurídica.*"

III. De "Bazán" a "Levinas" (TSJCABA)

La solución de "Bazán" proyectó interrogantes e incertidumbres que se materializaron en la sentencia dictada por el TSJCABA en el caso "Levinas, Gabriel Isaías s/ SAG y otros (queja por recurso de inconstitucionalidad denegado) en/ Ferrari, María Alicia y otro c/ Levinas, Gabriel Isaías s/ rendición de cuentas", 30 de Septiembre de 2020[20].

Es preciso sintetizar lo sucedido en el mencionado proceso que tramitó ante la justicia nacional en lo civil de la Ciudad y en el cual la Sala A de la Cámara Nacional de

[19] Disidencia de la jueza Highton de Nolasco.

[20] TSJCABA. Disponible on line, http://www.saij.gob.ar/tribunal-superior-justicia-ciudad-buenos-aires-local-ciudad-autonoma-buenos-aires-levinas-gabriel-isaias-sag-otros-queja-recurso-inconstitucionalidad-denegado-ferrari-maria-alicia-otro-levinas-gabriel-isaias-rendicion-cuentas-fa20380029-2020-09-30/123456789-920-0830-2ots-eupmocsollaf?. Consulta: Noviembre de 2020. Véase también La Ley, 2/11/20, p. 10.

Apelaciones en lo Civil no dio curso al recurso de inconstitucionalidad articulado contra su sentencia[21].

Este tribunal entendió: "*A tenor del decreto-ley 1285/58, la ley 24.588, el Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, y las demás normas concordantes, el Poder Judicial de la Nación no se confunde ni equipara con el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ni tiene por cabeza a su Tribunal Superior de Justicia. La pretensión de este último de admitir un recurso no previsto por la ley y revocar una resolución de la Cámara Nacional en lo Civil carece de fundamento normativo y no puede ser avalada por este tribunal. 2. - El intento de un tribunal que pertenece a otra jurisdicción de intervenir en el presente proceso no solo implica inmiscuirse en decisiones propias del Congreso Nacional sino que lesiona —al mismo tiempo— el derecho de defensa en juicio de las partes, al alterar el esquema diseñado por la ley que determina quiénes son los jueces naturales en las causas civiles que tramitan ante la Justicia Nacional (art. 18, CN). 3. - La legislación vigente mantiene, por un lado, la competencia de la Justicia Nacional, y la distingue claramente de la del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, que actúa como justicia local de esa ciudad en las materias admitidas por la ley 24.558 y las que le fueron transferidas posteriormente en virtud de los convenios celebrados con el Estado Nacional; por el otro, establece expresamente que las sentencias dictadas por las cámaras nacionales de apelaciones únicamente pueden recurrirse ante la Corte Suprema, mediante los mecanismos previstos en el Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación. 4. - No existe norma alguna que habilite un recurso de "queja" ante el Tribunal Superior de la Ciudad frente a las decisiones de las cámaras nacionales de apelaciones, pues resulta evidente que la decisión de ese tribunal que se notifica a la sala A de la Cámara Nacional en lo Civil crea pretorianamente un procedimiento —invadiendo el ámbito propio del Poder Legislativo— y desconoce la ley vigente, que ni siquiera ha sido declarada inconstitucional por la sentencia del mencionado tribunal.*"

Esta resolución motivó que los demandados fueran en queja ante el Tribunal Superior de CABA. Cabe señalar, que la parte demandada también había presentado un recurso extraordinario federal ante la señalada Sala de la Cámara Nacional de Apelaciones, que también fue denegado, por lo que articuló queja ante la CSJN[22].

Es decir se advierte un acoplamiento de vías paralelas judiciales promovidas ante diversos organismos jurisdiccionales: la CSJN y el TSJCABA. Esto es una clara constatación de la incertidumbre existente en la materia.

---

[21] CNCiv., sala A, 02/10/2020, "Ferrari, María Alicia y otro c. Levinas, Gabriel Isaías s/ Rendición de cuentas", La Ley, 2/11/20, p. 11.

[22] Según registros del sistema de consultas web de la Corte Suprema de Justicia.

Llegado el caso ante el TSJ de CABA, entendió por mayoría[23]: *"En el marco de una disputa judicial entre los herederos del pintor L. F. originada en el pedido de rendición de cuentas por diez obras que no fueron devueltas por el demandado y que, según el artista, no fueron entregadas para la venta, corresponde hacer lugar a la queja interpuesta y dejar sin efecto la resolución de Cámara que deniega el recurso de inconstitucionalidad, toda vez que conforme el criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la necesaria intervención de los tribunales superiores de provincia y a fin de cumplir con el requisito de que el recurso extraordinario federal se interponga contra la sentencia del tribunal superior de la causa en los casos provenientes de la justicia provincial, el Superior Tribunal de Justicia, como órgano máximo del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, debe conocer de todas las causas que traten de la aplicación del derecho local y del derecho común sea por la vía ordinaria o extraordinaria, cuando exista una cuestión federal."*.

En su mérito, se dispuso:*"1. Hacer lugar a la queja interpuesta por Gabriel Isaías Levinas y en su mérito dejar sin efecto la resolución de la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que denegó el recurso de inconstitucionalidad".*

El voto en disidencia[24] expresó que correspondía abstenerse de entender la causa considerando que lo contrario *"...implicaría alterar la organización del sistema de justicia establecida por leyes de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires."*

IV. La situación de los tribunales nacionales de CABA y la incertidumbre acerca del superior tribunal de la causa y sentencia definitiva en el REX (art. 14, ley 48).

La contradicción entre lo resuelto por ambos órganos jurisdiccionales (Sala A de la CNCiv y TSJCBA) origina varios interrogantes que no atañen sólo a las cuestiones de competencia, sino que tiene mayor entidad al impactar en el diseño del recurso extraordinario federal (art. 14, ley 48), debido a que somete a incertidumbre respecto a dos principales recaudos del mismo: el superior tribunal de la causa y la sentencia definitiva.

Esta inseguridad ubica a las partes en la necesidad de transitar vías paralelas y contemporáneas, generando escándalo jurídico por la presencia de resoluciones jurisdiccionales en contradicción, desgaste jurisdiccional innecesario para los contendientes y tribunales, ausencia de economía procesal, detrimentos económicos para los justiciables (por ej. posibles imposiciones de costas al perdidoso) y privación de justicia.

Por lo cual es preciso clarificar:

- ¿Si en todas las contiendas de competencia entre magistrados nacionales y locales de CABA, fundadas en derecho común, debe intervenir el TSCABA?;
- ¿Se ha convertido al TSCABA en el superior tribunal de la causa (art. 14, ley 48) para el recurso extraordinario federal, respecto de los juicios fundados en derecho

[23] Jueces Otamendi, Lozano, Weinberg, De Langhe.
[24] Jueza Ruiz.

común que tramitan en la justicia nacional de la Ciudad, como entendió la mayoría de aquel tribunal en el caso "Levinas" (30/9/2020)?;

- En ese orden, ¿las decisiones de las cámaras nacionales deben ser revisadas primero por el TSCABA para cumplimentar el recaudo de sentencia definitiva (art. 14, ley 48)?
- ¿Cuál será la vía pertinente para la revisión de aquellas resoluciones dictadas dentro del proceso en la justicia nacional, que puedan resultar equiparadas a sentencia definitiva por el gravamen irreparable que contienen o la imposibilidad de su revisión ulterior?

Respecto a estos últimos interrogantes es evidente que no corresponde extender el criterio mayoritario de "Bazán" a cuestiones jurisdiccionales tramitadas ante la justicia nacional de CABA, que deben concluir en la jurisdicción que corresponde según el procedimiento codificado por el CPCN, ley 4055 y decreto- ley 1285/58, para ser pasibles de recurso extraordinario federal regulado por el art. 14 de la ley 48.

Más aún, en el caso de las resoluciones dictadas dentro de procesos en trámite, que pueden ser equiparadas a definitiva por el gravamen irreparable que pudieran contener o su imposible revisión posterior, es evidente que una vez resueltas, deben continuar su tramitación en la jurisdicción y/o tribunal de origen.

Por ello, en tal hipótesis, sería absolutamente improcedente imponer que deba conocer primero el TSJCABA, para acceder a la CSJN por la vía del extraordinario federal, y una vez resuelta la cuestión en cualquier sentido, volver nuevamente a los carriles del procedimiento nacional.

Empero, debe reconocerse que opiniones doctrinarias coinciden con el criterio mayoritario de la sentencia de "Levinas", como una solución que reconoce al superior tribunal local como alzada de la justicia ordinaria, "según lo ordena la Constitución y se cumple en todas las provincias; y desde 1994 es requerida para la Ciudad de Buenos Aires." (Sola[25]y Gil Domínguez[26]), aunque otras voces discrepan con tal criterio (Maza y Loustaunau)[27].

La transferencia de la justicia nacional a la CABA, es un asunto que lleva más de veinticinco años pendiente, según refiere y reitera permanentemente la CSJN en numerosos pronunciamientos aquí citados ("Corrales", "Bazán", "Nisman", "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba" 2019[28]) y otros en igual sentido, todos basados en el mandato del art. 129 de la Constitución Nacional.

---

[25] SOLA, Juan Vicente, "El Tribunal Superior de Justicia: alzada de la justicia "nacional", La Ley, 2/11/20, p. 2.

[26] GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Levinas vs. Levinas": un nuevo capítulo en la saga por la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires Andrés", La Ley, 2/11/20, p. 3.

[27] Maza Miguel Ángel y Loustaunau, Eduardo A., "Un inesperado conflicto competencial entre tribunales de dos jurisdicciones y el peligro de crear pretorianamente una nueva instancia recursiva que alargue los procesos en CABA", La Ley, 2/11/20, p. 5.

[28] CSJN, Fallos 342:533 (2019), dictado por unanimidad con voto concurrente.

Múltiples razones, no justificables desde la esfera institucional republicana, han impedido u obstaculizado el traspaso de los tribunales nacionales ordinario a la CABA sobre cuya necesidad se ha pronunciado la jurisprudencia de la CSJN y la doctrina en forma prácticamente unánime. Se han estudiado y examinado con reiteración las implicancias jurídicas y procesales que tal decisión acarrea para la jurisdicción y competencia de los tribunales[29]

El incumplimiento del mandato constitucional del art. 129 ocasiona problemáticas como la descripta, susceptible de producir graves trastornos para la impartición de justicia.

Por ello debe enfatizarse que la omisión actual en concluir el íntegro traspaso de los tribunales nacionales a la CABA ha generado una situación de gravedad institucional relativa a establecer cuál es el superior tribunal de la causa que dicta la sentencia definitiva a los efectos del recurso extraordinario federal en las causas que todavía tramitan ante la Justicia nacional.

V. Conflictos de competencia entre órganos de la justicia federal y nacional

La omisión en concretar el íntegro traspaso de los tribunales nacionales a la CABA ha causado un significativo aumento de conflictos de competencia entre órganos de la Justicia federal y nacional que la Corte Suprema por decisión mayoritaria ha decidido resolver[30], según se expuso en el caso "José Mármol 824 (ocupantes de la finca) s/ incidente de incompetencia"[31].

Allí se estableció, a la luz de la doctrina sentada en la causa "Nisman"[32], que no correspondía equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los tribunales federales que tuviesen asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Se puso énfasis en el carácter meramente transitorio de los tribunales ordinarios con asiento en la Capital Federal y en el reconocimiento constitucional de la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129 de la Constitución Nacional y ley 24.588), así como en la competencia ordinaria que ejercen sus tribunales.

Para la opinión mayoritaria, mantenida en casos subsiguiente, corresponde "abandonar el criterio que situaba a los supuestos bajo examen en la excepción prevista en el citado artículo 24, inciso 7°, del decreto-ley 1285/58 ratificado por ley 14.467, según el cual los conflictos de competencia suscitados entre los magistrados nacionales ordinarios y

---

[29] Entre otros estudios puede consultarse: PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "Transferencia de la justicia nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Deslinde de competencias", LA LEY 2003-A , 1184 . Cita Online: AR/DOC/3157/2001.

[30] Conforme a los registros de la página oficial de la CSJN la cantidad de conflictos de competencia análogos resueltos asciende a doscientos sesenta y ocho (268), entre los años 2018 y 2020.

[31] CSJN Fallos: 341: 611 del 12/6/2018. La mayoría se construyó con los votos de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Rossati. Los jueces Higthon de Nolasco y Rosenkrantz votaron en disidencia

[32] CSJN Fallos: 339:1342 y sus citas.

los magistrados federales con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debían ser resueltos por la cámara de la que dependía el juez que primero hubiese conocido."

Por consiguiente se establece que corresponde a la Corte Suprema resolver tales conflictos.

La voz minoritaria, sostuvo por el contrario, que la cuestión debía ser dirimida por el tribunal de alzada correspondiente a aquel que hubiera prevenido. El Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz expresó que las razones expuestas en la causa "Corrales"[33], solo pueden ser interpretadas, "en el sentido de que la justicia ordinaria de la Capital Federal – cuya competencia es local y se ejerce de manera transitoria hasta que se complete el proceso de transferencia- no puede conocer en materias reservadas a la justicia federal, pero ello no significa que los magistrados con competencia ordinaria hubieran perdido el carácter que tienen por integrar el Poder Judicial de la Nación ni que la Corte se haya arrogado facultades derogatorias del artículo 24, inciso 7° del decreto-ley 1285/58."

VI. Conclusión

No haber concluido el traspaso de los juzgados nacionales a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, incumpliendo lo dispuesto en el art.129 y concordantes de la C.N., ha ocasionados pronunciamientos de la CSJN que reiteran, por mayoría, la necesidad de que tal etapa se ejecute íntegramente.

Pues la grave omisión produce:

- Pronunciamientos de la Corte Suprema, en voto mayoritario, que disponen la intervención del TSJCBA en todos los conflictos de competencia entre órganos de la magistratura nacional y de CABA, en procesos fundados en Derecho común (CSJN "Corrales", "Nisman", "Bazán" y análogos).
- Aumento de conflictos de competencia entre órganos de la justicia federal y la justicia nacional, que la Corte Suprema debe resolver en mérito al criterio establecido en "José Mármol 824", lo que redunda en un significativo recargo de causas.
- Gravedad institucional, respecto a la cuestión referida al superior tribunal de la causa y la sentencia definitiva o su equiparada para la interposición del recurso extraordinario federal, en casos fundados en derecho común que tramitan ante la justicia nacional de la Ciudad de Buenos Aires, atendiendo al criterio sentado por la CSJN en "Bazán" y análogos, y a la discrepancia en la causa "Levinas" entre una Sala de la CNCiv y el TSJCBA. Estas divergencias someten a los justiciables a incertezas, demoras, articulación de vías recursivas concurrentes, inconvenientes en los procedimientos, privación de justicia, y conspiran contra la recta administración judicial.

[33] CSJN Fallos: 338: 1517.

Anexo 23

RADEHM
REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

RADEHM

REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

RADEHM • Número 11 • Noviembre / Diciembre • 2016 - Enero • 2017

DOCTRINA

∝ ABRIANI, Francisco: Long-Term Gas Supply Agreements: What Latin America Could Learn from the European Experience.

∝ CAFFERATA, Fernando José: Trayectoria y perspectivas del federalismo con especial referencia al sector energético.

∝ PERNÍA-REYES, Mauricio Rafael: La prórroga de las concesiones mineras en Venezuela: situación actual.

JURISPRUDENCIA

∝ PICCIONE, Guillermo L.: Un nuevo precedente judicial que impacta en la industria minera (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica LLC Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo*) (2 de marzo de 2016).

∝ CHERRO, Hernán Diego: Servicios públicos y medio ambiente. Competencias ambientales. Regulación de la industria del gas (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Paz Posse Ltda. Ingenio San Juan S.A. c. Transportadora de Gas del Norte S.A.*) (12 de diciembre de 2006).

∝ SACRISTÁN, Estela B.: Amparo colectivo en la Argentina: *opt-in*, *opt-out* o tal vez nada (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo*, FLP 8399/2016/CS1) (18 de agosto de 2016).

CRÓNICAS

∝ BRANDT, Roberto: Gas no convencional en la Argentina: estudio detallado de Oxford University.

ISSN: 2362-3195

ABACO

Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma

REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

RADEHM
REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

Director editorial

José A. Martínez de Hoz (h.)

Directora ejecutiva

Estela B. Sacristán

Subdirector

Tomás Lanardonne

Coordinadora

María Carolina Crespo

Consejo académico

Ana Elizabeth Bastida (Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law & Policy, Universidad de Dundee) . **Alberto B. Bianchi** (Universidad Católica Argentina) . **Daniel Casal** (Universidad Católica Argentina) . **Germán Fernández Lahore** (Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law & Policy, Universidad de Dundee) . **Máximo J. Fonrouge** (Universidad de Buenos Aires) . **Florencia Heredia** (Rocky Mountain Mineral Law Foundation) . **Arturo Pera** (Universidad Católica Argentina) . **Héctor M. Pozo Gowland** (Universidad de Buenos Aires) . **Francisco Javier Romano** (King's College y London School of Economics) . **Rubén O. Sabatini** (Universidad de Buenos Aires) . **Roberto P. Sobre Casas** (Universidad Complutense de Madrid) . **Alejandro Vergara Blanco** (Pontificia Universidad Católica de Chile) . **Mariano C. Vivas de Lorenzi** (University of Miami School of Law) . **Hernán M. Zaballa** (The Center for American and International Law, Southern Methodist University).

Secretarios de redacción

Juan Cruz Azzarri . **Hugo Aníbal Cabral**
María Luján Crespo . **Nicolás Eliaschev**
Ignacio M. de la Riva . **Héctor M. Huici**
María Inés Justo . **Beatriz Krom**
Leonardo F. Massimino . **Mariano Palacios**
Diego Parravicini . **Pablo Rueda**
Luis Patricio Salado . **Juan Martin Siano**
Claudio Norberto Vázquez

RADEHM
REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

AMPARO COLECTIVO EN LA ARGENTINA: *OPT-IN, OPT-OUT* O TAL VEZ NADA*

COLLECTIVE AMPARO LAWSUITS IN ARGENTINA: OPT-IN, OPT-OUT OR PERHAPS NOTHING

Por Estela B. Sacristán**

> Observa Coleridge que todos los hombres nacen, aristotélicos o platónicos.
> Los últimos sienten que las clases, los órdenes y los géneros son realidades; los primeros, que son generalizaciones (. . .)
> (Jorge Luis Borges, "El ruiseñor de Keats").

Resumen: El régimen de las acciones de amparo colectivo, en la Argentina, no prevé la remisión, a cada hipotético miembro del colectivo, de un envío postal, con un "formulario de pedido de exclusión".

Palabras clave: amparo colectivo, *opt-in*, *opt-out*.

Abstract: The collective amparo lawsuit *regime*, in Argentina, does not regulate the delivery, by mail, of a "request for exclusion form" to each hypothetical member of the class.

Key words: collective amparo, opt-in, opt-out.

§ 1. Introducción

Los casos tarifarios, paradójicamente, parecen concitar todo tipo de consideraciones: constitucionales, regulatorias, procesales, amén de sociales, económico-financieras, tributarias, e incluso filosóficas. Al mismo tiempo, se trata de casos que ponen en juego pluralidad de reglas sobre los pasos a seguir, a saber: las de procedimiento administrativo, v. gr., las relativas al cómo

* Recibido el 15/9/2016. Aceptado el 2/11/2016.

** Abogada (UMSA, 1992, mejor promedio de su promoción). Especialista en Derecho Administrativo-Económico (UCA, 1998). Doctora en Derecho (UBA, 2006, tesis calificada sobresaliente). Profesora de Derecho Administrativo (UCA). Correo electrónico: es@bgcv.com.ar.

Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería, nº 11, noviembre-diciembre de 2016 / enero de 2017, pp. 207-221.
I.S.S.N.: 2362-3195.

RADEHM
REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

decidir; las procesales, que hacen, por ejemplo, al cauce procesal adoptado; y las procesal-constitucionales, acerca de, por ejemplo, los recaudos comunes a toda expectativa de control de constitucionalidad o la cuestión de los efectos de la sentencia, por enumerar algunos. Amén de ello, también se trata de casos que traen, consigo, un debate de fondo que, en lo tarifario, puede incluir lo relativo al *quantum* de la tarifa, entre otros aspectos.

CEPIS[1] es un trascendente fallo, emanado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, que ha venido a resolver en materia de precios y tarifas de gas en punto al recaudo de participación previsto en el artículo 42 de la Constitución nacional. Acerca de algunos interrogantes que plantea dicho fallo versan los apretados párrafos que siguen. El principal de ellos hará a cómo puede –si es que puede– un usuario excluirse de los efectos de un fallo como el presente.

a) *Antecedentes de interés.* — Los actores solicitaban que se les "garantizara el derecho constitucional a la participación de los usuarios, previsto en el articulo 42 de la Constitución nacional", y que, en forma cautelar, se suspendiera la aplicación de las nuevas tarifas previstas en las resoluciones que impugnaba, 28 y 31 del 2016, hasta tanto se diera efectiva participación a la ciudadanía.

En lo que aquí interesa, la justicia federal de primera instancia, sita en La Plata, rechazó la acción de amparo interpuesta, tendiente a obtener la suspensión de las mencionadas resoluciones, y ordenó que la demandada convocase a audiencia pública a fin de garantizar la debida participación de los usuarios, consumidores y asociaciones.

A su turno, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata dispuso, en cuanto al "fondo" o mérito del planteo, que las resoluciones impugnadas eran nulas y decidió retrotraer la situación tarifaria a la existente con anterioridad al dictado de las normas anuladas.

Respecto a las resoluciones cuya nulidad se solicitaba, la primera fijó los nuevos precios en el denominado Punto de Ingreso al Sistema de Transporte (PIST) para el gas natural y las bonificaciones; determinó los nuevos precios del gas propano y las bonificaciones; delegó en el ente regulador en materia de tarifa social y en materia de ajuste por variaciones en el precio del gas comprado sin perjuicio de las compensaciones, y dejó sin efectos los cargos de importación de gas natural del decreto 2067/2008.

La segunda delegó en el ente regulador lo relativo a llevar adelante el procedimiento de Revisión Tarifaria Integral previsto en las Actas Acuerdo de Renegociación Contractual Integral celebradas con las licenciatarias, con audiencia pública, y lo relativo a la adecuación de las tarifas de transición

[1] *Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo* (2016).

"a cuenta" de dicha revisión con compensaciones, y la fijación de la tarifa social y las bonificaciones; el pago mensual de las facturas bimestrales del servicio público de distribución de gas natural; y la vinculación del ajuste dispuesto con las inversiones obligatorias y el condicionamiento del reparto de dividendos a la previa acreditación de esas inversiones.

b) *DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.* — La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró admisible el recurso extraordinario de la demandada y confirmó parcialmente la sentencia apelada en cuanto a la nulidad de las resoluciones impugnadas.

La decisión quedó circunscripta al "colectivo de usuarios residenciales del servicio de gas natural".

Asimismo, se mantuvo, respecto de dichos usuarios residenciales, y en la medida en que resultara más beneficiosa, la vigencia de la tarifa social correspondiente al cuadro tarifario examinado.

En forma de cuadro:

Aspecto (sólo para usuarios residenciales)	*Fallo CSJN*
Resol. 28: fijó los nuevos precios en el denominado Punto de Ingreso al Sistema de Transporte (PIST) para el gas natural y las bonificaciones, determinó los nuevos precios del gas propano y las bonificaciones.	Anulado
Resol. 28: delegó en el ente regulador en materia de tarifa social.	No anulado
Resol. 28: delegó en el ente regulador en materia de ajuste por variaciones en el precio del gas comprado sin perjuicio de las compensaciones.	Anulado
Resol. 28: dejó sin efectos los cargos de importación de gas natural del decreto 2067/2008.	Anulado
Resol. 31: delegó en el ente regulador lo relativo a llevar adelante el procedimiento de Revisión Tarifaria Integral previsto en las Actas Acuerdo de Renegociación Contractual Integral celebradas con las licenciatarias, con audiencia pública, y lo relativo a la adecuación de las tarifas de transición "a cuenta" de dicha revisión con compensaciones.	Anulado
Resol. 31: delegó en el ente regulador la fijación de la tarifa social.	No anulado
Resol. 31: delegó en el ente regulador la fijación de las bonificaciones.	Anulado
Resol. 31: delegó en el ente regulador el pago mensual de las facturas bimestrales del servicio público de distribución de gas natural.	Anulado
Resol. 31: delegó en el ente regulador la vinculación del ajuste dispuesto con las inversiones obligatorias y el condicionamiento del reparto de dividendos a la previa acreditación de esas inversiones.	Anulado

RADEHM
REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

Así esquematizada la solución brindada[2] con sus efectos expansivos[3], podemos adentrarnos en los interrogantes que inspira el decisorio del Máximo Tribunal.

c) *INTERROGANTES.* — Si se considera que la tarifa es un reglamento, ya ha habido elevada producción jurídica respecto de los efectos de la sentencia anulatoria de un reglamento, sean dichos efectos visualizados como generales (CASSAGNE[4], entre otros) o acotados al caso (MAIRAL[5], BIANCHI[6], entre otros)[7].

También ha habido publicaciones en punto al gradualismo republicano que propicia el fallo[8]; al problema de la fuente consultada por la Corte Suprema para fijar la exigibilidad de las audiencias públicas en *CEPIS* para los segmentos producción (precio PIST), transporte y distribución de gas natural (tarifas)[9]; acerca de los rasgos interadministrativos de la resolución 31/2016[10] y su consecuente irrevisabilidad judicial; en materia de incidencia del precedente *Soldano*[11], en el cual se soslayó la audiencia pública[12]; y en punto a la incidencia del fallo *TGN*[13] en cuanto a la imposibilidad de instar el procedimiento del art. 46 de la ley 24076 ante la vigencia de la ley 25561 de emergencia[14], con renegociaciones todavía en trámite[15].

Ahora, cabe preguntarse –siquiera liminarmente, en estos apresurados párrafos– acerca de un aspecto que se estima de interés en punto a los "efec-

[2] Cabe apuntar que puede entenderse que la exclusión de los usuarios no residenciales puede haber obedecido a que los actores eran asociaciones protectoras de usuarios y consumidores, a que la ley que reglamenta el art. 42 en punto a los derechos de los consumidores del art. 42 de la Const. nac. es la ley 24240, y a que dicha ley califica como proveedor al productor, con lo que alguien que emplease el gas natural para producir quedaría, en la relación de consumo, enfrentado con el consumidor (arg. art. 2°, ley 24240) y excluido, por ende, de la calificación de legitimado activo.

[3] *CEPIS*, consids. 37 y 43 del voto de la mayoría; consids. 37 y 42 del voto del Dr. Maqueda; consids. 33 y 37 del voto del Dr. Rosatti.

[4] CASSAGNE (1989).

[5] MAIRAL (1989).

[6] BIANCHI (2002a).

[7] Se ha apuntado que la tarifa tiene, en épocas de normalidad, carácter contractual entre concedente y concesionario o licenciatario, y reglamentario respecto de los usuarios; y en épocas de fuerte intervención termina teniendo carácter puramente reglamentario, conf. SACRISTÁN (2007) pp. 67-98.

[8] LAPLACETTE (2016) esp. p. 231.

[9] SACRISTÁN (2016a).

[10] DE LA RIVA (2016) p. 2 y su nota al pie 5.

[11] *Soldano, Domingo c/ EN ley 26095 M° Planificación Resol. 2008/06 y otro s/ amparo ley 16986* (2014).

[12] Puede ampliarse en SACRISTÁN (2016b).

[13] *Transportadora de Gas del Norte S.A. c/ ENaRGas – Resol. 1948/10 s/ amparo* (2012).

[14] Al menos hasta el 31 de diciembre de 2017, dada la prórroga establecida por el art. 1° de la ley 27200 sobre la ley 26204, que a su vez prorroga la vigencia de la ley 25561.

[15] Puede verse SACRISTÁN (2016b).

RADEHM
REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

tos expansivos" del fallo, tal como el Alto Tribunal los califica[16]. Estos efectos expansivos parecerían, a primera vista, transitar a contramano de las clásicas reglas de BRANDEIS –consagradas en *Ashwander v. Tennesee*[17]– en materia de control judicial, reglas que resguardan la prudencia judicial[18]. Y que parecerían, en especial, discurrir en forma contraria al señero precedente *Sojo*[19], que consagró el "clásico" proceso constitucional, apoyado en, entre otras, la regla de que *i*) la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos *inter partes*, y la relativa a que *ii*) la ley declarada inconstitucional sigue vigente, pero no se aplica al caso en concreto[20].

La cuestión de los efectos expansivos de fallos como el que aquí anotamos no es novedosa. Recordaremos que, ya en ocasión del debate acerca de los medidores de agua en los edificios de propiedad horizontal con cargo al consorcio, la Corte Suprema, en dos ocasiones, en la misma causa, sostuvo la nulidad de la resolución 12 del entonces ente regulador con efectos por fuera de los del "proceso clásico", tal como lo expresa el respectivo dictamen de la Procuración General de la Nación[21]. Pero debe tenerse en cuenta que, tanto en el caso de los medidores de agua como en *CEPIS*, se trata de planteos de nulidad, de tipo formal (incompetencia, en un caso; omisión de participación, en el segundo), y el "cauce clásico" que marca *Sojo* hace a planteos de inconstitucionalidad.

CEPIS dice que tiene efectos expansivos, alcanzando al colectivo de usuarios residenciales (excluyendo los usuarios pasibles de tarifa social) del servicio de gas. En tal contexto podemos preguntarnos: ¿en qué situación se hallarían los usuarios residenciales (excluídos los pasibles de tarifa social) que desearen sustraerse o excluirse de los efectos del fallo *CEPIS*? Y si tal posibilidad existiere, ¿cuál sería la ocasión para hacer uso de ella? Es más,

[16] Consids. 17 *in fine* y 43 del voto de la mayoría; consids. 13, 37 y 42 del voto del Dr. Maqueda; consids. 33 y 37 del voto del Dr. Rosatti.

[17] *Ashwander v. TVA*, de 1936. Puede ampliarse en BIANCHI (2002b) pp. 100-101.

[18] Dichas reglas, emergentes del citado fallo de la Corte Suprema estadounidense, conf. BIANCHI (2002b) pp. 100-101, comprenden las siguientes: La Corte Suprema no puede declarar la inconstitucionalidad en un procedimiento voluntario y no contencioso; no se puede anticipar una decisión de inconstitucionalidad antes de la necesidad de decidirla; no se puede formular una regla de constitucionalidad más amplia que la requerida por los hechos precisos a los cuales ha de aplicarse; si el caso puede ser resuelto de dos formas diferentes: la primera involucrando una cuestión constitucional y la segunda involucrando una cuestión meramente legal, debe optarse por la segunda solución; no se puede apreciar la constitucionalidad de una ley a instancia de una parte que no ha podido probar que la aplicación de ésta le ocasionaba perjuicio; la Corte no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley a instancia de una parte que se ha beneficiado con ésta; una ley siempre debe ser interpretada de manera tal que se evite, en lo posible, su declaración de inconstitucionalidad.

[19] *Eduardo Sojo* (1887).

[20] Conf. BIANCHI (2002b) pp. 270-271.

[21] Ver *Defensor del Pueblo* (2000) y *Defensor del Pueblo* (2009). En este último –se cita el respectivo dictamen de la PGN– expresamente se sostuvo: "Tales circunstancias, a mi modo de ver, son concordantes con el modo en que resolvió la Corte, cuyo pronunciamiento no atañe a un afectado en particular sino que, de acuerdo con el esquema instaurado a partir de la reforma constitucional de 1994, está destinado a trascender los límites subjetivos del proceso clásico".

RADEHM
REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

¿podría percibirse lesión a algún derecho constitucional derivado del sometimiento a un fallo por parte de quienes fueran incluidos compulsivamente en un colectivo?

Veamos tales cuestiones, acudiendo a la normativa local, y repasando luego la experiencia del ordenamiento que más experiencia parecería poseer en la materia –v. gr., Estados Unidos–, para luego formular las reflexiones pertinentes.

§ 2. *OPT-IN* U *OPT-OUT*. EL CASO *PHILLIPS PETROLEUM CO.*

Dados los claros efectos expansivos que el propio decisorio *CEPIS* menciona expresamente[22], podríamos tender, instintivamente, a afirmar que los efectos del mismo comprendería a todos los usuarios residenciales (excluídos los pasibles de tarifa social) salvo que algunos de ellos optaran por sustraerse –o "salirse"– de la clase, mediante la técnica que se conoce como *opt-out*. Ahora, ¿se halla prevista esta posibilidad y, además, en un marco constitucionalmente adecuado?

Para responder tal pregunta podemos repasar la normativa y el Derecho comparado.

a) *LEYES*. — Liminarmente podemos tener presente que no se ha dictado la ley especial a que alude el art. 43, Const. nac. Por ende, no hay una ley que prevea lo relativo a la construcción del colectivo en punto a, específicamente, la cuestión de los efectos de la sentencia respecto de dicho colectivo o, eventualmente, la posibilidad de sustraerse de ella.

Recordaremos que la ley 16986 de régimen de amparo, de 1966, no podría haber aludido al "amparo colectivo"; mas, con sano tino, no omite referirse a la figura de la asociación como legitimada activa[23].

Podría considerarse que echaría luz en la cuestión acudir a la ley 24240 de defensa del consumidor. Dicha ley establece, en su art. 54: "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".

Empero, nada se advierte, a partir de este texto, en materia de un *opt-out* que resguarde el debido proceso. Ello pues no se establece la previa notificación a cada miembro de la clase junto con el envío de un formulario por el cual el miembro del colectivo pueda manifestar su acogimiento a la opción de excluirse del mencionado colectivo. Esa notificación sería recaudo previo

[22] Ver nota 15.

[23] Art. 5º: "[La acción de amparo] [p]odrá también ser deducida, en las mismas condiciones, por las asociaciones que sin revestir el carácter de personas jurídicas justificaren, mediante la exhibición de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público".

RADEHM
REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

a la manifestación de voluntad. El formulario de *opt-out* sería el recaudo que salvaguardaría la autonomía personal del consumidor. Se conocen guarismos sobre cantidades de miembros de clases o colectivos que, con posterioridad a la notificación, modificaron, en forma sustancial, el peso numérico de la clase[24]. Incluso, por razones de debido proceso, podría concebirse más de una oportunidad para el *opt-out* para mejor salvaguarda de la mencionada garantía y para contribuir a la autonomía personal en punto al control del proceso. Ello, en tanto no se implementare un sistema de *opt-in* (cuestión sobre la que se vuelve más adelante) por el cual la clase o colectivo se forme con los que efectivamente decidan sumarse o incorporarse a él.

b) *ACORDADAS DE LA CORTE SUPREMA.* — Podemos acudir, ahora, a la reglamentación de las acciones de clase emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordadas 32/2014 y 12/2016)[25].

La primera nada establece sobre la opción de abandonar la clase o colectivo.

La segunda –vigente desde el 1° de octubre de 2016– establece que el juez deberá "determinar los medios más idóneos para hacer saber a los demás integrantes del colectivo la existencia del proceso, a fin de asegurar la adecuada defensa de sus intereses", pero tampoco prescribe expresamente en materia de exclusión u *opt-out*.

Todo ello, aun cuando valiosa jurisprudencia de la Corte Suprema se ha referido a la necesidad de "adecuada notificación" a los fines de "optar"[26]. Mas

[24] Ver caso citado bajo n.29.

[25] Ambas se hallan publicadas en www.csjn.gov.ar.

[26] La jurisprudencia relevante es la siguiente:

En *Halabi* (2009) se alude expresamente a la cuestión de una notificación para que puedan optar. El considerando 20 expresa: "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" (el destacado no es del original).

En *PADEC* (2013) se efectúa la misma consideración, incluso mencionando el artículo 54 de la ley 24240 aplicable al caso. El considerando 16 expresa: "[F]inalmente, se impone señalar que el tribunal de origen deberá encuadrar el trámite de la presente en los términos del artículo 54 de la ley 24240. A tales efectos, deberá: identificar en forma precisa el colectivo involucrado en el caso, supervisar que la idoneidad de quien asumió su representación se mantenga a lo largo del proceso, arbitrar 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, e implementar medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con idéntico objeto al presente (confr. considerando 20 de la causa *Halabi,* ya citada)" (el destacado no es del original).

Lo mismo surge de *Unión de Usuarios y Consumidores* (2014), en cuyo considerando 7° se expresa: "[F]inalmente, se impone señalar que el tribunal de origen deberá encuadrar el trámite de la presente en los términos del art. 54 de la ley 24240. A tales efectos, deberá: identificar en forma precisa el colectivo involucrado en el caso, supervisar que la idoneidad de quien asumió su representación se mantenga a lo largo del proceso, arbitrar un procedimiento apto para

RADEHM
REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

tal directiva jurisprudencial motiva diversas reservas, que se centran, hoy, en no hallarse reglado el régimen de la respectiva notificación. Por un lado, y a mayor abundamiento, se advierten diferencias entre la manda jurisprudencial de poder optar por salirse del pleito o comparecer como parte o contraparte, por un lado, y "asegurar la adecuada defensa de los intereses", por el otro. Más allá de ello, todavía no habría una acordada que defina si, después de todo, amparos colectivos como *CEPIS* adoptarán el sistema de *opt-in* o el de *opt-out*. Nótese que no se hallan previsto los recaudos de la "adecuada notificación", que en la Acordada deviene "hacer saber". Si bien el juez "debe" hacer saber, quedaría dentro de su ámbito de discrecionalidad lo relativo a: cuándo hacer saber y si se hará saber una o más veces para asegurar el éxito; la modalidad de ese "hacer saber" (por cédula, oficio, correo postal certificado, etc.); el pedido previo de la nómina de hipotéticos integrantes de la clase o colectivo a quienes administraren dicha nómina; la resolución de planteos de protección del derecho a la privacidad que pudieren surgir en torno a dicha nómina y las consecuentes adaptaciones de datos a reflejar en la nómina que recibirá el interesado en que se "haga saber" a los fines de las eventuales comunicaciones; si el costo de la comunicación por correo postal, por ej., correo certificado, a cada integrante del colectivo quedará a cargo del actor interesado, entre otros aspectos.

En la sección que sigue veremos que esa adecuada notificación implica, en un sistema de *opt-out*, que se envíe, al menos en una ocasión, por correo postal, a cada miembro del colectivo, una notificación que contenga un "formulario de exclusión", que el hipotético miembro de la clase devuelve si deseare sustraerse del juicio y su resultado.

c) *JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA ESTADOUNIDENSE*. — Al acudir al modelo de acciones de clase del Derecho procesal estadounidense, se advierte que las acciones de clase en dicho ordenamiento adoptan la metodología de *opt-out* [27], mas con las morigeraciones que se verán al final de esta sección. En otras palabras, y en principio, se integraría, por defecto, la clase, salvo que optara por abandonarla. La clase, a su vez, quedará definida solo después de la invitación, a cada miembro de la clase, a excluirse. Y dada esa

---

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–, e implementar medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con idéntico objeto al presente (confr. considerando 20 de la causa *Halabi*, y considerando 16 de la causa *PADEC)*" (el destacado no es del original).

Agradezco al *peer-reviewer* el comentario que llevara a esta aclaración.

[27] DUVE, BOWDEN y LOCAVARA (s/f): "US systems are opt-out. There, four factors fuel class actions –the jury trial system, 'no win, no fee' contingency fee arrangements, punitive or treble damages for certain claims, and rules that mean losing parties do not pay the winner's costs–". En similar sentido, BIANCHI (2002c), p. 124: "Como regla general, si todos los requisitos hasta ahora estudiados se han cumplido, la sentencia que se dicte tendrá efectos vinculantes para todos los miembros de la clase, hayan tomado intervención o no en el proceso"; DODSON (2016).

RADEHM
REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

metodología, se impone un robusto régimen de posibilidad de excluirse de la clase u *opt-out*[28].

Lo relativo a la posibilidad de excluirse de la clase ha sido objeto de interpretación en el precedente estadounidense *Phillips Petroleum*[29]. El mismo echa luz sobre dos cuestiones: la pregunta acerca de si las *class actions* estadounidenses son de sistema *opt-in* (que es el sistema menos agresivo) u *opt-out* (que es el sistema que más exigencias tiene en punto a velar por el debido proceso), y la cuestión del ejercicio del *opt-out* en términos constitucionales.

Como veremos, juega aquí un rol trascendente el envío postal, a los (hipotéticos) miembros de la clase, de un formulario de *opt-out* es decir, un formulario para poder manifestar el consentimiento a favor de sustraerse o excluirse de la clase.

Los hechos[30] del citado fallo estadounidense son: Phillips Petroleum Co. producía o adquiría gas natural en los años '70 en tierras objeto de *lease* ubicadas en 11 estados. Los dueños de las tierras cobraban *royalties* por permitir que la compañía extrajera gas natural en el marco de un permiso o *lease*. Los dueños de los *royalties* iniciaron acción de clase contra esa compañía en un tribunal estadual de Kansas a fin de cobrar unos intereses sobre los pagos de las regalías que se hallaban en mora. En primera instancia se certificó la clase (33.000 dueños de regalías). Shutts notificó a cada miembro de la clase por correo postal *first class* describiendo la acción e informando a cada miembro acerca de que podría comparecer en persona o mediante letrado, que en caso contrario estaría representado por Shutts, y que los miembros de la clase serían incluidos en la clase y les sería vinculante la sentencia salvo que "optaran por sustraerse" (*opted out*) de la acción mediante devolución del "pedido de exclusión" (*request for exclusion*). Al final, la clase quedó integrada por 28.000 miembros, residentes en los 50 estados norteamericanos, así como en el Distrito de Columbia y en varios países extranjeros.

A pesar de que más del 99 % de los permisos en cuestión y cerca del 97 % de los miembros de la clase actora no tenían conexión aparente con el estado de Kansas salvo por la demanda, el tribunal de primera instancia aplicó la ley de contratos de Kansas a cada reclamo, y falló por la responsabilidad de la compañía por los intereses sobre las regalías suspendidas a todos los miembros de la clase. La Corte Suprema de Kansas confirmó las alegaciones de la compañía acerca de que la Cláusula del Debido Proceso de la Enmienda XIV impedía que Kansas fallara sobre los reclamos de todos los miembros de la clase, y acerca de que esa Cláusula, y la de *Full Faith and Credit* prohibían la aplicación de la ley de Kansas a todos los negocios entre la compañía y los miembros de la clase.

La Corte Suprema estadounidense sostuvo, en lo que aquí interesa, que la Cláusula del Debido Proceso exige *i*) notificación; *ii*) oportunidad para

[28] Así, COTTREAU (1998) p. 481.
[29] *Phillips Petroleum Co. v. Shutts* (1985).
[30] Los hechos, con mayor detalle, pueden verse en COTTREAU (1998) pp. 491-492.

RADEHM
REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

comparecer en persona o mediante letrado; *iii*) oportunidad de sustraerse de la clase -*opt out–,* y *iv*) adecuada representación. Agregó que no es necesario que los miembros ausentes de la clase afirmativamente se incluyan –*opt-in*– en la clase.

Según el citado Tribunal extranjero, el procedimiento seguido, en el cual se había enviado, por correo postal *first class*, un aviso plenamente descriptivo a cada miembro de la clase, con una explicación del derecho de *opt-out* y el respectivo "formulario de pedido de exclusión", satisface el debido proceso. En otras palabras, se satisface el debido proceso cuando se envía, a cada miembro de la clase, un formulario de pedido de exclusión que puede ser devuelto, al tribunal de primera instancia, dentro de un plazo razonable[31].

En síntesis, la notificación, a cada miembro de la clase, "con una explicación de su derecho de 'opt-out' satisface el debido proceso" (*notice "with an explanation of the right to 'opt out' satisfies due process*")[32].

Phillips Petroleum se inscribe en el marco de una legislación procesal –la célebre Regla 23 del código de procedimientos civiles estadounidense[33]– que establece que no hay *opt-out* para cuestiones de autoridad tributaria, gobierno de una *public utility*, accionistas o *trustees* (23)(b)(1)[34]; que el juez puede discrecionalmente disponer que se invite a *opt-out* o a excluirse en los supuestos de acciones declarativas o medidas cautelares cuando no hay daños individualizables (23)(b)(2)[35]; y que hay derecho a la notificación a los fines de la exclusión u *opt-out* cuando hay reclamos de daños, individualizados, en casos en los que las "cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros de la clase predominan sobre cualquier cuestión que afecte a los miembros individuales" (23)(b)(3)[36].

Es evidente la similitud entre este último supuesto –(23)(b)(3)– y lo debatido en *CEPIS*. Por ello, habría derecho a la notificación previa a los fines de la exclusión, exclusión que se concretaría con la devolución, al juzgado, del formulario de pedido de exclusión.

[31] *Phillips Petroleum Co. v. Shutts* (1985) pp. 806-814. Literalmente, en *Phillips Petroleum*, esp. pp. 810-811, se lee: "In most class actions an absent plaintiff is provided at least with an opportunity to 'opt out' of the class, and if he takes advantage of that opportunity he is removed from the litigation entirely. This was true of the Kansas proceedings in this case. The Kansas procedure provided for the mailing of a notice to each class member by first-class mail. The notice, as we have previously indicated, described the action and informed the class member that he could appear in person or by counsel, in default of which he would be represented by the named plaintiffs and their attorneys. The notice further stated that class members would be included in the class and bound by the judgment unless they 'opted out' by executing and returning a 'request for exclusion' that was included in the notice". Alaba la solución COTTREAU (1998) pp. 491-492.

[32] *Phillips Petroleum Co. v. Shutts* (1985) p. 812.

[33] *Federal Rules of Civil Procedure*, Rule 23, apéndice del *United States Code*, Title 28.

[34] Ver GENTRY (2014) p. 6.

[35] Ver GENTRY (2014) p. 6.

[36] Ver GENTRY (2014) pp. 7-8.

RADEHM
REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

§ 3. REFLEXIONES PERSONALES

Lo dicho hasta aquí suscita diversos interrogantes. En primer lugar, ¿debería adoptarse, en la Argentina, un sistema de *opt-out* para las acciones de amparo colectivo?

a) *AUTONOMÍA PERSONAL.* — Quedar comprendido en los efectos de una sentencia dictada en un juicio en el que nunca se tuvo opción de sustracción o exclusión, y sin posibilidades de hacerlo útilmente, parecería reñido con principios básicos. Se hallarían en juego la autonomía personal (art. 19, Const. nac.) tomándose a la libertad como prius, idea que se halla plasmada en el Preámbulo de la Constitución argentina: "asegurar los beneficios de la libertad"[37].

En esta escena, parecería trascendente dar alguna oportunidad para expresar el consentimiento –al menos para salirse de la clase, cuando no para integrarla– para no ser fagocitado por la inercia del proceso judicial y las sobre-generalizaciones.

Personalmente, entendemos que el *opt-in* –ser notificado a los fines de manifestar la voluntad de incluirse en el colectivo– parecería garantizar un libre y verdadero consentimiento y evitaría gravamen a principios constitucionales como los recordados.

En caso de que se estare por el *opt-out* –tal parecería ser el espíritu que, con serias tachas, emanaría de la ley 24240 de protección del consumidor; no así de las Acordadas antes repasadas–, tendrían que ofrecerse, al menos, dos ocasiones para sustraerse o excluirse del colectivo antes de la definitiva construcción de éste. Ello podría implementarse mediante el envío postal, en dos ocasiones, del formulario de manifestación de voluntad de exclusión. Previo a ello, la nómina de hipotéticos miembros de la clase tendría que ser requerida a quien la administra (por ej., una empresa distribuidora de gas), y antes de la remisión de la nómina a quien deberá efectuar los envíos postales deberían tacharse datos que puedan afectar la intimidad de los comprendidos en dicha nómina.

b) *EL ESPECÍFICO CASO CEPIS Y LA CIUDADANÍA EN GENERAL.* — El fallo aquí anotado puede visualizarse desde la perspectiva de la ciudadanía en general, y desde la perspectiva de los asociados de las asociaciones actoras.

El amparo colectivo de *CEPIS*, con sus efectos expansivos, parecería inclinarse por la tesis de que todos quedaron incluidos en el colectivo, y sin aparentes posibilidades de *opt-out*[38]. En efecto, en el citado amparo colectivo no se habría enviado, a cada hipotético miembro del colectivo –v. gr.,

[37] El punto es destacado por LINARES QUINTANA (1978) p. 104, donde se refiere a la "institucionalización de la libertad en la Constitución nacional", con cita de *María Álvarez de Schuster* (1941).

[38] Ver nota 15.

RADEHM
REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

a cada usuario, consumidor o cliente de las empresas involucradas en las resoluciones impugnadas–, un formulario para poder permitir el ejercicio de la opción de excluirse de la clase o colectivo. Como cuestión de puro derecho –participación previa bajo el art. 42, Const. nac.– lo debatido en *CEPIS* hubiera merecido un específico "hacer saber": la notificación, a los fines de la exclusión, al estilo de la que se halla prevista, por ejemplo, en la Regla 23(b)(3) de la legislación estadounidense.

Entendemos que, notificando por un medio postal certificado, a cada miembro del colectivo, y brindando la opción de excluirse, mediante un "formulario de pedido de exclusión" a devolver en plazo razonable, se evitaría que todos los que objetivamente quedan comprendidos en la generalización "usuarios residenciales (excluídos los pasibles de tarifa social) resulten alcanzados, en forma casi autoritaria, por el fallo. Se trataría de una aplicación del precedente *Phillips,* antes reseñado en § 2, c. De ese modo, se evitaría que quienes desearen sustraerse se vieran obligados a, por ejemplo, revisar diariamente una *webpage*, sin perjuicio de tener que incurrir en gastos de honorarios profesionales para lograr una hipotética exclusión extemporánea o no, de resultados inciertos (atento la carencia de normación del supuesto en las dos Acordadas que rigen las acciones de amparo colectivo, vigentes hasta tanto se dicte la ley que reglamente el art. 43, Const. nac.).

Al omitirse el envío postal de una notificación –a los fines de manifestar la voluntad de excluirse mediante la devolución del respectivo formulario de pedido de exclusión–, *CEPIS* vino a lesionar la autonomía personal de quienes se vieron incluidos en un colectivo de compulsiva construcción. La propia Corte Suprema ha privilegiado esta autonomía personal en otros casos[39].

c) *LAS ASOCIACIONES Y SUS ASOCIADOS.* — Alternativamente, en el específico contexto argentino, ausente la normativa relativa al *opt-out* –o fijando un *opt-in*– en las acciones de amparo colectivo, puede razonarse en el sentido de que los efectos de la sentencia en esa clase de acciones deberían alcanzar sólo a los asociados de la o las entidades actoras.

Ello pues son dichos asociados los que eligieron unirse a la respectiva asociación, y pueden, hipotéticamente, haber participado en la decisión asociacional de promover la acción de amparo colectivo y en todo lo que ella involucra. Esta participación asociacional se inscribe en el marco general de la libertad de asociación (art. 14, Const. nac.) y permitiría la libre decisión de los asociados en punto a acogerse a la representación letrada dispuesta por la asociación, en relación a los beneficios derivados de la litigación mediante la acción de amparo colectivo, entre otros aspectos disponibles por los asociados en el democrático marco del gobierno y conducción de la asociación que integran.

[39] *Arriola* (2009); *F., A. L.* (2012), con brillante comentario de GARCÍA MANSILLA (2012).

RADEHM
REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

De adoptarse la tesis sugerida, ante la ausencia de reglamentación del art. 43, Const. nac., en los asociados deberían cesar los efectos expansivos de una sentencia dictada en una acción de amparo colectivo.

§ 4. SÍNTESIS

En el marco de las acciones de amparo colectivo, se advierte gravamen constitucional en el *opt-out* si no se cumplen ciertos recaudos que hacen al debido proceso, a la autonomía personal y a la libertad como *prius*. Esos recaudos implican notificar, por correo postal, a cada miembro de la clase, a fin de que pueda manifestar su voluntad de excluirse del colectivo. En rigor, un régimen de *opt-in* es más respetuoso de la autonomía personal, y menos autoritario, pero ese no sería el espíritu emergente de la ley 24240 o de fallos con efectos expansivos como el aquí anotado. A todo evento, no se ha reglamentado el art. 43 de la Constitución nacional y las dos Acordadas vigentes no prevén la posibilidad de *opt-out* a los fines de sustraerse del colectivo en el marco de una acción de amparo colectivo. Ello es relevante, en especial ante casos que comprometen precios de producción de gas natural y tarifas de transporte y distribución de gas natural en el marco de una cuestión de puro derecho, tal como la relativa al procedimiento previo, v.gr., el recaudo de participación (art. 42, Const. nac.).

Por último, brindar la opción de acotar, de alguna manera, los efectos expansivos de fallos como el presente, mediante la oportuna solicitud de consentimiento de cada miembro del colectivo –sea tanto para excluirse como para incluirse en él– asegura el debido proceso de cara a los particulares y privilegiaría la prudencia judicial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BIANCHI, Alberto B. (2002a): "Algunas reflexiones acerca de los efectos de las sentencias", en *ReDA*, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, n° 39: pp. 1-35.

BIANCHI, Alberto B. (2002b): *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, segunda edición actualizada, reestructurada y aumentada, tomo I.

BIANCHI, Alberto B. (2002c): *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, segunda edición actualizada, reestructurada y aumentada, tomo II.

CASSAGNE, Juan Carlos (1989): "Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general (en la LNPA y en el RNLPA)", *El Derecho* (Buenos Aires, Universidad Católica Argentina) t. 131: pp. 911-918.

COTTREAU, Steven T. O. (1998): "The Due Process Right to Opt Out of Class Actions", *New York University Law Review*, vol. 73: pp. 480-528, en: http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-73-2-Cottreau.pdf (último acceso: 1/10/2016)

DE LA RIVA, Ignacio (2016): "¿Era obligatorio convocar a audiencia pública? (comentario al fallo de la Corte Suprema en los autos *CEPIS c/ MINEM*), *El Derecho*, 30 de septiembre de 2016: pp. 1-3.

RADEHM
REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

DODSON, Scott (2016): "An Opt-In Option for Class Actions", *Michigan Law Review*, vol. 115, n° 2, forthcoming, UC Hastings Research Paper n° 169, en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2733450 (último acceso: 30/9/2016).

DUVE, Christian, BOWDEN, Paul y LOCAVARA, Michael (s/f): "Class Actions – From North America to Europe and Beyond?", en: http://www.freshfields.com/foresight/article-03.html (último acceso: 30/9/2016).

GARCÍA MANSILLA, Manuel J. (2012): "Un truco de magia constitucional demasiado evidente. Omisiones, debilidades y (ho)(e)rrores del *Roe v. Wade* argentino", *DFyP* 2012 (mayo), nº 4: pp. 173-202. Cita on-line: AR/DOC 1559/2012.

LAPLACETTE, Dora R. (2016): "El gradualismo republicano aplicado a la crisis de las tarifas eléctricas", *RADEHM*, n° 10: pp. 227-235.

LINARES QUINTANA, Segundo V. (1978): *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional* (Buenos Aires, Plus Ultra) tomo 4.

MAIRAL, Héctor A. (1989): "Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento", *ReDA* (Buenos Aires, Depalma) n° 1/2: pp. 223-300.

SACRISTÁN, Estela B. (2016): "Acerca de las audiencias públicas solicitadas en 'CEPIS' y su fuente", *El Derecho*, 30 de septiembre de 2016: pp. 3-6.

SACRISTÁN, Estela B. (2007): *Régimen de las tarifas de los servicios públicos* (Buenos Aires, Ábaco).

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema de los Estados Unidos

Ashwander v. Tennesee Valley Authority (1936): 297 U.S. 288.

Phillips Petroleum Co. v. Shutts (1985): 472 U.S. 797.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Sojo, Eduardo (1887): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de septiembre de 1887, Fallos: 32: 120.

María Álvarez de Schuster (1941): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de diciembre de 1941, *Fallos*: 191: 388.

Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional - P.E.N. -M° de Eco. Obras y Serv. Públ.- y otros s/ amparo ley 16986 (2000): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 dee septiembre de 2000, Fallos: 323: 2519.

Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25873 - Dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986 (2009): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 de febrero de 2009, Fallos: 332: 111.

Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional – P.E.N. – Mº de Eco. Obras y Serv. Públ. y otros s/ amparo ley 16986 (2009): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11 de agosto de 2009, Fallos: 332: 1759.

Arriola, Sebastián y otros s/causa N° 9080 (2009): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 25 de agosto de 2009, Fallos: 332: 1963.

F. A. L. s/medida autosatisfactiva (2012): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13 de marzo de 2012, Fallos: 335: 197.

Transportadora de Gas del Norte S.A. c/ ENaRGas – Resol. 1948/10 s/ amparo, Causa CSJ 000416/2011(47-T) (2012): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 31 de julio de 2012.

PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales (2013): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de agosto de 2013, Fallos: 336: 1236.

Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. ley 24240 y otro s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321, inc. 2, CPCyC) (2014): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6 de marzo de 2014, Fallos: 337: 196.

Soldano, Domingo c/ EN ley 26095 M° Planificación Resol. 2008/06 y otro s/ amparo ley 16986 (2014): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de julio de 2014, Fallos: 337: 877.

Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo, FLP 8399/2016/CS1 (2016): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18 de agosto de 2016.

NORMATIVA CITADA

Estados Unidos

United States Code, Title 28, Appendix, *Federal Rules of Civil Procedure* [Estados Unidos], Rule 23, en: http://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title28/title28a/node85/titleIV&edition=prelim (último acceso: 1/10/2016).

Acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Acordada CSJN 32/2014, en http://old.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp?ID=89518 (último acceso: 30/9/2016).

Acordada CSJN 12/2016, en: http://old.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp?ID=97813 (último acceso: 30/9/2016).

Leyes y resoluciones argentinas

Ley 16986 (B.O. 22/10/1966).

Ley 24076 (B.O. 12/6/1992). Ley del Gas.

Ley 24240 (B.O. 15/10/1993). Ley de Protección del Consumidor.

Ley 25561 (B.O. 7/1/2002). Ley de Emergencia.

Ley 26204 (B.O. 20/12/2006). Prórroga de la ley 25561 de Emergencia.

Ley 27200 (B.O. 4/11/2015). Prórroga de la ley 26204, de prórroga de la ley 25561.

Resoluciones 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería (B.O. 1/4/2016).

RADEHM
REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

Director editorial

José A. MARTÍNEZ DE HOZ (h.)

Directora ejecutiva

Estela B. SACRISTÁN

Subdirector

Tomás LANARDONNE

Coordinadora

María Carolina CRESPO

Consejo académico

Ana Elizabeth BASTIDA • Alberto B. BIANCHI

Daniel CASAL • Germán FERNÁNDEZ LAHORE

Máximo J. FONROUGE • Florencia HEREDIA

Arturo PERA • Héctor M. POZO GOWLAND

Francisco Javier ROMANO • Rubén O. SABATINI

Roberto P. SOBRE CASAS • Alejandro VERGARA BLANCO

Mariano C. VIVAS DE LORENZI • Hernán M. ZABALLA

Secretarios de redacción

Juan Cruz AZZARRI • Hugo Aníbal CABRAL

María Luján CRESPO • Nicolás ELIASCHEV

Ignacio M. DE LA RIVA • Héctor M. HUICI

María Inés JUSTO • Beatriz KROM

Leonardo F. MASSIMINO • Mariano PALACIOS

Diego PARRAVICINI • Pablo RUEDA

Luis Patricio SALADO • Juan Martín SIANO

Claudio Norberto VÁZQUEZ

RADEHM
REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA

www.radehm.com.ar

ABACO

www.abacoeditorial.com.ar

EDITA Y DISTRIBUYE EDITORIAL ÁBACO DE RODOLFO DEPALMA S.R.L.

Anexo 24

[Doctrina] **De la jurisprudencia a la ley: despertares del per saltum (*)**

Autor/es: Por Sacristán, Estela B.. EDCO, [252] - (16/05/2013, nro 13.239) [Publicado en 2013]

I

Planteo

A diferencia de la acción de amparo (primero negada por la jurisprudencia, luego admitida por ella, positivizada durante un gobierno *de facto,* y elevada al rango constitucional durante un gobierno *de iure*), el recurso extraordinario por salto de instancia posee, en nuestro país, una existencia con líneas sinuosas y repetidas, en la que se alternan las “eras jurisprudenciales” y las “eras normativas”: épocas en que parece hallarse bien activo en las sentencias; épocas en que lo despierta la ley. Difiere, así, y mucho, de su similar estadounidense del orden federal, consagrado en la práctica desde fines del siglo XIX, y en diversas normas positivas desde al menos el primer cuarto del siglo XX, con vigencia desde julio de 1954 bajo las Reglas de Procedimientos ante la Corte Suprema estadounidense, según enseña el célebre estudio de Lindgreen-Marshall(1).

Acerca de la reciente normativización del recurso por salto de instancia en la Argentina –recurso vigente desde el 5-12-12, día en que quedó promulgada de hecho la respectiva modificación al Código ritual–, ya hay unas primeras reflexiones(2).

En estas líneas me referiré a la etapas jurisprudenciales del *per saltum* y, a propósito de la última consagración normativa, haré alguna reflexión sobre la dinámica jurisprudencia-codificación, en esta suerte de ir y venir del mentado recurso.

Me permito formular una acotación preliminar: esas etapas jurisprudenciales, entiendo, no hubieran sido posibles sin dos fallos que, sin ser representativos de la práctica del recurso extraordinario por salto de instancia, permitieron que el mismo comenzara a ser siquiera imaginable. Se trata de “Adhemar Robustiano Moreno”(3); y el célebre “Jorge Antonio”(4). El primero efectúa un aporte procesal; el segundo, un aporte interpretativo.

En el primero, relativo a un conflicto de competencia entre autoridades militares y las judiciales de una provincia, a propósito de unos detenidos por orden judicial sustraídos por autoridades militares con menoscabo a la jurisdicción del juez de instrucción interviniente, se recordó el rol de la Corte Suprema dirimiendo competencias e incluso evitando privaciones de justicia bajo el art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58, y señalando, para el caso, “los límites precisos” en que han de ejercerse las potestades de las autoridades, armónicamente, bajo la Constitución. En el caso, el Alto Tribunal falló sin que mediara sentencia del superior tribunal de la causa, pues el Superior Tribunal provincial tan solo había tomado conocimiento de los hechos transmitidos por el juez de instrucción, procediendo a solicitar la intervención de la Corte Suprema federal(5). Muchos años después, ese inciso de ese artículo iba a volver a la vida, con renovados bríos procesales, como veremos.

En el segundo y célebre fallo mencionado, relativo, en el fondo, a la judicialización de un conflicto interadministrativo(6), abierta la jurisdicción aun cuando no mediaba ni sentencia definitiva ni cuestión federal, la Corte Suprema destaca la posibilidad de superar los ápices formales cuando media gravedad institucional, y menciona, en forma expresa y con criterio de avanzada, la “determinación interpretativa de la jurisdicción extraordinaria”, formalmente atribuida por ley(7).

En ninguno de estos dos fallos se enuncia un *holding* que declare abiertamente el reconocimiento de un recurso extraordinario por salto de instancia. Empero, en el primero, la Corte intervino aun cuando el superior tribunal provincial no había resuelto la cuestión de fondo, sino que sólo le había transferido la causa. Y en el segundo, creador de la doctrina de la gravedad institucional, la invocación de una jurisdicción extraordinaria que se va tejiendo por medio de “determinaciones interpretativas” fija, definitivamente, la

cuestión: la jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema no iba a ser sólo materia de ley, sino también de interpretación. Trascendente conclusión a efectos del diseño de una futura doctrina que permitiera, llegado el caso, intervenir rápidamente, con prescindencia de una decisión del superior tribunal de la causa.

Recordados estos fallos, adentrémonos, entonces, en el nacimiento y desarrollo del *per saltum* en nuestro país, sin perjuicio de alguna comparación con su similar estadounidense.

II

Las etapas

La historia jurisprudencial del recurso por salto de instancia o *per saltum,* en la Argentina, aparece como una superación de la jurisprudencia negatoria(8) de la facultad de la Corte Suprema de entender en causas por fuera de los recursos de apelación establecidos normativamente.

La misma comienza a mostrar los primeros signos en los ochenta, madurando en los noventa y solidificándose, con ciertas particularidades, más tarde. Veamos.

a) Primera etapa (1985-1990)(9)

Informando la doctrina del recurso extraordinario por salto de instancia, ya integrada la Corte Suprema con los ministros nombrados por el joven gobierno democrático, se comienzan a producir importantes decisiones o votos; tales los que se advierten en “Guardia”(10), “Scaccheri de López”(11), “Siciliano”(12), “Margarita Belén”(13), “Riveros”(14), “González”(15), “Ramírez”(16), “Suárez Mason”(17). Todos estos casos estuvieron teñidos de una marcada resonancia humana o social, y la mayoría se vinculó a graves hechos de tenor penal. Ellos sirvieron para que se comenzara a perfilar la doctrina que inspira estos párrafos.

“Guardia”(18) consiste en unas actuaciones originadas en la suspensión de unos funcionarios judiciales. Mientras tramitaba el expediente de Superintendencia respectivo, avocada la Corte Suprema a ello luego de cerrar, para los actores, la vía de la acción de amparo, se continuó, ante la justicia contencioso-administrativa federal de primera instancia, la tramitación de la acción de amparo de los funcionarios. Se llegó a solicitar el informe del art. 8º. Luego de calificar como jurisdiccional su actividad en el expediente, la Corte Suprema invocó su fallo anterior, que había vedado la vía de la acción de amparo a los actores por ante la justicia contencioso-administrativa federal de primera instancia, y anuló las actuaciones en su integridad, ordenando el archivo, llamando la atención del juez de primera instancia rebelde.

Como puede verse, en este caso medió ejercicio de función jurisdiccional, y a efectos de la apertura de la jurisdicción de la Corte Suprema y de resolver, se prescindió de la intervención previa de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal.

“Scaccheri de López”(19) se origina, como causa, con la denuncia de apropiación de una menor, anotada como propia por otra familia. En la causa se debatían diversas cuestiones, pero llegó hasta la Corte Suprema por una cuestión de competencia: la Cámara Federal había declarado que la causa correspondía a la justicia civil provincial. Apelada la resolución sobre competencia mediante recurso extraordinario, el Máximo Tribunal, por mayoría, declaró competente a la justicia federal, y devolvió el expediente para que se resolviera sobre la cuestión de fondo.

En cambio, el Dr. Petracchi, en su disidencia, advirtiendo tal vez los efectos, sobre la menor, de la tramitación de la causa –a modo de ejemplo, se debatía si la guarda tendría lugar en la provincia de Buenos Aires o en la de Río Negro– y para “no aumentar el daño”, expresa que el pronunciamiento de la Cámara Federal de La Plata, enviando la causa a la justicia civil, provincial, apelado mediante recurso extraordinario, es equiparable a la sentencia definitiva(20). El salto procesal, de cara al conmovedor caso, lo da al proceder a resolver sobre el fondo, es decir, sobre la tenencia de la menor, cuestión acerca de la cual no había

mediado anterior decisión(21).

"Siciliano"(22) es un caso en el que la Corte Suprema rechazó, presumiblemente en febrero de 1989 y en forma unánime, el pedido de avocación *per saltum*. El registro de expedientes del tribunal no brinda información siquiera de la fecha de la decisión, pero en la primavera de ese año dicho tribunal intervino, resolviendo dentro de los cauces normales de apelación(23).

"Margarita Belén"(24) es otro caso relativo a la respectiva "masacre" de más de dos decenas de "elementos subversivos"(25) en la provincia del Chaco durante un gobierno *de facto*. El caso llegó hasta los estrados del tribunal en razón de una contienda negativa de competencia. La mayoría resolvió la competencia, en lo esencial bajo el art. 24, inc. 7º, decreto-ley 1285/58, advirtiendo que no podía prescindir de las reglas que rigen la apelación, ni asumir competencia originaria si no se daban los requisitos, ni resolver el caso mediante la doctrina de la gravedad institucional si el caso era ajeno al art. 14 de la ley 48. En suma, no podía resolver sobre el fondo sin que interviniera, previamente, el tribunal competente para ello.

Empero, el Dr. Petracchi, en disidencia, entendió que la resonancia del caso hacía que éste fuera resuelto no por la mera contienda negativa de competencia, sino en cuanto al fondo: "No obstante la situación procesal en que se encuentra la causa, corresponde igualmente pasar a su juzgamiento sustancial (...) La existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar su intervención superando los ápices procesales frustratorios del control constitucional (...) Es inadmisible la demora en la tutela del derecho comprometido, cuya naturaleza requiere consideración inmediata (...) 'sin esperar las resultas del juicio ordinario ni del resultado de la demanda contenciosadministrativa pendiente'(26) (...)"(27). Agregó que "tales lineamientos no traducen la extensión de la competencia del tribunal a supuestos no previstos por las leyes reglamentarias de aquélla, sino solamente de la oportunidad en que ha de ejercitarse la jurisdicción inequívocamente acordada, que con arreglo también a irrecusables precedentes, ha de ser la que requiera la efectiva tutela del derecho federal en juego"(28). De este modo, votó en forma similar a como lo había hecho en "Scaccheri de López", asimilando la gravedad de éste –relativa a apropiación de una menor– con la gravedad de la masacre de más de veinte montoneros.

En "Riveros"(29), con ecos de "Margarita Belén", nuevamente se produce una disidencia del Dr. Petracchi, resolviendo asumir inmediatamente el conocimiento de la causa, al tiempo que la mayoría resolvía, tan solo, el recurso interpuesto. Idénticas alternativas procesales se presentan en los casos "González"(30), "Ramírez"(31) y "Suárez Mason"(32), de hechos similares.

Como puede verse a partir de esta apretada síntesis, los hechos que inspiran la solución del inmediato conocimiento de la causa muestra sus particularidades, su casuística. Por un lado, tenemos un único caso relativo a separación de funcionarios judiciales, y casos relativos a la apropiación de menores y a víctimas de la lucha contra la subversión. Estos últimos son agrupables en dos vertientes: los rechazados (primer caso "Siciliano" que arriba a la Corte Suprema(33)), por un lado; y los resueltos en punto al específico recurso, sin perjuicio de la disidencia que propicia, ora, una solución sobre el fondo ("Scaccheri"); ora, que se asuma el conocimiento de la causa ("Margarita Belén" y sus seguidores).

Así, parece concluir la infancia de la doctrina del recurso que permitiría que el Máximo Tribunal entienda en una causa sin que haya mediado resolución por parte del superior tribunal de la misma. Una infancia en la que dicha doctrina había prometido mucho más de lo que el ordenamiento o los precedentes permitían: (i) por mayoría, la absorción –por razones de superintendencia catalogadas por la Corte Suprema de ejercicio de la función jurisdiccional– de un expediente que tramitaba ante un juzgado federal de primera instancia; (ii) por disidencia, mas no siempre, el ensanchamiento de una suerte de competencia particular, para resolver sobre el fondo o resolver decidir asumir el conocimiento de causas que no habían sido todavía resueltas por los tribunales inferiores.

b) Segunda etapa (1990-1999)(34)

En los noventa, la adolescencia del *per saltum* abandona la arena humana y se traslada al campo económico, cosechando una exitosa acogida entre la mayoría de los ministros del Alto Tribunal.

Las puertas de la jurisdicción de la Corte Suprema se abren en "Dromi"(35), caso de marcado significado económico: la privatización de la aerolínea de bandera, previa licitación internacional, no podía ser obstaculizada por acciones de amparo iniciadas por legisladores no legitimados en sede judicial. Por ello, merced a la entonces reciente discrecionalización de la jurisdicción de la Corte Suprema por modificación del art. 280, CPCCN, la Corte Suprema resuelve, sin norma positiva alguna que avalara el salto de instancia, la presentación directa y el recurso planteado por el Ministro de Economía contra la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la acción de amparo de los legisladores actores. Nace así el denominado " *per saltum* a pedido de parte", pues la Corte Suprema resuelve mediando una presentación directa del Estado, así como una apelación contra la sentencia de primera instancia. Sus recaudos: la acreditación de urgencia, y de gravedad institucional(36). Al momento de fallar, se produce una sola disidencia, del Dr. Fayt. Los restantes jueces que intervinieron en la resolución del caso –nombrados por el titular del Poder Ejecutivo y promotor de las privatizaciones, v.gr., los Dres. Levene, Cavagna Martínez, Barra, Nazareno, Moliné O'Connor– y el Dr. Petracchi –partidario, como vimos antes, del conocimiento directo y rápido, y nombrado por Alfonsín– votan por dejar sin efecto la decisión del juez federal de primera instancia(37).

"Reiriz"(38) significa la maduración del recurso que motiva estas líneas. Ya vigente la Constitución de 1994 –que erige al Ministerio Público en una suerte de "cuarto poder" del Estado–, se presentan ante la Corte Suprema los procuradores fiscales apelando una sentencia de primera instancia que había otorgado la excarcelación –luego de seis años de cumplimiento de condena– a varios procesados involucrados en un serio caso de estupefacientes. Divisando, en el caso, gravedad institucional y urgencia(39), la Corte ordena suspender los efectos de la sentencia de primera instancia apelada. El Dr. Petracchi, en su disidencia parcial, vota por ordenar la remisión de las actuaciones y por que se suspenda el cumplimiento de las excarcelaciones otorgadas por el juez de primera instancia.

Las puertas de la jurisdicción alcanzada por salto de instancia se cierran en "Antonio Erman González"(40): en este conflicto, entre el Banco del Interior y Buenos Aires y el regulador bancario, Banco Central de la República Argentina, se desestima el *per saltum* planteado. El actual sistema de seguimiento de expedientes de la Corte Suprema permite ver que, hallándose la causa radicada ante los estrados de la Corte Suprema entre julio de 1990 y la fecha del fallo desestimatorio, fines de noviembre de 1990, se resolvió fijar fecha para audiencia el 21 de agosto, el 27 de agosto, el 14 de septiembre; la Corte Suprema, en su fallo(41), anuncia que convocó a cuatro audiencias públicas(42). La Corte Suprema –mayoría integrada por los Dres. Levene, Cavagna Martínez y Petracchi, voto separado del Dr. Belluscio y voto separado del Dr. Cotter– calificó a la presentación como *per saltum*, y la desestimó. La mayoría, por no detectarse necesidad de "proveer una custodia expeditiva (...) [ni advertirse] rigurosa gravedad institucional..."(43). El voto del Dr. Belluscio desestima la presentación por no hallarse habilitada la jurisdicción de la Corte Suprema. El Dr. Cotter, por sus fundamentos. Pero se produce una sólida disidencia de los Dres. Fayt, Nazareno y Moliné O'Connor, resolviendo sobre tribunal competente y dejando sin efecto las medidas cautelares dispuestas; y otra disidencia del Dr. Quintana Terán, resolviendo sólo sobre tribunal competente.

Por último, en "Unión Obrera Metalúrgica"(44), dos Ministerios –de Trabajo y de Justicia– se presentan ante la Corte Suprema solicitándole que revisara una sentencia de primera instancia de la justicia laboral dictada en un caso entre "Fiat Argentina y el Estado Nacional - Ministerio de Trabajo". Alegaban que la pretensión de Fiat debía ventilarse por la vía asociacional-sindical, con apelación ante un Ministerio, y, eventualmente, con revisión judicial por ante la Cámara de Apelaciones del Trabajo. La Corte Suprema advirtió, nuevamente, gravedad institucional y urgencia(45), y procedió a resolver la apelación contra la sentencia de primera instancia. Aplicando el art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58, esto es, ejerciendo no función jurisdiccional sino administrativa o de superintendencia(46), la Corte decide desestimar el recurso por salto de instancia interpuesto. Mas resuelve, además, dejar sin efecto lo resuelto por la jueza de primera instancia por haber actuado careciendo de jurisdicción. En el caso no intervinieron ni el Dr. Petracchi, ni el Dr. Belluscio, ni el Dr. Bossert. Y el Dr. Fayt, invocando su disidencia en "Dromi", se limitó a desestimar el recurso. Hay doctrina

que dice que “UOM” –al igual que el caso de las privatizaciones de la red nacional de aeropuertos, Rodríguez Jefe de Gabinete(47)– constituyeron *per saltum*(48); otra doctrina ve, en los dos, algo diferente: un “conflicto de poderes”(49).

En esa época se desestiman –entre muchos otros– los *per saltum* planteados en “Partido Demócrata Progre-sista”(50), incoados contra la resolución de una junta electoral provincial, al no estar en juego una excepción al requisito del superior tribunal en el orden de las instancias federales, sino en el de las locales. En “Apoderado del Partido Justicialista”(51), el recurso por salto de instancia deviene de inoficiosa resolución y así falla la Corte Suprema. Zozobran las presentaciones en “Escobar”(52); en “Britez”(53); en el triste caso “Osswald”(54); una denuncia *per saltum*(55); el caso “Yoma de Me-nem”(56); una presentación que no cuadraba en los arts. 116 o 117, CN(57); otro caso de estupefacientes(58); “Rodríguez”(59); “Arancibia Clavel”(60); “Gait”(61); un caso de impugnación de candidaturas(62); “Prellezo”(63); entre otros.

De esta manera, habíamos pasado a tener una suerte de regla 11 de procedimientos de la Corte estadounidense(64), solo que no por vía normativa, sino por vía jurisprudencial, ante casos de innegable importancia económica: una licitación internacional para privatizar Aerolíneas Argentinas; la excarcelación por aplicación del “dos por uno” de procesados por contrabando de estupefacientes (588 kilos de cocaína); la supervivencia de un banco comercial; las consecuencias económicas, para una empresa automotriz, derivadas de aplicar un convenio colectivo de 1975 y no el de la posdesregulación, de 1996; la privatización del sistema nacional de aeropuertos.

Incluso podría haberse dicho que, así como en Estados Unidos esa regla 11 es reglamentación de una ley(65), cuando entre nosotros se sancionó el *per saltum* en “Dromi”, éste habría devenido una reglamentación del art. 280, CPCCN(66), de discrecionalización de la jurisdicción de la Corte Suprema, en especial interpretado *a contrario sensu*: abrir la jurisdicción discrecionalmente –sin importar si se lo hacía a pedido de parte o de oficio– podía, llegado el caso, significar prescindir de la previa decisión por parte del superior tribunal de la causa. Pero tengo para mí que, al así hacerse, no se alcanzaba el mismo resultado que aplicando la citada regla 11 foránea: es que ésta exige el previo pedido de parte, siempre, lo cual no se había verificado en, por ejemplo, “UOM”.

c) Tercera etapa (2000 en adelante)

La historia posterior del *per saltum* es mucho más familiar en la memoria, tiene fundamento no ya jurisprudencial sino, en ciertas épocas, legislativo, y a partir de este juego de norma y precedente pueden identificarse tres subetapas. Veamos.

2001-2002. La primera subetapa corre desde la incorporación del recurso por salto de instancia al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación como art. 195 bis por el art. 50, decreto autónomo, de ejecución y de necesidad y urgencia, número 1387/01, publicado el 2-11-01, con el solo objeto de permitir a los entes estatales apelar las medidas cautelares del corral bancario. La respectiva norma procesal contenida en dicho decreto fue reformulada por art. 18, ley 25.561, conservando su sentido. Finalmente, el respectivo recurso por salto de instancia perece con la derogación por ley 25.587 o Ley Antigoteo o Ley Tapón enderezada a evitar la devolución de depósitos(67), publicada el 26-4-02. A esta breve subetapa legislativa del *per saltum* corresponden “Banco de la Ciudad”(68) y “Smith”(69), además de “Terminales Río de la Plata”(70) y “Rodríguez, Alicia”(71)(72).

Estimo relevante acotar que esta clase de recurso por salto de instancia, de fuente legislativa, en una materia determinada de economía –tal, entiendo, la derivada de emergencia bancaria y abandono de la convertibilidad–, es asimilable a su similar estadounidense, que permitió que la Corte Suprema estadounidense fallara dos de los cuatro clásicos y trascendentes casos de abrogación o abandono de la cláusula oro en la crisis del 30, proceso similar a nuestra pesificación de obligaciones del verano 2001/2002. En efecto, de esos cuatro casos, dos eran de deuda privada (fallados conjuntamente) y dos de deuda pública; y uno de los dos casos de deuda privada mencionados, fallado por la Corte estadounidense a favor

de la abrogación de la cláusula oro en las obligaciones, fue un *per saltum*: “Bankers’ Trust”(73). La innegable importancia pública de éste hace a que, por resolución conjunta de ambas Cámaras del Congreso, se había abrogado la cláusula oro contenida en todas las obligaciones, públicas y privadas existentes en ese país, a la época del fallo, 1935(74). No obstante la similitud de transfondo económico señalada, una diferencia, evidente, entre el recurso por salto de instancia estadounidense y el del citado art. 195 bis es que éste estaba destinado a la apelación de medidas cautelares, exclusivamente.

2002-2012. La segunda subetapa del recurso que ocupa estos párrafos transcurre desde la mencionada derogación en abril de 2002, hasta la sanción de la ley 26.790, publicada el 4-12-12.

En esta etapa –y probablemente debido a esa derogación, que obligaba a arriesgarse aplicando una doctrina de pura fuente jurisprudencial– zozobran numerosos *per saltum*: “Diglio”(75); “Asociación de Bancos Públicos y Privados”(76); “Arrastia”(77), caso lindante con la denegación de justicia; “Iglesias”(78); “Damnificados Financieros”(79); “Chabán”(80), sobre la tragedia de Cromañon; “Piragi-ni”(81); “Confederación”(82), sobre las retenciones; “Elibo”(83); “Mattos”(84); “Smith”(85); entre otros.

2012 en adelante. La tercera subetapa es la actual, vigente la ley 26.790, y muestra, ya, las dos batallas –los dos recursos de apelación por salto de instancia– que el Gobierno perdiera en su guerra contra Clarín(86).

Otro caso con rechazo del pedido de “avocamiento”, vigente la ley 26.790, es el pedido de *per saltum* del Dr. Aquino Britos en la causa “Altabe de Lértora c. Universidad Nacional del Nordeste”(87). En este último caso, empero –caso relativo a un concurso universitario en el que participara la mencionada profesora–, advirtiendo que podría haber una privación de justicia bajo el art. 24, inc. 7º, decreto-ley 1285/58, la Corte Suprema requirió que se informara acerca del incidente de levantamiento de la medida cautelar, solicitado por el legislador provincial recurrente.

III

Algunas reflexiones

Hoy, la ley 26.790 ha dado partida de nacimiento normativo al recurso por salto de instancia; y, al así hacer, ha hecho lo propio con la cara doctrina de la gravedad institucional, y con la añosa y sabia doctrina del gravamen irreparable.

Ahora, restringiendo estas reflexiones a los aspectos sustanciales de la norma, estimo que ha entrado en vigencia un régimen normativo de requisitos de procedencia del *per saltum* que recoge la experiencia jurisprudencial antes reseñada, mas en forma combinada, acumulativa, harto exigente, con balcones a una sólida discrecionalidad: después de todo, como la propia Corte Suprema dijera en “Jorge Antonio”, la jurisdicción extraordinaria es materia de “determinaciones interpretativas”.

Así, en el art. 257 bis(88), párr. 1º, hoy lucen el clásico recaudo de “notoria gravedad institucional” y la necesidad de una “solución (...) expedita”, es decir, rápida, tal como se podría exigir bajo “Dromi”. Empero, en dicho artículo y párrafo también se adicionan, además del compromiso de un “derecho federal”, el “evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior”, lo cual nos retrotrae a la era anterior a la de la gravedad institucional de “Dromi” y de “Jorge Antonio”, para colocarnos en el campo de otra doctrina –tributaria de la primera– denominada “doctrina del gravamen irreparable”(89), explicitada, entre otros, en “Yezzi”(90). Todo ello indicaría que hoy se ha elevado el umbral para plantear el mentado recurso, al menos si se lo compara con el precedente argentino por autonomasia, “Dromi”, y, especialmente, si se lo compara con la regla 11 de procedimientos ante la Corte Suprema estadounidense.

Además, el primer requisito ya mencionado –v.gr., la gravedad institucional notoria, versión criolla de la “importancia” requerida por la regla 11 estadounidense– a acreditar debe tipificar en la conceptualización brindada en el segundo párrafo del citado artículo. Por ende, dicha gravedad institucional debe

caracterizarse por “exced[er] 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”. De este modo, se exige, en forma acumulativa, respecto de lo exigido en el párr. 1º, la proyección de la cuestión más allá de las partes para proyectarse, en forma alternativa, sobre el “público” o sobre el “general”. Nótese que el Diccionario de la Real Academia(91) define “general” como “prelado superior de una orden religiosa”, “en las universidades, seminarios, etc., aula o pieza donde se enseñaban las ciencias”, o como “oficial general del Ejército”, razón por la cual resultaría llamativo que el legislador haya querido asociar la proyección de la cuestión a esos ámbitos religiosos, académicos o castrenses. Un segundo recaudo de este segundo párrafo es el de trascendencia, con lo cual se insiste legislativamente en el recaudo que oportunamente sirviera para la construcción del *certiorari* argentino en torno al art. 280, CPCCN(92), el cual sirviera, a su vez, para construir el *per saltum* de “Dromi”(93).

A la sumatoria de los primeros cuatro recaudos mencionados –notoria gravedad institucional; necesidad de una solución expedita; compromiso de un derecho federal; evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior–, más la original calificación ya reseñada en el párrafo precedente –v.gr., una gravedad institucional que se proyecte, literalmente, en aquellos ámbitos religiosos, académicos o castrenses, o que se proyecte en el público; que sea trascendente tal que se comprometa la República o la Constitución–, se agrega un criterio de interpretación a los fines de abrir la instancia: ese criterio es restrictivo, “de marcada excepcionalidad”.

Por último, esa excepcionalidad contrasta con el amplio y sano margen de sentencias y resoluciones que pueden, hipotéticamente, ser pasibles del recurso en cuestión; así, se enumeran, en el citado art. 257 bis, “sentencias definitivas de primera instancia”; “resoluciones equiparables a ellas en sus efectos”; y resoluciones “dictadas a título de medidas cautelares”, superándose el acotado ámbito de los *per saltum* de los corrales del período 2001-2002, *supra*. Mas tal amplio margen no alcanza al que en los ochenta podría haberse esperado, pues excluye causas penales.

IV

En conclusión

De esta manera, concluyo esta aproximación a los aspectos sustanciales del recurso extraordinario por salto de instancia, en sus fases jurisprudenciales y normativas; un recurso muy fuera de lo común: añoso, necesario, fortalecedor de la jurisdicción de máxima jerarquía de todos los órdenes, exigente, discrecionalizante, peligroso, políticamente utilizable.

Así las cosas, y a la luz de la sintética reseña de la práctica del más alto tribunal efectuada, se me hace que, cuando más despierto y fortalecido parece estar ese recurso, es cuando –como herramienta especialísima, y en ausencia de norma escrita habilitante– se crea y recrea en la jurisprudencia, en el marco de contiendas en las que, al final de cuentas, hay seres humanos comprometidos(94). No de otra manera se explicaría la sumatoria de recaudos previstos legislativamente. Mas ellos, en última instancia, bajo la luz de aquel obiter de “Jorge Antonio” –relativo a que la jurisdicción de la Corte Suprema no es una materia de ley sino de interpretación de esa(95)– serán a su vez materia de interpretación, en la incesante retroalimentación del juego de poderes, judicial y legislativo.

VOCES: **DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PROCESO - HISTORIA DEL DERECHO - PODER JUDICIAL - RECURSOS - LEY - PODER LEGISLATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - RECURSO EXTRAORDINARIO**

*** -** NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: En el estado de derecho los poderes constituidos son y deben ser limitados, por ALBERTO

SPOTA, ED, 171-1024; Apunte preliminar para el estudio de la Historia del Derecho Constitucional, por ALBERTO BIANCHI, ED, 183-1053; El per saltum, ¿una vía idónea de control constitucional?, por GRACIELA ELENA CANDA, EDCO, diario nº 13.125 del 20-11-12; Notas al proyecto de ley de recurso extraordinario por salto de instancia (per saltum), por GONZALO CANÉ, ED, diario nº 13.135 del 5-12-12; Ley 26.790: ¿Per saltum o per asaltum?, por JULIO CHIAPPINI, EDLA, nº 22 (2012-B), págs. 9 a 13. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

1 - LINDGREN, JAMES - MARSHALL, WILLIAM P., The Supreme Court's Extraordinary Power to Grant Certiorari Before a Judgment of the Court of Appeals, Supreme Court Review, The University of Chicago Press, 1986, págs. 259/316, esp. pág. 266

10 - "Carlos Eduardo Guardia y otra c. Corte Suprema", Fallos: 307:1779 (1985).

11 - "María Scaccheri de López", Fallos: 310:2214 (1987

12 - Exp. 386/1989, t. 22, letra S, Presentaciones Varias, ingresado el 23-1-89, caratulado "Siciliano, Susana s/solicita avocación per saltum causa incidente tutelar de Romina Paola Siciliano", archivado el 24-2-89.

13 - "Margarita Belén" (Chaco), Fallos: 311:1762 (1988).

14 - "Santiago Omar Riveros", Fallos: 312:977 (1989).

15 - "Sonia Beatriz González", Fallos: 312:979 (1989).

16 - "Carlos A. Ramírez", Fallos: 312:1334 (1989).

17 - "Suárez Mason, Carlos Guillermo s/homicidio, privación ilegal de la libertad, etc.", Fallos: 313:167 (1990).

18 - "Carlos Eduardo Guardia y otra c. Corte Suprema de Justicia de la Nación", Fallos: 307:1779 (1985).

19 - "María Scaccheri de López", Fallos: 310:2214 (1987).

2 - Ver BIANCHI, ALBERTO B., El regreso del per saltum, en ReDA, marzo-abril 2013, nº 86, Buenos Aires, Abeledo-Perrot - Thomson Reuters, en prensa.

20 - "María Scaccheri de López", Fallos: 310:2214 (1987), voto (en rigor, disidencia) del Dr. Petracchi, consid. 6º in fine.

21 - Ver, en especial, "María Scaccheri de López", Fallos: 310:2214 (1987), voto (en rigor, disidencia) del Dr. Petracchi, consid. 16: "Dadas las peculiares circunstancias del caso, es oportuno que el tribunal obre con arreglo a la facultad que le confiere el art. 16, segunda parte, de la ley 48, para resolver el fondo del asunto, o sea, en el caso, lo concerniente a la tenencia de la niña...".

22 - Exp. 386/1989, t. 22, letra S, Presentaciones Varias, ingresado el 23-1-89, caratulado "Siciliano, Susana s/solicita avocación per saltum causa incidente tutelar de Romina Paola Siciliano", archivado el 24-2-89.

23 - "Incidente tutelar de Romina Paola Siciliano", Fallos: 312:1580 (1989).

24 - "Margarita Belén" (Chaco), Fallos: 311:1762 (1988).

25 - Así los llama la carátula completa de la causa: "Investigación de los hechos ocurridos el 13 de diciembre de 1976 en la localidad de Margarita Belén (Chaco) durante el enfrentamiento producido entre fuerzas legales y elementos subversivos".

26 - Se cita un caso de juicio de apremio, "Fisco de la Pcia. de San Juan c. Sigifredo Bazán Smith", Fallos: 158:78 (1930).

27 - "Margarita Belén" (Chaco), Fallos: 311:1762 (1988), disidencia del Dr. Petracchi, consids. 5º y 6º.

28 - Ibídem, consid. 7º.

29 - "Santiago Omar Riveros", Fallos: 312:977 (1989).

3 - "Adhemar Robustiano Moreno y otros", Fallos: 246:237 (1960).

30 - "Sonia Beatriz González", Fallos: 312:979 (1989).

31 - "Carlos A. Ramírez", Fallos: 312:1334 (1989).

32 - "Suárez Mason, Carlos Guillermo s/homicidio, privación ilegal de la libertad, etc.", Fallos: 313:167 (1990).

33 - El segundo es el de la primavera de ese año: "Incidente tutelar de Romina Paola Siciliano", Fallos: 312:1580 (1989).

34 - Acerca de algunos de estos precedentes, ver SANTIAGO, ALFONSO (h.), La Corte de los nueve (principales fallos institucionales 90-93), en Anuario del Derecho, Universidad Austral, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, t. I, págs. 75-111.

35 - "José Roberto Dromi (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación)", Fallos: 313:863 (1990).

36 - Ibídem, consid. 5º: "Síguese de ello que, cuando las cuestiones federales exhiban inequívocas y

extraordinarias circunstancias de gravedad, y demuestren con total evidencia que la necesidad de su 'definitiva' solución expedita es requisito para la efectiva y adecuada tutela del interés general, las importantes razones que fundan la citada exigencia de tribunal superior deben armonizarse con los requerimientos antes enunciados, para que el marco normativo que procura la eficiencia del tribunal no conspire contra la eficiencia de su servicio de justicia al que, en rigor, debe tributar todo ordenamiento procesal" (la bastardilla no es del original).

37 - Ver, especialmente, "José Roberto Dromi (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación)", Fallos: 313:863 (1990), en págs. 876 y 880, donde se reproduce idéntica parte resolutiva.

38 - "María Graciela Reiriz y Eduardo Ezequiel Casal (Procuradores fiscales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)", Fallos: 317:1690 (1994).

39 - "María Graciela Reiriz y Eduardo Ezequiel Casal (Procuradores fiscales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)", Fallos: 317:1690 (1994), consid. 2º: "Surge de un modo claro y manifiesto que las consecuencias de las resoluciones apeladas pueden traducir agravios de imposible o tardía reparación ulterior (...) a lo cual se añade que las cuestiones revisten gravedad institucional" (la bastardilla no es del original).

4 - "Jorge Antonio", Fallos: 248:189 (1960).

40 - "Antonio Erman González y otros", Fallos: 313:1242 (1990).

41 - Ibídem, consid. 2º.

42 - Sobre ellas, y otras similares, remito a Las audiencias públicas convocadas por la Corte Suprema Argentina (¿Más cerca o más lejos de las reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos?), en LL, 2009-C-976/988.

43 - "Antonio Erman González y otros", Fallos: 313:1242 (1990), esp. pág. 1249.

44 - "Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c. Estado Nacional- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/juicio sumarísimo", Fallos: 319:371 (1996).

45 - Ibídem, consid. 4º: "La invasión que un poder del Estado pudiera hacer respecto de la zona de reserva de otro, importa siempre, por sí misma, una cuestión institucional de suma gravedad (...) La Corte debe actuar incluso con abstracción del nomen iuris (...) toda vez que el mantenimiento del orden institucional no admite dilaciones" (la bastardilla no es del original).

46 - Ibídem, consid. 9º, in fine.

47 - "Rodríguez, Jorge - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/plantea cuestión de competencia", Fallos: 320:2851 (1997).

48 - BIANCHI, ALBERTO B., Control de constitucionalidad, 2ª ed. act., reestr., aum., Buenos Aires, Ábaco, 2002, t. I, pág. 192, n. 132.

49 - SAGÜÉS, NÉSTOR P., Compendio de Derecho procesal constitucional, Buenos Aires, Astrea, 2009, pág. 385.

5 - "Adhemar Robustiano Moreno y otros", Fallos: 247:237 (1960), págs. 245/246.

50 - "Partido Demócrata Cristiano s/impugnación de candidatura a gobernador de Eduardo César Angeloz - Recurso de revisión", Fallos: 314:1030 (1991).

51 - "Apoderado Partido Justicialista y de la Alianza Frente de la Esperanza s/nulidad de elecciones de gobernador y vicegobernador de la provincia", Fallos: 316:289 (1993).

52 - "Escobar, Jorge Alberto s/presentación", Fallos: 316:2035 (1993), con aleccionadora disidencia del Dr. Petracchi.

53 - P. 512. XXV. PVA, "Pedido de avocación extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación s/en autos: 'Britez, José Adolfo s/acción de inconstitucionalidad de la resolución 23/92 del Superior Tribunal de Justicia y decreto 247/92'", del 13-10-94.

54 - "Osswald, María Gabriela s/su solicitud en autos: 'Wilner, Eduardo Mario c. Osswald, María Gabriela s/exhorto'", Fallos: 318:541 (1995).

55 - Ver las presentaciones varias en los expedientes C.974.XXIX, de 1994 y C.44.XXXI y C.306.XXXI, de 1995.

56 - "Yoma de Menem, Zulema Fátima s/su solicitud de per saltum en causa nº 26233", Fallos: 319:860 (1996) y Fallos: 320:1641 (1997).

57 - "Rodríguez, Daniel y otros s/solicitud de per saltum", Fallos: 319:858 (1996).

58 - "Villegas, Ángel Ariel y otros s/infracción ley 23737 - causa nº 9160", Fallos: 320:277 (1997).

59 - R. 1275. XXXII.PVA, "Rodríguez, Omar Santos y Sarmiento García, Luis Eduardo s/su solicitud de per saltum en el sumario en lo Criminal nº 8015 - C caratulado: 'Fiscal s/averiguación infracción ley 20.840'", del 25-11-97.
6 - "Jorge Antonio", Fallos: 248:189 (1960), esp. consid. 2º.
60 - A. 26. XXXIV.PVA, "Arancibia Clavel, Enrique s/su solicitud de per saltum en causa: A 1407/95", del 16-4-98.
61 - G. 299. XXXIV.PVA, "Gait, Jorge Antonio s/su solicitud de per saltum en autos: 'Gait, Jorge Antonio s/acción de inconstitucionalidad'", del 16-4-99.
62 - "Partido Nuevo (Distrito Corrientes) s/su recurso extraordinario", Fallos: 322:2514 (1999).
63 - "Prellezo, Gustavo Daniel su solicitud de per saltum en autos: 'Cabezas, José Luis s/víctima de privación ilegal de la libertad y homicidio doblemente calificado en Gral. Madariaga - causa nº 2120'", Fallos: 322:3569 (1999).
64 - Que establece: "El pedido de revisión [por parte de la Corte Suprema] de un caso tramitando ante una corte de apelaciones estadounidense, antes de que esa corte resuelva, será otorgado sólo si se demuestra que el caso es de tal importancia imperativa que justifica bypasear las prácticas normales de apelación y requerir la inmediata decisión por parte de esta Corte" (la bastardilla no es del original).
65 - Ver el título 28 del United States Code, § 2101: "El pedido, ante la Corte Suprema, de que revise un caso antes de que el mismo haya sido resuelto por la Cámara de Apelaciones, puede ser efectuado en cualquier momento antes de que sea resuelto".
66 - "Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordi-nario, 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..." (conf. art. 2º, ley 23.774, B.O. 16-4-90).
67 - Así lo explica GELLI, MARÍA ANGÉLICA, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 4ª ed. ampl. y act., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. II, pág. 565.
68 - "Banco de la Ciudad de Buenos Aires -en autos 'Kiper'- s/solicita se declare estado de emergencia económica (corralito financiero)", Fallos: 324:4520 (2001).
69 - Fallos: 325:366 (2002).
7 - "Jorge Antonio", Fallos: 248:189 (1960), págs. 194 y 196.
70 - Fallos: 325:335 (2002).
71 - Fallos: 325:722 (2002).
72 - Todos ellos han sido estudiados en profundidad por PALACIO DE CAEIRO, SILVIA B., La instancia extraordinaria federal de la Corte Suprema y el "corralito" financiero, en Gelli, María Angélica (dir.), Emergencia económica y recurso extraordinario, Buenos Aires, La Ley, 2003, págs. 92/108, esp. págs. 94/97.
73 - Ver "U.S. v. Bankers' Trust Co.", 294 U.S. 240 (1935), 294 U.S. 240, "Norman v. Baltimore & O. R. Co."; "United States et al. v. Bankers'Trust Co. et al. (dos casos)", nº 270, 471, 472, audiencias de 8, 9 y 10 de enero de 1935, falladas el 18-2-1935: "Mientras estas apelaciones estaban tramitando, esta Corte otorgó el certiorari en noviembre 5, 1934. 'U.S. v. Bankers' Trust Co., 293 U.S. 548', 55 S.Ct. 145, 79 L.Ed.".
74 - Conf. CARRIÓ, ALEJANDRO D. - GARAY, ALBERTO F., La jurisdicción per saltum de la Corte Suprema, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pág. 69 (negando que haya sido un caso de importancia pública imperativa, siguiendo a LINDGREN - MARSHALL, The Supreme Court's.... cit.).
75 - "Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/per saltum en autos: 'Diglio, Betina Elizabeth y otro c. Estado Nacional y otro s/amparo'", Fallos: 325:3065 (2002).
76 - "Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina s/interponen recurso extraordinario federal-per saltum", Fallos: 325:3064 (2002).
77 - "Arrastia, Buenard Celso s/su solicitud de per saltum en causa 26925 s/homicidio simple", Fallos: 326:4650 (2003).
78 - "Arrastia, Buenard Celso s/su solicitud de per saltum en causa 26925 s/homicidio simple", Fallos: 326:4650 (2003).
79 - "Damnificados Financieros Asociación Civil para su defensa s/per saltum: 'Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Siembra AFJP S.A. y otros s/ medidas cautelares'", Fallos: 328:1941 (2005).

8 - "La Corte Suprema no puede avocarse al conocimiento de ninguna causa, sin mediar los recursos establecidos por la ley", conf. "Daniel A. Navarro, por eliminación de inscriptos en el padrón electoral", Fallos: 53:132 (1893).
80 - "Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional a cargo de la Fiscalía Nº 1 s/interpone recurso extraordinario en autos: 'Chabán, Omar Emir s/excarcelación'", Fallos: 328:1564 (2005).
81 - "Piragini, Enrique A. y Herrador, Ramón Armando s/per saltum y denuncia contra la titular del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional Nº 1", del 22-4-08.
82 - "Confederación Lealtad Popular Orden Nacional s/solicita postergación del acto eleccionario del 28 de octubre de 2007", del 17-10-07.
83 - A. 1471. XLIII. PVA "Amersul S.A. s/per saltum en autos: 'Elibo S.A. c. Amersul S.A. s/ejecución hipotecaria'", del 26-2-08.
84 - M. 869. XLV. PVA, "Solicita avocamiento per saltum en autos: 'Mattos Castañeda, Carlos Francisco Pío c. Farizano, Antonio y otros'", del 2-3-10.
85 - S.834.XLVIII. PVA, "Smith, Juan Carlos y otros s/per saltum en autos: 'Smith, Juan Carlos y otros c. Estado de la Provincia de Córdoba s/amparo'", del 18-12-12.
86 - Ver: E. 300. XLVIII. PVA, "Estado Nacional, Jefatura de Gabinete de Ministros s/interpone recurso extraordinario por salto de instancia en autos: 'Grupo Clarín SA y otros c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa'", del 27-12-12; G. 1156. XLVIII. REX "Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares", de la misma fecha. Remito a las reflexiones de BIANCHI, ALBERTO, El regreso del per saltum, cit.
87 - A.1314.XLVIII. PVA, "Aquino Britos, Armando Rafael s/su presentación en autos: 'Altabe de Lertora, Martha H. c. Universidad Nacional del Nordeste'", del 12-3-13.
88 - Ese primer párrafo establece: "Procederá el recurso extraordinario ante la Corte Suprema prescindiendo del recaudo del 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".
89 - La recepción de esta doctrina en ocasión de la creación de la doctrina de la gravedad institucional en "Jorge Antonio" se halla propuesta en BARRANCOS Y VEDIA, FERNANDO N., Recurso extraordinario y gravedad institucional, 2ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, págs. 39/48 y jurisprudencia de la Corte Suprema allí citada.
9 - Acerca de estos precedentes puede verse, en detalle, BIANCHI, ALBERTO B., Una Corte liberal. La Corte de Alfonsín, Buenos Aires, Ábaco, 2007.
90 - En efecto, se ha afirmado que, "tanto a los efectos de la apelación extraordinaria del art. 14 de la ley 48 como de la ordinaria del art. 3º de la ley 4055, califícase con propiedad de sentencias definitivas a las resoluciones que dirimen la controversia poniendo fin al pleito y a las que, sin decidir el fondo del litigio, impiden su continuación y privan al recurrente del medio legal para obtener la tutela de su derecho; pero con respecto al recurso extraordinario, el concepto ha sido extendido hasta comprender otras decisiones cuando causan agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior", conf. "Yezzi, Antonio c. Frigorífico Anglo", Fallos: 191:252 (1941).
91 - www.rae.es.
92 - Ampliar, con provecho, en LEGARRE, SANTIAGO, El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
93 - Ver, especialmente, su consid. 9º.
94 - Después de todo, en sus orígenes, el derecho procesal fue construido para responder a requerimientos individuales; conf. GOZAÍNI, OSVALDO, El neoprocesalismo, LL, 2005-E-1328/1335, esp. pág. 1329.
95 - Ver n. 7.

Anexo 25

REVISTA JURIDICA ARGENTINA LA LEY

FUNDADORES

LEONIDAS ANASTASI
(1890-1940)

JERONIMO REMORINO
(1902-1968)

A. ROBERTO FRAGA PATRAO
(1897-1977)

Director
JORGE HORACIO ALTERINI

Subdirector
MIGUEL FEDERICO DE LORENZO

LA LEY

SOCIEDAD ANONIMA

BUENOS AIRES, 2010

ISSN 0024-1636

EL ROL DOCENTE DE LA CORTE SUPREMA

(EN TORNO AL ARTICULO 11 DE LA ACORDADA 4/2007)

POR ESTELA B. SACRISTÁN

SUMARIO: I. Planteo. II. Plan de exposición. III. Clases de incumplimientos bajo la Acordada. IV. La sola mención de la norma. La cuestión de la publicidad y la motivación. V. El incumplimiento que es obstáculo salvable seguido de discrecional admisión del recurso. VI. Recapitulación. VII. El sistema establecido en las Rules de la Corte Suprema estadounidense. VIII. Conclusiones.

I. Planteo (1)

A la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto máximo tribunal del orden federal, se le han adjudicado diversas funciones, sobre las que se ha explayado la doctrina: ser poder del Estado, jefe de la justicia federal, síntesis de la rama judicial de gobierno e intérprete final de la Constitución; ejercer el control de constitucionalidad; ser tribunal de garantías constitucionales; crear Derecho; ser poder constituyente; crear políticas; ejercer la casación federal; ser tribunal arbitral en disputas limítrofes entre provincias; ser guardiana del proceso político. (2) Pienso que posee una trascendente función más, que puede verse reflejada en cada una de las enumeradas, y es la que hace al magisterio que ejerce el máximo tribunal. Dicho magisterio o función docente puede ser apreciada —sin mayores complicaciones— como la autoridad, que la Corte Suprema ejerce por medio de sus fallos. Nada mejor para aprender los alcances del derecho a la intimidad que la lectura del fallo "Arriola"; (3) nada mejor para saber acerca de efectos de la sentencia que estudiar el fallo "Halabi". (4)

Ahora, y como se recordará, una primera gran frustración de la función de docente del Alto Tribunal sobrevino con la sanción legislativa del certiorari negativo, (5) el cual, al permitir discrecionales rechazos inmotivados, mediante una mera fórmula —con la "sola invocación" de esa norma—, vedó que los terceros —estudiosos de la jurisprudencia del Máximo Tribunal— comprendieran qué interpretación del tribunal apelado estaba quedando así firme, escenario tal vez modificable ante la presencia de ilustrativas disidencias o del dictamen previo de la Procuración General de la Nación o de la casual publicación previa o concomitante de la sentencia apelada en colecciones privadas.

El certiorari negativo debe diferenciarse del certiorari positivo o de admisión (6) —el cual, con base en el concepto de trascendencia contenido en el art. 280 CPCCN— nos ha brindado verdaderas lecciones magistrales acerca de, por ej., federalización de cuestiones de Derecho común o acerca de los vastos alcances del concepto de sentencia definitiva.

¿Y qué se puede advertir, en materia de magisterio de la Corte Suprema, en la Acordada N° 4 del año 2007 (7) (en adelante, la Acordada), en especial, en torno a su art. 11? (8) Entiendo que la "sola mención de la norma" a efectos de la desestimación del recurso puede conducir al terreno de la inmotivación, a la autodispensa del Alto Tribunal del deber de dar las razones de sus decisiones, generándose una nueva fuente de frustración de la labor docente del Máximo Tribunal. Asimismo, Gozaíni (9) y Gil Domínguez (10) han identificado, en el citado art. 11 de la Acordada, un nuevo certiorari positivo o de admisión pues se permite que la Corte Suprema decida discrecionalmente que un recurso extraordinario o de queja es admisible no obstante hallarse incumplida aquélla en tanto ese incumplimiento "no constituya un obstáculo insalvable".

Es indudable que la Acordada 4/2007 reviste formidable importancia. En el campo de la competencia extraordinaria de la Corte Suprema, se erige en un acto de alcance general —un reglamento— emanado del Máximo Tribunal, enderezado a regular las formalidades de la redacción de los recursos extraordinarios y de queja. De tal modo, al aprobar este reglamento, el Tribunal ha intentado poner orden en ese aspecto largamente relegado. Resultará casi anecdótico mencionarlo, pero puede señalarse que, antes de su entrada en vigencia, se habían visto desde recursos extraordinarios estandardizados, impresos en imprenta, de formato libro, intercalados por el Estado demandado en los miles de expedientes del *corralito*, hasta recursos harto voluminosos, como el del la presentación directa en el caso de la privatización de los aeropuertos, (11) e incluso breves recursos, como el del caso del control de constitucionalidad de oficio (12) o el del caso de los jueces subrogantes. (13)

Considero que los fines u objetivos que se tuvieron presente al sancionarse la Acordada son loables. Además, y bajo cierta perspectiva, sería una reglamentación comparable a la que regula las formalidades de las peticiones de certiorari ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Vale la pena enfatizar que ambos Tribunales poseen reconocida competencia reglamentaria; en el caso de la Corte Suprema argentina, bajo la Norma Fundamental, (14) posee competencia

---

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Expreso mi agradecimiento por la valiosa información brindada por el Prof. Russell Wheeler, del Federal Judicial Center, Washington D.C., durante la elaboración de este trabajo. Las opiniones volcadas en el mismo son sólo de quien lo suscribe, y en nada comprometen al citado especialista en administración judicial.

(2) Ampliar en BIANCHI, Alberto B., "Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema", LA LEY, 1997-B, 994/1013.

(3) A. 891. XLIV., 25/8/09, "Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080".

(4) H. 270. XLII., 24/2/09, "Halabi, Ernesto c. P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986".

(5) Art. 280, CPCCN.

(6) Ampliar en LEGARRE, Santiago, El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, 142 ps.

(7) Publicada en Fallos: 330:1315 (2007).

(8) Dicho art. 11 establece: "En el caso de que el apelante no haya satisfecho alguno o algunos de los recaudos para la interposición del recurso extraordinario federal y/o de la queja, o que lo haya hecho de modo deficiente, la Corte desestimará la apelación mediante la sola mención de la norma reglamentaria pertinente, salvo que, según su sana discreción, el incumplimiento no constituya un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva.

Cuando la Corte desestime esas pretensiones por tal causa, las actuaciones respectivas se reputarán inoficiosas. Del mismo modo deberán proceder los jueces o tribunales cuando denieguen la concesión de recursos extraordinarios por no haber sido satisfechos los recaudos impuestos por esta reglamentación.

En caso de incumplimiento del recaudo de constituir domicilio en la Capital Federal se aplicará lo dispuesto por el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación".

(9) Ver GOZAÍNI, Osvaldo A., "De la técnica de fundamentación del recurso extraordinario al abandono de la argumentación", en AA.VV., Técnica jurídica de los recursos extraordinario y de queja. Acordada 4/2007, suplemento especial de La Ley, Buenos Aires, abril 2007, ps. 12/14, eso. p. 13.

(10) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "¿Un recurso extraordinario ritualista y suntuoso?", en LL Actualidad, 22/5/07, p. 1.

(11) De 86 páginas, según se narra en el cap. IV del dictamen del Procurador General; ver "Jorge Rodríguez, jefe de gabinete de ministros de la Nación", Fallos: 320:2851 (1997), esp. 2863.

(12) Ver "Rita Aurora Mill de Pereyra y otros c. Pcia. de Corrientes", Fallos: 324:3219 (2001), esp. p. 3232, donde se alude a un recurso de 7 páginas (LA LEY, 2001-F, 891).

(13) Ver "Carlos Alberto Rosza y otro", Fallos: 330:2361 (LA LEY, 2007-C, 520) (2007), esp. p. 2370, donde se alude a un recurso de 6 páginas.

(14) Art. 113, CN: "La Corte Suprema dictará su reglamento interior (...)" (la bastardilla no es del original). Esta es una importante competencia que la Corte Suprema posee para reglamentar "hacia adentro

para reglar su propio funcionamiento, (15) y ello parecería lógico si se piensa que nadie sabe más, en materia de apelaciones, que el propio tribunal que los resuelve.

Mas me pregunto: ¿conduce el art. 11 de la Acordada a fallos inmotivados, carentes de toda enseñanza, al permitir desestimar la apelación "mediante la sola mención de la norma reglamentaria pertinente"? y cuando se ejerce el nuevo certiorari de admisión formal discrecional, ¿qué enseñanzas, para los terceros, surgen del respectivo fallo respecto del "obstáculo" que no se tuvo por insalvable? Y yendo más allá, ¿hay puntos en común o sólo divergencias entre la Acordada y las *Reglas* que sanciona y aplica la Corte Suprema estadounidense en materia de peticiones de certiorari?

II. Plan de exposición

Los párrafos que siguen intentan ensayar una respuesta a los interrogantes expuestos. Entiendo que ellos pueden encararse considerando un específico par de variables emergentes de la propia Acordada, art. 11, v.gr., la existencia o inexistencia de un incumplimiento que constituya un "obstáculo insalvable" y sus consecuencias. Ello, en virtud de las diversas consecuencias jurídicas que de esa existencia o inexistencia se derivan. Quedan, por cierto, fuera de los límites de este trabajo los recursos interpuestos *in forma pauperis*.

Asimismo, los supuestos resultantes de ese par de variables pueden ser ponderados a la luz de dos recaudos: el de motivación de las decisiones emanadas de los órganos estatales —y los fallos de la Corte Suprema lo son— y el de publicidad. (16) Ello en tanto se coincidirá en que ambos —motivación y publicidad de las decisiones de los órganos estatales— son reconocidos recaudos de todo sistema que se tenga por republicano.

Finalmente, dado que un ordenamiento que suele inspirar nuestro derecho procesal constitucional es el estadounidense, se efectúa el relevamiento del caso a la luz de las *Rules of the Supreme Court of the United States*, y se efectúan las comparaciones y contrastes relevantes.

III. Clases de incumplimientos bajo la Acordada

El art. 11 de la Acordada consagra, en forma expresa, una figura denominada "obstáculo insalvable".

Ahora, si dicho artículo reconoce expresamente que hay incumplimientos que *no* son *obstáculo insalvable*, es porque, implícitamente, considera que pueden existir incumplimientos que sí son *obstáculo insalvable*. Ello coloca, en el escenario, obstáculos *salvables* y obstáculos *insalvables*, respectivamente. Los primeros podrían originar una discrecional admisión o desestimación del recurso a tenor de la letra de la norma citada. En cambio los segundos no podrían generar una discrecional admisión o desestimación del recurso pues el mentado artículo sólo prescribe la consecuencia de discrecional admisión o desestimación para un antecedente específico, v.gr., recursos en los que el incumplimiento "no constituy[e] un obstáculo insalvable". Tenemos así, por ende, (i) incumplimientos que son *obstáculos salvables* seguidos de discrecional admisión del respectivo recurso; (ii) incumplimientos que son *obstáculos salvables* seguidos de discrecional desestimación del respectivo recurso; (iii) incumplimientos que sí son *obstáculos insalvables*, generadores de la desestimación del respectivo recurso.

Según el citado artículo, la "sola mención de la norma" es recaudo expreso de fundamentación del fallo respectivo siempre que se desestima el recurso ("en el caso de que el apelante no haya satisfecho (...) o lo haya hecho de modo deficiente, la Corte desestimará la apelación mediante la sola mención de la norma (...)"). Quedan comprendidas, como se vio, en esta desestimación estandardizada, inmotivada, las discrecionales desestimaciones mediando incumplimientos que son obstáculos salvables, así como las desestimaciones mediando incumplimientos que son obstáculos insalvables pues ambos conjuntos de desestimaciones parecen razonablemente morar en la primera parte del art. 11 ya que son, precisamente, desestimaciones. Ahora, al fundarse la decisión en la "sola mención de la norma", ¿se causa agravio a los recaudos de motivación, dándose a publicidad un fallo carente de significado para los terceros que lo leen? ¿Se frustra la función de magisterio de la Corte Suprema?

¿Y qué sucede con los recursos que evidencian incumplimientos que son obstáculos salvables seguidos de discrecional admisión del respectivo recurso, en una suerte de certiorari de admisión? ¿Qué reflexiones suscita la motivación de los respectivos fallos, cognoscible previa publicidad? ¿Qué incidencia se verifica de cara a la función docente de los fallos de la Corte Suprema?

IV. La sola mención de la norma. La cuestión de la publicidad y la motivación

El primero de los supuestos detallados en la sección precedente es aquel en el cual la Corte Suprema desestima un recurso extraordinario o de queja con la "sola mención" del específico artículo, de la Acordada, incumplido. En este caso se cumple acabadamente con la publicidad requerida pues es posible recuperar, a través de la consulta de fallos completos en la página web de la Corte Suprema, el texto completo del respectivo fallo. (17)

Desde el punto de vista de la motivación, podría pensarse que los respectivos fallos, al fundarse en una mera norma, son inmotivados. Pero la evidencia demuestra que ello no siempre es así.

Cuando el fallo cuenta con previo dictamen de la Procuración General de la Nación, es posible identificar, en forma precisa, y siquiera en forma parcial, cuál fue el incumplimiento detectado (que se consideró obstáculo insalvable con la consecuente desestimación, o que se consideró obstáculo salvable merecedor de una discrecional desestimación). Ese dictamen nutre la motivación que se espera en los actos estatales. Así, por ejemplo, en un caso (18) de comienzos del año en curso, el fallo de la Corte Suprema expresa que la queja "no ha cumplido estrictamente con la totalidad de los requisitos exigidos en el art. 4° (...)". Esos requisitos, como se recordará, son la extensión del escrito (10 páginas), los renglones (26) y el tamaño del cuerpo de la letra ("no menor de 12"). Pues bien, de la lectura del respectivo dictamen de la Procuración General puede inferirse, al menos, que la queja en cuestión tenía 16 páginas. Componiendo la motivación del fallo, entonces, tenemos, como enseñanza, que debe respetarse el límite de 10 páginas para las quejas, quedando en la obscuridad, empero, lo relativo a las particularidades de los restantes incumplimientos (v.gr., cantidad de renglones, tamaño del cuerpo de la letra).

Por cierto, esta mínima integración de la motivación se torna más ardua, si no imposible, cuando no se ha producido aquel dictamen, o cuando del mismo no surgen los extremos fácticos que sustentarían la desestimación. (19) A modo de

---

de sí misma", como enseña GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 4ª ed. ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 477.

(15) Así, ejerce un rol institucional; ver DALLA VÍA, Alberto R., "Modelos, tribunales y sentencias constitucionales", en LA LEY, 2009-A, 1158/ 1169, esp. p. 1169, acápite a (iii). Cabe recordar también las leyes que, delegación legislativa mediante, le permiten a la Corte Suprema reglar los procesos que tramitan en las instancias inferiores, v.gr., L. 48, de jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, R.N. 1863-1869, p. 49: "Art. 18: La Corte Suprema podrá establecer los reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos, con tal que no sean repugnantes a las prescripciones de la Ley de Procedimientos". L. 4055, R.N. 1902-I, p. 100: "Art. 10: La Suprema Corte ejercerá superintendencia sobre las Cámaras Federales, Jueces de Sección, Jueces Letrados de Territorios Nacionales y demás funcionarios de la Justicia Federal, debiendo dictar los reglamentos convenientes para procurar la mejor administración de justicia". Cfr., empero, la L. 25488, de reforma del CPCCN, BO 22/11/01: "Art. 4°: (...) La Corte Suprema de Justicia de la Nación queda facultada para dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de las normas y fines de esta reforma" (la bastardilla no es del original), delegación que parecería abarcar tanto a los procesos que tramitan ante ella misma como a los que tramitan ante las instancias inferiores.

(16) "La justicia debe ser administrada públicamente, y las sentencias deben expresar sus motivos", conf. "Matías Kook Weskott", Fallos: 328: 2740 (2005), cit. en BADENI, Gregorio, Tratado de Derecho constitucional, 2ª ed. act. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, ps. 1845/1848 ("Publicidad de los actos judiciales"), esp. p. 1848, n. 2072.

(17) La Corte Suprema argentina publica —en su página web, botón Secretaría de Jurisprudencia— el texto íntegro de los fallos posteriores a 1994.

(18) D.86.XLIV, 17/3/09, "Da Cunha, Virginia c. Yahoo de Argentina y otros s/daños y perjuicios".

(19) A modo de ejemplo, puede verse F.292.XLIV, 25/8/09, "Ferrovías S.A. s/concurso preventivo s/verificación de sellos" ("la queja... no ha cumplido con los requisitos exigidos en el art. 4°...) y el dictamen de la Procuración General de la Nación correspondiente ("interpuso recurso extraordinario (fs. 32/34), que desestimado (fs. 52/53) dio lugar a la presente queja").

ejemplo, a partir de la lectura de algunos fallos (20) podrá verse que en ciertos casos se incumplió el art. 4° de la Acordada, pero es imposible saber si, en cada caso, se superaba la cantidad máxima de páginas, o se excedía la cantidad máxima de renglones por página, u se advertía una letra de cuerpo ilegible o "menor de 12". Sólo por vía de reposición surgiría mayor información sobre el incumplimiento detectado, (21) aunque no siempre. (22)

Va de suyo que, en supuestos como el reseñado, la cuestión relativa a si, en el caso, se verificaba un incumplimiento que era un obstáculo insalvable, o un incumplimiento erigido en obstáculo salvable pasible de discrecional inadmisión del recurso, queda también en el terreno de las hipótesis.

Todo ello no es sino prueba del déficit que, en materia de motivación, produciría la fundamentación del respectivo fallo desestimatorio mediante la "sola mención de la norma", mas, en general, podrían serle aplicables, *mutatis mutandi*, las consideraciones que oportunamente neutralizaran las objeciones constitucionales a los rechazos formulaicos fundados en la sola invocación del art. 280 CPCCN. Ante esta escena, toda consideración de la labor de magisterio de la Corte Suprema tornaríase írrita, salvo por las particulares incidencias señaladas que echan luz sobre las razones de la decisión adoptada, permitiéndose, en mayor o menor medida, la integración de la motivación.

V. El incumplimiento que es obstáculo salvable seguido de discrecional admisión del recurso

El segundo supuesto enumerado en la sección III, que despierta aún más interés que el anterior, es aquel en el cual la Corte Suprema decide, discrecionalmente, que el recurso extraordinario o la queja son admisibles no obstante hallarse incumplida la Acordada en tanto ese incumplimiento "no constituya un obstáculo insalvable" bajo el art. 11 de aquélla. En otras palabras, se estaría ante un incumplimiento que se erige en obstáculo "salvable", hipotético generador de la discrecional admisión del recurso, suerte de *certiorari* positivo en la terminología de Gozaíni y Gil Domínguez, (23) o, incluso, de supuesto de gravedad institucional según Buteler. (24)

Veamos lo relativo a la críticas que esta posibilidad ha despertado (acápite a), así como lo relativo a la publicidad y motivación requeridas (acápite b) de cara a la función de magisterio del Máximo Tribunal.

a) Una crítica debatible:

La vía del art. 11 para no desestimar recursos extraordinarios o de queja que incumplen las formalidades fijadas en la Acordada, ha sido cuestionada con fundamentos en que se habilitaría una derogación singular del reglamento (25) pues la Corte Suprema aplicaría la Acordada, pero no a *todos* los recursos a los que la misma es aplicable sino que lo derogaría, discrecional y singularmente.

Entiendo que tales cuestionamientos son al menos debatibles. En primer lugar, ha sido siempre la habilidad de la Corte Suprema para excepcionar los regímenes generales preexistentes la que ha permitido el desarrollo de la propia competencia de apelación extraordinaria al engendrar y nutrir las doctrinas de la arbitrariedad de sentencias (al construirse una suerte de "cuarto inciso" del art. 14 de la L. 48) (26) de la gravedad institucional (al permitir que se morigeraran los recaudos de sentencia definitiva, (27) de cuestión federal, y superior tribunal de la causa) (28)(29) del per saltum (al habilitar el ejercicio de la jurisdicción extraordinaria sin que mediara intervención del superior tribunal de la causa, en casos de gravedad institucional sumada a urgencia a pedido de parte (30) o por razones de superintendencia (31), del certiorari de admisión o certiorari positivo (morigerando el recaudo de sentencia definitiva (32) o federalizando una cuestión de Derecho común, (33) entre otros supuestos). Todas estas doctrinas —entre otras— no habrían nacido si la Corte Suprema no se hubiera propuesto superar o *hypassear* ciertos ápices formales o sustanciales, frustratorios del remedio federal, según los casos.

En segundo lugar, la regla de la inderogabilidad singular de los reglamentos halla limitaciones: nadie dudaría de que, a partir del pensamiento aristoteliano, las razones de equidad pueden siempre llevar a la construcción de excepciones a un régimen general, (34) y ni siquiera la Corte Suprema ha sido ajena a ese extremo no ya en cuestiones procesales sino de fondo. (35) Por cierto, razones de equidad no son razones que privilegien a cierto recurrente, o que se impongan por la importancia económica de un asunto: razones de equidad significan hacer justicia en el caso en concreto, bajo la manda ética ya apuntada. En tercer lugar, la regla de la inderogabilidad singular del reglamento no parecería derechamente aplicable a una aparente derogación singular que, en rigor, es puro ejercicio de una discrecionalidad calificada —sana discreción, dice el art. 11 de la Acordada—, discrecionalidad que —después de todo— poseen, dentro de su esfera, en nuestro país, todos los órganos constitucionales. (36) En otras palabras, ejercer la discrecionalidad a la que habilita el art. 11 de la Acordada significa —literalmente— adoptar una de varias posibilidades válidas emergentes de aquel artículo.

Distinta es la cuestión de si la Corte Suprema puede auto-atribuirse esa discrecionalidad: re-

---

(20) A título de ejemplo, pueden verse: J. 118. XLIV, 1°/9/09, "Jara, Silvia N. y otros c. Consejo Provincial de Educación s/daños y perjuicios"; F. 292. XLIV, 25/8/09, "Ferrovías S.A. s/concurso preventivo - verificación de sellos"; G. 1170. XLIV, 4/8/2009, "Garcete, Oscar Fernando c. Eles S.I.S.A. Emepa S.A. UTE s/despido"; Y. 48. XLIV, 4/8/2009, "Yaber, Fernando c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ demanda laboral"; entre muchos otros.

(21) Z. 109. XLIV, 18/8/2009, "Zweegman, Guillermo A. c. Poder Ejecutivo Nacional s/amparo: "Que el pedido de reposición de lo resuelto por el Tribunal resulta improcedente pues las decisiones de esta Corte en los recursos de queja por apelación denegada no son, en principio, susceptibles de recurso alguno (Fallos: 316:1706, entre muchos otros), sin que en el caso se presente un supuesto estrictamente excepcional que justifique apartarse de tal doctrina, en tanto el recaudo previsto en el art. 4° del reglamento aprobado por la acordada 4/2007 ha sido claramente incumplido por el recurrente, pues esa norma establece la extensión máxima del escrito en una determinada cantidad de "páginas" y no de hojas."

(22) Puede verse B. 413. XLIV, 16/12/2008, "Bulacio, Juan Carlos y otros c. Quebecor World Buenos Aires s/ acción ordinaria - nulidad administrativa".

(23) Ver n. 9 y n. 10, supra.

(24) BUTELER, Alfonso, "La Corte Suprema y la aplicación de la acordada 4/2007", en LA LEY, 2007-E, 508/510, esp. p. 509.

(25) BARRAZA, Javier I., "La inderogabilidad singular de los reglamentos", en Abogados, Revista del CPACF N° 100, ps. 54/55, esp. p. 55 (también en La Ley Actualidad, 2/10/2008, p. 3): "Nuestro Máximo Tribunal ha violentado el principio en estudio mediante el punto 11 de la Acordada 4/2007, al permitir dejar sin efecto ese Reglamento para casos particulares (...). Como se puede advertir, la Corte se ha reservado la facultad de dictar medidas de excepción. Es decir, se abren las puertas para la arbitrariedad, al violentar el principio de igualdad de raigambre constitucional, pues mediante "esa sana discreción" se pueden conceder a algunos lo que se niega otros (...)".

(26) CARRIÓ, Genaro R. - CARRIÓ, Alejandro D., El recurso extraordinario por sentencia arbitraria, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, t. I, p. 40; puede ampliarse en SAGÜÉS, Néstor P., Compendio de Derecho procesal constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 226.

(27) Así, en "Jorge Antonio", Fallos: 236:657 (1956).

(28) Así, en "Toculescu, Esteban y otros", Fallos: 271:79 (1968).

(29) Puede verse "Margarita Belén", Fallos: 311:1762 (1988), disidencia del Dr. Enrique S. Petracchi.

(30) "Dromi, José R.", Fallos: 313:863 (1990) (LA LEY, 1990-E, 97).

(31) "Unión Obrera Metalúrgica", Fallos: 319:371 (1996).

(32) "Serra, Fernando H. y otro c. MCBA", Fallos: 316:2454 (LA LEY, 1995-A, 401) (1993).

(33) "Rodríguez, Juan R. c. Cía. Embotelladora Argentina S.A. y otro", Fallos: 316:713 (DT, 1993-A, 753) (1993).

(34) "...Cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo hubiera estado ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado"; conf. ARISTÓTELES, Ética Nicomaquea (vers. esp. e introd. de GÓMEZ ROBLEDO, Antonio), 19na. ed., Porrúa, México, 2000, p. 71.

(35) Tal vez el más célebre caso sea "Saguir y Dib, Claudia G.", Fallos: 302:1284 (LA LEY, 1981-A, 401) (1980).

(36) Así, el Poder Ejecutivo, conf. "Pazos, Eliana B. c. CONET", Fallos: 318:554 (1995), "BIBA c. BCRA", Fallos: 331:2382 (2008); el Poder Legislativo, conf. "E.N. - Mrio. de Cultura y Educación c. Universidad Nacional de Luján", Fallos: 322:842 (1999), "Galli, Hugo G. y otro c. PEN", Fallos: 328:690 (2005); y el Poder Judicial mismo, conf. "Juzg. en lo Crim. y Corr. de San Isidro N° 1", Fallos: 324:2881 (2001), "Gago, Damián A.", Fallos: 331:1099 (2008).

cuérdese que la discrecionalidad que se ejerce bajo el art. 280 CPCCN es atribuida por el legislador; en cambio la emergente del art. 11 de la Acordada al encarar las formalidades del recurso no es de fuente legislativa formal. Mas pienso que si la Corte Suprema puede autoatribuirse poderes implícitos, como lo hizo en "Pérez de Smith", (37) nada obstaría a que se autohabilite para tomar decisiones discrecionales frente a opciones que ella misma ha regulado previamente.

b) Publicidad y motivación:

Aplicando el esquema de análisis adoptado, desde el punto de vista de la publicidad, se advierte que, al dispensarse el régimen general bajo el art. 11 de la Acordada, se cumple con la publicidad requerida a rajatablas pues los respectivos fallos se publican en la página web de la Corte Suprema, tal como se publican todos los fallos, en texto íntegro, posteriores a 1994.

Ahora, ¿cómo sabemos si en un caso ha sido dispensado el régimen bajo el art. 11, de la Acordada? Y yendo más allá, a los fines de construir un concepto jurídico indeterminado como el de *incumplimiento que constituye un obstáculo salvable que amerita admisión del recurso*, ¿qué nos enseñan los fallos de la Corte Suprema?

(i) En primer lugar, podemos detectar fallos que invocan el art. 11 y fundan la excepción, con lo que se hallaría cumplido el requisito de motivación. Así, en un fallo (38) dictado en el año en curso, luego de considerase que el tribunal inferior había rechazado *in limine* el recurso extraordinario de la citada en garantía bajo el art. 2° de la Ac. 4 —v.gr., incumplimiento de acompañar la carátula—, se expresó que "el Tribunal, en uso de su sana discreción, considera que dicho incumplimiento no constituye un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la vía recursiva atento a la índole de la cuestión planteada", y procedió a fallar sobre el fondo de la cuestión, revocando la sentencia apelada. La mentada "índole" de la cuestión planteada hace a lo resuelto por la propia Corte Suprema en los precedentes —opiniones mayoritarias y disidencia— que detalla en el fallo, los cuales, a su vez, remiten a anteriores fallos. Es un claro caso de stare decisis vertical.

(ii) En segundo lugar, podemos distinguir fallos en los que se produjeron disidencias: si la disidencia declara inadmisible el recurso bajo la Acordada, se podrá inferir, elípticamente, que la mayoría del Tribunal —al admitirlo— consideró que el o los incumplimientos eran obstáculos salvables. En un caso (39) fallado en el año en curso, la disidencia resolvió que, como la queja incumplía diversos artículos de la Acordada, debía ser desestimada; en cambio la mayoría no motivó la dispensa y abrió el recurso explicitando que, en el caso, se estaba ante una ejecución hipotecaria; similar tesitura se advierte cuando se está por ejecutar la vivienda única familiar de la deudora. (40) También se detectan fallos penales que guardan puntos en común con estos casos. (41)

(iii) En tercer lugar, podemos detectar, cuando la mayoría declara inadmisible el recurso bajo alguno o algunos artículos de la Acordada, que se pueden producir disidencias harto ilustrativas que motivan o fundamentan la adopción de la vía del art. 11 de la Acordada. En casos de índole penal, se advierten fallos en los que, si bien la mayoría desestima el recurso bajo específicos artículos de aquélla, la disidencia pondera la privación de la libertad del recurrente para considerar que la causa "debe considerarse como incluida en la excepción contemplada en el art. 11 del reglamento aprobado por la acordada 4/2007". (42) En este renglón también se pueden ponderar fallos de tenor penal en los que la mayoría declara inadmisible el recurso, mas la disidencia resuelve sobre el fondo, indirectamente dando por dispensados los recaudos que llevaran a la mayoría a fallar como lo hizo. (43)

(iv) Por último, puede mencionarse el supuesto en el cual, si bien la mayoría declara inadmisible el recurso bajo específicas previsiones de la Acordada, por vía de disidencia se decide que el caso es desestimable a tenor del art. 280 CPCCN, disidencia a partir de la cual se podría inferir un temperamento por el cual se han dado, elípticamente, por dispensados, en ella, los recaudos de la Acordada. (44) Lo mismo podría predicarse cuando la disidencia decide que no hay sentencia definitiva. (45) En ambos casos hay una desestimación, pero la ponderación de las formalidades del recurso, bajo la Acordada precede, lógicamente, al análisis bajo los recaudos propios.

A partir de estas diversas soluciones emergentes de la pequeña muestra de fallos considerada, que la información que se transite al tercero lector, en punto a la motivación de la respectiva dispensa, surge en forma explícita en determinados supuestos. A la luz de la enumeración efectuada, se hacen saber las precisas razones que fundan la excepción —sea ella procedente de la mayoría o de una disidencia— en los supuestos (i) (lo resuelto por la propia Corte Suprema en los precedentes que se enumeran); (ii) (particulares circunstancias habitacionales, casos o penales); (iii) (disidencias de dispensa motivadas, en casos penales).

Por cierto, en todo fallo precedido de dictamen, será, en ocasiones, posible obtener mayores precisiones sobre las particularidades de los aspectos formales del recurso y, en general, del caso. Mas ello también mora en la arena del debate pues otra alternativa que se advierte es aquella por la cual la mayoría declara inadmisible el recurso —bajo la Acordada, o bajo el art. 15, L. 48— y una disidencia propicia que, previamente, se dictamine. (46)

Lo dicho hasta aquí, desde el punto de vista de la motivación, brinda una saludable preocupación del Alto Tribunal ante la sociedad: la fundamentación expresa —en menor o mayor detalle— de la excepción generada bajo el art. 11 de la Acordada, se plasme aquélla en opiniones mayoritarias o no.

VI. Recapitulación

De lo dicho en las dos secciones precedentes se infiere que, cuando se desestima el recurso mediante la sola invocación de la norma, y cuando discrecionalmente no se lo desestima por mediar un incumplimiento que se considera obstáculo salvable, el recaudo de publicidad se cumple invariablemente, mas el de motivación sufre modulaciones —según las alternativas sobre las que los ejemplos analizados ilustran— que, a su vez, poseen la virtualidad de potenciar o debilitar el valor docente que el texto de los respectivos fallos posee.

Al igual que los rechazos bajo el art. 280 CPCCN "con la sola mención" de dicha norma, las desestimaciones mediante la sola invocación del o de los artículos de la Acordada pueden llegar a ser piezas vacías de contenido para los terceros lectores, salvo que, como se vio, sea posible integrar la motivación, lo cual no siempre es el caso. Y cuando discrecionalmente se tiene al incumplimiento por obstáculo salvable, si bien

(37) "Ana Pérez de Smith y otros", Fallos: 300:1282 (1978) ("Ante la existencia de una efectiva privación de justicia, por causas totalmente ajenas a las funciones y competencia específicas de los magistrados, a cuyo alcance no está poner remedio a aquella situación, corresponde poner en ejercicio los 'poderes implícitos' que hacen a la salvaguarda de la eficacia de la función judicial y dirigirse al Poder Ejecutivo Nacional "a fin de encarecerle intensifique, por medio de los organismos que correspondan, la investigación sobre el paradero y la situación de las personas cuya desaparición se denuncia judicialmente y que no se encuentran registradas como detenidas") (lo resaltado con comillas simples no es del original).

(38) M. 1054. XLIV., 27/5/09, "Machado, Mirta B. c. Microómnibus Tigre S.A. s/daños y perjuicios".

(39) P. 1144. XLIII., 3/3/2009, "Pelorosso, Graciela N. c. Villaluce, René H.".

(40) O. 142. XLIV., 10/3/09, "Olchansky, Miriam A. c. Grados, Ana M.".

(41) B. 1066. XLIV., 5/5/09, "Beraza, Guillermo César s/causa 26.617".

(42) T. 304. XLIV., 24/2/09, "Tejada, Jorge L. y otros s/ robo simple —robo calificado por el uso de arma— causa n° 29.725/06"; S. 1084. XLIV., 9/6/09, "Sarco, Ramón A. s/p.s.a. robo agravado seguido de muerte".

(43) A. 751. XLIV., 2/6/09, "Alban y Caballero, Miguel Ángel s/abuso sexual gravemente ultrajante".

(44) Ver y comparar mayoría y disidencia en B. 37. XLV., 14/4/09, "Banco de la Nación Argentina c. Llaver de Berrios, Teresita"; en R. 804. XLIV., 27/5/09, "Rallin, Juan A. s/delito contra la propiedad"; en B. 899. XLIV., 2/6/09, "Bobadilla, Gustavo Eduardo s/causa n° 9306"; P. 850. XLIV., 2/6/09, "Peralta, Diego y otros s/causa n° 7892".

(45) B. 1111. XLIV., 2/6/09, "Bártoli, Guillermo s/ causa n° 104.197".

(46) F. 690. XLIV., 9/6/09, "Fernández Madero, Jaime s/causa n° 835/2007"; G. 931. XLIV., 9/6/09, "Grisolía, Mauricio Salvador y otros s/inf. ley 23.771"; R. 888. XLIV., 9/6/09, "Raimbault, Manuel c. Pcia. de Tierra del Fuego - Consejo de la Magistratura"; G. 177. XLV., 4/8/09, "Gordon, Marcelo y otros s/asociación ilícita y secuestros extorsivos"; P. 1047. XLIV., 25/8/09, "Pisano, Néstor Horacio s/causa n° 9724".

se percibe una preocupación por motivar la resolución, resulta inevitable rememorar la perplejidad que el certiorari positivo, y sus confines, oportunamente suscitara.

Cierto es que todo ello se evitaría si se pudiera leer, además del fallo dictado bajo la Acordada 4, el recurso extraordinario o de queja interpuesto: sólo de esa manera se podría integrar, sin riesgo de error, la motivación de la solución que el fallo adopta; temperamento éste que permitiría sobrellevar las parquedades de la "sola mención" del o de los artículos de la Acordada, y que enriquecería los fallos que son certiorari positivo formal bajo el art. 11 de la Acordada, además de que dotaría de significado los rechazos con la "sola mención" del art. 280 CPCCN. Se volverá sobre estos dos aspectos en la sección VII, *infra*, al acudirse a la comparación con la experiencia que rodea las peticiones de *certiorari* ante la Corte Suprema estadounidense.

Lo expuesto hasta aquí me lleva a preguntarme: ¿ocurre lo mismo de cara a las Rules de la Corte Suprema estadounidense en punto a las peticiones de certiorari? Indagar en la respuesta obliga a repasar consideraciones formales (las formalidades de la respectiva petición), y procedimentales (el camino que sigue la petición formalmente admisible).

VII. El sistema establecido en las Rules de la Corte Suprema estadounidense

Como sabemos, el procedimiento de revisión por *certiorari* se inicia, ante la Corte Suprema estadounidense, con la presentación de la respectiva petición en 40 copias encuadernadas, (47) ante dicho tribunal, directamente, en el plazo de 90 días desde la fecha de la sentencia que se apela. Posteriormente se corre traslado, y se puede producir el *brief in opposition* que también se presenta en 40 copias, (48) que puede merecer una *reply* del peticionante en igual cantidad de copias. (49) Perfeccionadas ello, se admite la petición en un 1% mediante la denominada "regla de 4", pues el restante 99% carece de mérito.

Vemos, a partir de lo dicho, que hay dos etapas distinguibles, reguladas de dos maneras diferentes, que persiguen objetivos diversos: (i) la presentación de la petición, rodeada de innumerables formalidades emergentes, en lo sustancial, de los arts. 14 (relativo al contenido de la petición), 33 (preparación del documento, formato) y 34 (preparación del documento, requisitos generales) de las *Rules...*; y (ii) el ejercicio de la discrecionalidad de la Corte Suprema en la etapa posterior, cuando, cumplidos los traslados, se rechaza la petición por carecer la misma de importancia (99% de los casos) o se la admite mediante 4 votos (1% de los casos), y se procede a solicitarle al recurrente la fundamentación de su pedido (*brief on the merits*) y se fija fecha para el alegato oral (*oral argument*), en lo que aquí interesa.

De más está recordar que todos los *briefs* están sujetos a severos requisitos formales, contenidos en las *Rules...*, mas a los fines de este trabajo basta con acudir a los que son impuestos a las peticiones de *certiorari* específicamente.

a) Las formalidades que rodean el escrito de petición de certiorari:

Algunas de las previsiones de los arts. 14, 33 y 34 de la *Rules...* recuerdan los aspectos regulados en la Acordada 4/2007. Ahora, ¿qué sucede con las peticiones de certiorari que no cumplen con esos recaudos, que son, en rigor, innumerables, abarcando desde la calidad de impresión hasta el modo de contar las palabras, desde la claridad en la redacción hasta el color de la tapa del libelo? El art. 14.5 de la *Rules...* establece que:

"[S]i el peticionante no logra la precisión, brevedad y claridad esenciales para la pronto y adecuada comprensión de los puntos que requieren consideración, ello será suficiente razón para que la Corte deniegue la petición. Si el Funcionario determina que una petición, presentada en término y de buen a fe, de algún modo incumple esta Regla o las Reglas 33 ó 34, el Funcionario la devolverá junto con una nota indicando la deficiencia. Se considerará presentada dentro del término la petición corregida presentada (...) antes de los 60 días a computar desde la fecha de la nota del Funcionario". (50)

Surge de la letra de la norma transcripta que el objetivo es lograr que la presentación que

(47) Rules of the Supreme Court of the United States, 33.1.f.

(48) Rules... cit., 15.3.

(49) Rules... cit., 15.6.

(50) Rules... cit., 14.4 y 14.5.

efectúa el letrado cumpla, indefectiblemente, las formalidades; es tarea del Funcionario lograr que la petición se acomode a las *Rules...*; en otras palabras, posteriormente, la Corte Suprema no puede manipular una petición que las incumpla.

Existe la posibilidad de que se excepcionen los numerosos recaudos que fijan las *Rules...* en los artículos citados, pero ello halla importantes límites. Primero, deberá estarse ante un recaudo excepcionable, como ser el de plazo de presentación de la petición de certiorari o el de extensión del escrito; no así el de tipo de papel, calidad de impresión, color de la tapa, depósito de la tasa, etc. Segundo, debe mediar previo pedido de parte interesada formulado con cierta antelación; así, 15 días antes del vencimiento del plazo se puede solicitar que se permita una mayor extensión en el escrito bajo el art. 33.1.d, y ese plazo de antelación sólo cede ante circunstancias extraordinarias, según establece la citada norma. Lo mismo ocurre bajo el art. 14.5 si se solicita, con 10 días de antelación, una prórroga del plazo para presentar la petición de certiorari. Un ejemplo de "circunstancias extraordinarias" es el fallecimiento o enfermedad grave del letrado en un momento crítico. (51) Tercero, las propias normas aplicables (art. 33.1.d.; art. 14.5) desaconsejan estos pedidos. Cuarto, el pedido de mayor extensión o de prórroga debe demostrar que media una *good cause*, esto es, una justa causa, para que se conceda la misma; "justa causa" para la prórroga del plazo de presentación del pedido de certiorari puede ser ese deceso o enfermedad o la alta probabilidad de transacción del caso; no son justa causa las vacaciones, feriados religiosos, incorporación de nuevos letrados; las causas voluminosas no siempre generan justa causa. (52) Similares razonamientos pueden adoptarse respectos de otros recaudos formales, previstos en las *Rules...*

Ello indica que hay vías de escape respecto de las exigencias de los arts. 14, 33 y 34, pero sujetas a precisas reglas prefijadas: debe mediar pedido de parte, acreditando los extremos requeridos, en relación con aquellos recaudos que permitan tal pedido, y con las importantes limitaciones normativas preestablecidas. Queda, así, escaso espacio para la discrecionalidad.

¿Es posible, para los terceros, conocer el pedido de excepción y su resolución favorable? Las respectivas resoluciones, detalladamente fundadas obviando la necesidad de lectura del pedido, se publican. (53)

b) Discrecionalidad en la etapa posterior:

Al comienzo de esta sección vimos que, en el ordenamiento analizado, el ejercicio de la discrecionalidad de la Corte Suprema reina en la etapa posterior a la presentación en forma del pedido de certiorari, cuando, producidos los traslados, se rechaza la petición (99% de los casos; las respectivas fórmulas, de escasos renglones, se publican todas en tomo, y algunas tienen disidencias) (54) o se la admite mediante 4 votos (1% de los casos).

En lo que aquí interesa, si bien la petición de *certiorari* es denegada o rechazada mediante una fórmula de escasos renglones (comparable a nuestra "sola mención" del art. 280 CPCCN), razón por la cual se la podría tener por inmotivada, es posible saber qué significa la misma ya que se puede acceder al texto de dicha petición:

(51) El supuesto lo brindan STERN, Robert L. - GRESSMAN, Eugene - SHAPIRO, Stephen, M. - GELLER, Kenneth S., Supreme Court Practice, 7th ed., The Bureau of National Affairs, Washington D.C., 1993, p. 311.

(52) Los supuestos los brindan STERN, Robert L. et al., Supreme Court Practice... cit., ps. 292/295.

(53) Y, en tanto dirigidas a un Justice en particular (Rules... cit., art. 22), son, en principio, resueltas por éste como Circuit Justice. Por ej., en Mississippi v. Turner, 498 U.S. 1306 (1991), 111 S.Ct. 1032, 112 L.Ed.2d 1172, el Justice Scalia resolvió: "En este caso, el Estado de Mississippi ha solicitado una prórroga de 30 días para la presentación de la petición de certiorari (...) El Estado alega que el pedido de prórroga se funda en "recortes presupuestarios" que han redundado en una reducción de personal. (...) Desde mi punto de vista, la sobrecarga de trabajo de los letrados no es una "justa causa" salvo que sea el resultado de eventos imprevistos o incontrolables tanto por el letrado como por su cliente. Ello no ocurre en el presente. Al igual que cualquier otro litigante, el Estado de Mississippi debe optar entre contratar a más abogados o interponer menos apelaciones. Sus asignaciones presupuestarias no pueden —y estoy seguro de que no estaban previstas para— alterar los requisitos que fija esta Corte para las presentaciones. El pedido es denegado. Así se ordena".

(54) Pueden verse tanto las colecciones privadas publicadas por Lexis Nexis o Westlaw, y la colección oficial, Official Reports of the Supreme Court.

parte de las 40 copias (55) arriban, eventualmente, a la Biblioteca de la Corte Suprema (56) y a las bibliotecas depositarias. (57) También se pueden leer esas peticiones de certiorari, *online*: los letrados y periodistas alimentan páginas web, como http://www.scotusblog.com/wp/, que, en la sección "Petitions to Watch", ofrecen el texto de dichas peticiones, de sus respondes, así como de la sentencia que se apela.

VIII. Conclusiones

La Corte Suprema posee una función de magisterio; es, bajo cierta perspectiva, la fuente que nutre las materias Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Esa función, que parecería haberse frustrado con el régimen establecido en el art. 280 CPCCN, podría imaginarse nuevamente frustrada mediante el régimen fijado en el art. 11 de la Acordada 4/2007 (secciones I y II).

De ese artículo surgen diversas clases de incumplimientos: incumplimientos que son *obstáculos salvables* seguidos de discrecional admisión del respectivo recurso, incumplimientos que son *obstáculos salvables* seguidos de discrecional desestimación del respectivo recurso, e incumplimientos que sí son *obstáculos insalvables*, generadores de la desestimación del respectivo recurso. La "sola mención de la norma" es recaudo expreso de fundamentación del fallo respectivo siempre que se desestima el recurso; quedarían comprendidas, en esta desestimación estandardizada, aparentemente inmotivada, las discrecionales desestimaciones mediando incumplimientos que son obstáculos salvables, así como las desestimaciones mediando incumplimientos que son obstáculos insalvables; no así en el supuesto de incumplimiento que es obstáculo salvable seguido de discrecional admisión del recurso (sección III).

Las desestimaciones mediante la "sola mención" de la norma cumplen con el recaudo de publicidad, y su motivación sería —según las particulares alternativas que se hayan verificado, en especial, el dictamen previo de la Procuración General— pasible, en mayor o en menor medida, de integración. Ello imprime modulaciones en la efectividad del magisterio que ejerce la Corte Suprema (sección IV).

Cuando se decide, discrecionalmente, que el recurso extraordinario o la queja son admisibles no obstante hallarse incumplida la Acordada en tanto ese incumplimiento "no constituya un obstáculo insalvable" bajo el art. 11 de aquélla —régimen que ha sido cuestionado, pero que considero legítimo—, se cumple con la publicidad requerida, y se advierte la saludable preocupación —con verdadera vocación docente— del Alto Tribunal argentino por fundar en forma expresa la dispensa (sección V).

Puede considerarse que la motivación de todos los fallos que aplican la Acordada 4 —y, asimismo, de los que aplican el art. 280 CPCCN— sería fácilmente integrable si se tuviera acceso al texto del respectivo recurso. La aparente inspiración de la Acordada 4/2007 en las *Rules of the Supreme Court of the United States* torna procedente acudir a éstas a modo de comparación, en punto a las formalidades de los escritos (en especial, de la petición de certiorari), y en punto a las discrecionales denegaciones de esa petición (sección VI).

Las formalidades requeridas, para las peticiones de *certiorari*, en las *Rules*... tienen, por objetivo, que la misma se acomode indefectiblemente a dichas reglas; a tal fin, el Funcionario de la Corte Suprema, por nota, identifica las deficiencias que deben ser subsanadas, para lo cual le fija, al letrado, un plazo. Los requisitos formales de las *Rules*... pueden o no ser excepcionables. Los primeros requieren, a los fines de la excepción, (i) pedido de parte, (ii) acreditación de los extremos legales prefijados, y se hallan sujetas a (iii) importantes limitaciones normativas preestablecidas, quedando muy escaso espacio para la discrecionalidad. Sólo los segundos provocan la desestimación de la presentación. Y las respectivas resoluciones, detalladamente fundadas obviando la necesidad de lectura del pedido, se publican. La etapa posterior, cuando se deniega el certiorari en el 99% de las peticiones, está gobernada por la discrecionalidad. Todos los certioraris denegados se publican, y la motivación o fundamentación de la denegación puede integrarse mediante la lectura de la respectiva petición, sea en la página web de la Corte Suprema estadounidense para las peticiones del año en curso, o mediante al acceso físico en las bibliotecas depositarias, así como en ciertas páginas web, en las que los letrados cargan la petición, los respondes y la sentencias apeladas (sección VII).

(55) Rules of the Supreme Court of the United States, Rule 15.3.

(56) Y estarán a disposición de los letrados que litigan ante la Corte Suprema bajo la Regla 2.1. de la Rules... ("The Court's library is available for use by (...) members of the Bar of this Court (...)").

(57 Según http://supremecourtus.gov/oral_arguments/briefsource.pdf, página web de la Corte Suprema de los Estados Unidos, los escritos pueden leerse, con posterioridad a cierto lapso de tiempo luego de que son presentados, en bases de datos jurídicos prepagas (Lexis Nexis, Westlaw), o pagando USD 25 (Briefserve), o gratuitamente (Findlaw). También existe la base que organiza la propia Supreme Court of the United States en su página web limitada al año en curso, y la de la Office of the Solicitor General para los presentados por éste. Hay empresas en el área de Washington D.C. que, a cambio de un precio, envían fotocopias del escrito depositado en la Biblioteca del Congreso (Apple Courier; Capitol District Information; Court Express; Infoline, Inc.; Washington Document Service; Washington Service Bureau; entre otras). Los briefs pueden consultarse de 9 a 4.30hs. por el público en el edificio de la propia Corte Suprema, si bien no es una práctica habitual dado el actual manejo de información en soporte electrónico. Las copias impresas se depositan en las denominadas "Bibliotecas Depositarias", donde pueden ser consultadas: la Biblioteca del Congreso o Library of Congress; The University of Chicago Law Library; Connecticut State Library; Law Library Indiana University; Cornell University Law Library; University of Louisville Law Library; University of Washington, Gallagher Law Libray; University of Minnesota Law Center; Editorial Counsel West Group; University of Texas, Tarlton Law Library; Yale Law School, Lillian Goldman Law Library. Otra muchas bibliotecas poseen esos escritos en microficha.

Anexo 26

OPINIÓN

En contra de la ampliación de la Corte hoy

Por Estela Sacristán

28 de junio de 2016

¿Cinco? ¿Nueve? ¿Doce o trece? Imaginar la cantidad de jueces de un tribunal colegiado, en especial cuando se trata del máximo tribunal de un país, puede originar pluralidad de posibilidades.

Alguna vez, en nuestra historia, esa cantidad fue establecida en la Constitución. Así, la Constitución de la Confederación Argentina, de 1853, la fijaba en nueve jueces (artículo 91), pero la determinación de la cantidad fue eliminada en ocasión de la reforma de 1860, y tal temperamento se mantiene hasta nuestros días.

Se trata de un derrotero constituyente bien distinto respecto del establecimiento de la cantidad de ministros del Poder Ejecutivo. En la citada Constitución de 1853 se fijaba en cinco la cantidad de ministerios, así como el nombre de cada cartera. Y tal tesitura se mantuvo hasta la reforma constitucional de 1994, ocasión en que fue eliminada.

En lo que concierne a la Corte Suprema, entonces, la específica materia de la cantidad de sitiales del máximo tribunal quedó deferida a la ley formal. Es por ello que hoy tenemos una Corte Suprema de cinco jueces (ley 26183).

Dado que la cuestión de la cantidad de jueces ha quedado, desde 1860, en manos del legislador congresional, en el plano teórico podrían barajarse todas las posibilidades numéricas que pudiera el Congreso sancionar. Así, podríamos tener una Corte Suprema de cinco jueces o de nueve, once o doce, entre otras infinitas opciones. En lo teórico, el universo decisional del legislador es amplio: su discrecionalidad parecería, teóricamente, infinita.

Empero, tal tesis hoy ya no tiene la fuerza que pudo haber tenido, ni en nuestro país ni en Occidente. Pensemos, por ejemplo, en los recortes de soberanía del Parlamento británico desde la época victoriana hasta el presente. La potestad de anulación, por el Congreso argentino, de sus propias leyes ha quedado como una excepción a la regla, digna de estudio.

¿Qué es lo que opera como límite a la discrecionalidad del legislador para establecer, en una ley, la cantidad de jueces del Alto Tribunal?

Por un lado, **hay factores históricos argentinos que propician considerar, en forma liminar, el tope de nueve**. El derecho comparado, por su parte, nos enseña que el mero plan de Franklin D. Roosevelt de llevar de nueve a quince la cantidad de jueces de la Corte Suprema estadounidense —como parte del Court Packing Plan o plan para tomar la Corte— zozobró. Ahora, entre nosotros, más allá de aquel tope histórico, ¿sería hoy la ocasión para una ampliación amparada en la discrecionalidad legislativa? Me permito formular una respuesta negativa.

Tal como solemos enseñarlo, **hay un importante componente de seguridad jurídica que proviene de la estabilidad de las decisiones jurisprudenciales que permiten predecir lo que resolverán los jueces.** Ampliar la Corte para hacerla reflejar una mayoría partisana ocasional y transitoria nos enfrentaría a nuevas opiniones mayoritarias impredecibles, especialmente si no se conociera la producción escrita de los nuevos jueces.

MÁS LEÍDAS

MÁS LEÍDAS EN AMÉRICA

Esa necesidad de seguridad jurídica y de estabilidad se potencia si se considera que hemos vuelto a la democracia hace poco más de treinta años y, en ese lapso, la cantidad de jueces ya fue modificada dos veces: de cinco a nueve (ley 23774) y de nueve a cinco (ley 26183).

Ni pensar en la **generación de impredecibles nuevas mayorías en el seno del Alto Tribunal si se consideran causas pendientes, especialmente de alto contenido económico, en un momento en que nuestro país está sediento de inversiones extranjeras**; o en materias civiles, que calan hondo en toda la sociedad.

Además, no está demostrado que más jueces implique mayor celeridad en la tramitación de las causas si no se modifica el procedimiento interno de trabajo, y de ello ha dado buena cuenta Alberto Bianchi en su *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos* (1994).

Incluso demográficamente una ampliación del Alto Tribunal colisiona con los hechos: si Estados Unidos, con más de trescientos millones de habitantes, tiene una Corte Suprema de nueve jueces, parecería razonable una Corte Suprema argentina de cinco jueces si nuestro país tiene poco más de cuarenta millones de habitantes.

Por último, consideremos, solamente, el efecto contagio de una ampliación en el nivel nacional, replicada en los superiores tribunales provinciales. Es, sin duda, una cuestión delicada, pues, según el artículo 14 de la ley 48, las causas nacen y se finiquitan, en principio, dentro de la organización judicial de cada provincia y sólo excepcionalmente transitan hasta la Corte Suprema nacional. En suma, los efectos y las peculiaridades ya descritos se multiplicarían, hipotéticamente, en cada una de las provincias argentinas.

Es por todo lo expresado que puedo entender, hoy, que **una ampliación del Alto Tribunal federal sería irrazonable, gravosa e inconveniente**, generaría costos evitables, además de plantear un disvalioso modelo a seguir por las jurisdicciones provinciales.

@EstelaSacristan

La autora es doctora en Derecho (UBA). Becaria postdoctoral (UCA)

ÚLTIMAS NOTICIAS

El rock y las pastas se adueñan del Bajo Belgrano



Bruni, el restaurante de Fabián “Zorrito” von Quintiero, ofrece los platos más clásicos de la gastronomía italiana en medio de un ambiente cool. El músico vuelve a establecer un sello culinario en un barrio porteño, tal como lo hizo en Las Cañitas con Soul Café

Camila Hadad 8 minutos

Un auto vintage argentino deslumbró en el famoso Festival de Goodwood



La réplica de estirpe criolla del Renault Type AK se construyó en un taller de José Mármol. La historia de este biplaza laureado en 1906 que brilló en la fiesta más importante del mundo motor

9 minutos

Gatos de diseño: ¿se debe "eliminar" su instinto cazador?



Un experto en antrozoología inglés aseguró que la alteración genética de los felinos será necesaria para proteger la poca “vida salvaje” de las ciudades. La polémica propuesta plantea neutralizar la naturaleza asesina de los animales en los laboratorios y así generar razas más “pacíficas”

10 minutos

MÁS NOTICIAS

COMENTARIOS

0 comentarios Ordenar por: **Lo más reciente**

Añade un comentario...

Facebook Comments Plugin

TELESHOW

Polémica: Gran Hermano cortó un encuentro muy fogoso



Soledad Silveyra apuntó contra Pampita en Twitter

El baile hot de Rihanna como nunca lo viste



Soledad Silveyra apuntó contra "Pampita" en Twitter

Junto a varios chicos, Topa le envió un mensaje a Messi

Gran Hermano cortó el momento fogoso de una pareja

La actriz lanzó una crítica a su compañera de jurado por su ausencia en “ShowMatch”

El animador infantil aprovechó la cámara de Infobae para pedirle al futbolista rosarino que no renuncie

Patricio y Yasmila estaban besándose cuando la voz de GH arruinó el momento hot

infobae TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS © 2016 INFOBAE

Anexo 27

LA CORTE SUPREMA COMO INTÉRPRETE FINAL Y EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Estela B. Sacristán[1]

I. Introducción

En primer lugar, me permito agradecer por la oportunidad brindada, para integrar el panel que acompaña al profesor Gregorio Badeni en estas clásicas jornadas de nuestra querida Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

La exposición[2] del profesor Badeni se ha centrado en aspectos considerados neurales en la materia de la Justicia y la división de poderes:

En la primera parte de su exposición, se refirió a la doctrina de la separación de funciones, expuesta por Montesquieu en su obra publicada en 1748,[3] y complementada en el siglo XX por Lowenstein,[4] señalando las necesidades de: (i) equilibrio; (ii) coordinación; (iii) controles recíprocos, horizontales y verticales.

Enfatizó que debe evitarse la subordinación del órgano o poder judicial a los poderes ejecutivo y legislativo. Afirmó que el que los jueces puedan o no ejercer el control de constitucionalidad de los actos de los poderes políticos es la variable que determina su independencia o sujeción a los poderes políticos. También, con cita del profesor Luqui, recordó el contenido de la genérica función jurisdiccional, que se traduce en una serie de recaudos entre los que se distingue el de caso o controversia a ser dirimido por un órgano independiente, marcando la diferencia entre función jurisdiccional y función judicial, calificada subjetivamente pues ésta última es ejercida por el órgano judicial.

[1] Doctora en Derecho, UBA; profesora de Derecho administrativo, UCA, y de Derecho constitucional profundizado, Universidad Austral.

[2] Se efectúan referencias a la exposición de Badeni, Gregorio, "Justicia y Poder Judicial", pronunciada en este XXXIII Encuentro de Profesores de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Resistencia, Chaco, Argentina, 3 de agosto de 2017, disponible en: http://www.aadconst.org.ar/archivos_/Badeni.docx (último acceso: 27/7/2017).

[3] Shackleton, Robert, *Montesquieu. A Critical Biography* , Oxford, Oxford University Press, 1961.

[4] Una síntesis de la misma puede verse en: Lowenstein, Karl, "The Balance between Legislative and Executive Power: A Study in Comparative Constitutional Law", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 5, Issue 4, pp. 566-608, esp. p. 567, disponible en: http://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol5/iss4/2.

Luego, el profesor BADENI se expidió sobre al ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte del órgano ejecutivo, desarrollo que culminaría en la admisión de las mismas en la medida en que haya control judicial posterior, efectivo y suficiente. Se expresó a favor del control judicial, en ese marco, no sólo sobre el derecho aplicable sino también sobre la valoración de los hechos efectuada en sede administrativa, tesis amplia que, en principio, nos permitimos compartir pues debe recordarse que, en nuestro país, el sistema de recursos y reclamos de la Ley Nº 19549 permite actuar ante la Administración sin asistencia letrada.

En la tercera parte de su exposición, el Prof. BADENI se refirió a la ubicación institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en relación con el Consejo de la Magistratura de la Nación, culminando, en la cuarta y última parte de su exposición, con el Derecho Comparado relevante en relación con dicho Consejo, las diversas cuestiones que se plantearan, en especial en torno a la ubicación institucional u orgánica del Consejo de la Magistratura en el Poder Judicial, la delicada cuestión de la composición de dicho Consejo, y a la actitud de los jueces ante las políticas del Estado.

Estas líneas abrevarán en un aspecto que estimo de interés en relación al Consejo de la Magistratura: la cuestión de su ubicación orgánica en el diseño constitucionalmente dado.

II. Ubicación orgánica del Consejo de la Magistratura de la Nación

La interpretación misma del concepto de separación de poderes, división del poder y sistema de frenos y contrapesos no presenta hoy una doctrina pacífica. A modo de ejemplo, CARRÉ DE MALBERG[5] y GOODNOW[6] han criticado la doctrina de la separación de poderes; WALDRON ha comparado esas tres categorías, manifestando que las mismas hallan fundamentos diferentes.[7]

Cuando se creó el Consejo de la Magistratura, en ocasión de la reforma constitucional de 1994, se señaló que "Con la presencia de este Consejo, se pondrá punto final a los persistentes intentos de partidizar la administración de justicia. La garantía de su independencia política estará dada por la pluralidad de los miembros que compondrán el cuerpo y su renovación periódica".[8] De este modo, esta suerte de

[5] CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado* (traducción al español de José Lion Depetre), segunda edición, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 834-835.

[6] GOODNOW, Frank J., *The Principles of the Administrative Law of the United States*, Nueva York y Londres, G.P. Putnam's Sons, 1905, pp. 25-27.

[7] Waldron distingue entre "división de poder" como técnica para evitar la concentración excesiva del poder en una sola persona, grupo u organismo; "sistema de frenos y contrapesos" o principio conforme al cual el ejercicio del poder, por parte de su detentador, requiere ser frenado y balanceado por el ejercicio del poder por parte de otros detentadores de poder; y "separación de poderes", que, finalmente, sería un tercer principio, independiente de aquellos otros dos, y que exigiría una separación cualitativa de las diversas funciones estatales, por ejemplo, legislar, adjudicar, administrar. Ampliar en WALDRON, Jeremy J., "Separation of Powers or Division of Power?" (2012), *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper # 329, disponible en: http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/329 (último acceso: 25/5/2017).

[8] ALFONSÍN, Raúl, su discurso, reproducido en "Núcleo de coincidencias básicas", en *La Ley* 1994-D, pp. 824-844.

fundamentación apuntaba a la no partidización, es decir, a la independencia respecto de los poderes políticos; en definitiva, a la separación de poderes. Pero nada en esta línea argumental pareció generar preocupación respecto del nuevo actor, que iba a morar en el Poder Judicial de la Nación, encabezado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que le llevaba más de cien años de edad.

Más allá de estas diferentes apreciaciones, una cuestión que parecería nuclear, de cara al Consejo de la Magistratura en relación con la doctrina de la separación de poderes con posterioridad a 1994, es la de su ubicación orgánica.

Y puede adelantarse que la tesis del Prof. Badeni –en punto a que incluso después de la creación de dicho Consejo la Corte Suprema de Justicia de la Nación continúa siendo el intérprete final, hallándose habilitada para dejar sin efectos los actos del Consejo– halla quicio al menos en la interpretación que puede efectuarse a partir de la experiencia jurisprudencial, y en la esfera normativa traducida en Acordadas de la Corte Suprema. Veamos.

El caso Consejo de la Magistratura c/ E.N. y jurisprudencia relevante

En el plano jurisprudencial, nos referimos al caso *Consejo de la Magistratura c/ estado Nacional*, que tramitara ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal,[9] particular precedente que –según surge de las bases de datos de causas en trámite– no hallaría similar en la justicia federal.

Se trató de una acción declarativa de certeza (art. 322, CPCCN), iniciada por el Consejo de la Magistratura de la Nación a fin de que se declarara la invalidez del Decreto 557/2005, dictado bajo el art. 99.3, Const. Nac. Por dicho decreto, se estableció que, del 3,5% de los recursos tributarios y no tributarios que el Poder Judicial recibe anualmente de presupuesto, el 0,57% correspondería a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el 2,93% al Consejo de la Magistratura. De este modo, el decreto vino a aumentar el porcentaje administrado por la Corte Suprema (en detrimento del administrado por el Consejo de la Magistratura).

La medida del Poder Ejecutivo significaba también que se ponían, a disposición de la Corte Suprema, fondos del Consejo de la Magistratura de ejercicios anteriores y no ejecutados.[10]

En primera instancia se hizo lugar al pedido de suspensión cautelar del decreto. En cambio, la Sala III del Fuero dejó sin efecto la medida cautelar dispuesta y declaró la improponibilidad jurídica de la demanda.

En lo principal, la Cámara consideró que:

> *(i) No es dudoso que aquella compleja red de relaciones, conformada sustancialmente por los principios fundamentales de la organización*

[9] CNACAF, Sala III, causa 22.413/2005, "Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación c/ Estado Nacional - Decreto 557/2005 s/ proceso de conocimiento", del 21 de febrero de 2006.

[10] Puede ampliarse en: Cubría, Juan Carlos, "Justicia rica, Justicia pobre y la historia de un príncipe", *El Cronista*, 9/11/2016, disponible en: https://www.cronista.com/columnistas/Justicia-rica-Justicia-pobre-y-la-historia-de-un-principe-20161109-0049.html (último acceso: 27/7/2017)

administrativa y las técnicas de prórroga o desplazamiento de la competencia, no resulta enteramente predicable del Consejo, órgano de rango constitucional con competencia atribuida por la Norma Constitucional, no vinculado jerárquicamente con ninguno de los, así llamados, Poderes del Estado, y a quien resultan, naturalmente, inaplicables la delegación o la avocación.

(ii) La singular posición que ocupa el Consejo de la Magistratura en la articulación institucional de las funciones estatales y su calidad de órgano constitucional no altera, sin embargo, la esencia del conflicto planteado, indiscutiblemente configurado como un auténtico conflicto interorgánico.

(iii) El Consejo de la Magistratura "parece, más bien, revestir la calidad de órgano institucional que se halla dentro de una jurisdicción o unidad institucional concreta, esto es, el Poder Judicial."

(iv) "En las condiciones enunciadas, es claro que la cuestión planteada resulta ajena a la jurisdicción del Poder Judicial."

(v) "Siendo el control de constitucionalidad básicamente una garantía de los particulares 'contra' o 'frente' al Estado, corresponde declarar la falta de legitimación del Estado Nacional para plantear la invalidez de las normas que él mismo dicta".

(vi) Dado que hay conflicto interadministrativo, es aplicable la Ley 19.983.

(vii) Está disponible la "viabilidad del examen de legalidad de la norma impugnada mediante el control que incumbe al Congreso Nacional conforme al procedimiento establecido en el art. 99, inc. 3°, párrafo tercero, de la Constitución Nacional."

Se resolvió, finalmente, dejar sin efecto la medida cautelar dispuesta en Primera Instancia y declarar que la acción era improponible. De este modo, quedó firme el decreto impugnado.

Posteriormente, ya radicadas las actuaciones ante la Corte Suprema, se suspendió el llamamiento de autos al acuerdo y se devolvieran las actuaciones "atento el desistimiento del proceso formulado por el demandante",[11] es decir, el Consejo de la Magistratura.

El caso planteaba pluralidad de cuestiones procesales, constitucionales y administrativas: la visualización de la verosimilitud del derecho ante un decreto de necesidad y urgencia que modifica una ley formal; analizar una aparente insuficiente motivación sobre las circunstancias de necesidad y urgencia que avalaban el dictado del decreto de necesidad y urgencia; la aplicabilidad, a un decreto de necesidad y urgencia, de los recaudos del art. 7°, Ley 19549;[12] la posibilidad de considerarlo

[11] C.1822.XLII. Consejo de la Maj. del P.J.N. – inc. de rec. ext. de. med. caut. c/ E.N. – dto. 557/05, del 5/6/2007.

[12] Que establece los requisitos esenciales del acto administrativo.

materialmente ley,[13] no requiriendo motivación;[14] la cuestión presupuestaria como cuestión política no justiciable[15] cuando es sabido que el presupuesto de la Nación surge de una ley formal[16] emanada del trámite co-legislativo;[17] más importante aún, la cuestión de analizar la legitimación procesal en el marco de una pretensión cautelar; entre otras.

El tema central del planteo, en el plano procesal constitucional, fue la legitimación procesal (y su incidencia para verificar si había caso o controversia) en el marco de una pretensión cautelar, tema sobre el cual un sector de la doctrina se manifiesta en contra,[18] pero habiendo otro sector que se halla favor.[19] La jurisprudencia de la Corte Suprema se ha preocupado por analizar, en el marco de pretensiones cautelares, claros planteos constitucionales;[20] también ha verificado el recaudo común de existencia de caso o controversia, si bien por vía de *obiter;*[21] ha examinado la legitimación activa en el ámbito de trámites cautelares,[22] si bien con alguna excepción;[23] y, en ese

[13] Mediante los decretos de necesidad y urgencia, el Poder Ejecutivo se arroga el ejercicio de competencias propias del Congreso, y que por tanto, esas disposiciones nacen con una validez posteriormente efímera ya que su perdurabilidad en el tiempo está supeditada a la posterior ratificación legislativa y no poseen la majestad de la ley (conf. CNACAF, Sala III, *Video Cable Comunicación S.A.*, del 16/7/92 y *Pulichino*, del 10/5/95; en igual sentido, CNACAF, Sala IV, *Becher, Enrique y otros c/PEN s/ amparo*, del 14/09/95.

[14] No existe un requisito como el del art. 7º, inc. d), aplicable a las leyes. Ver Galarce, Lino B., "Sobre la motivación de las leyes", en *Revista de Derecho Administrativo*, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, pp. 953-962, esp. pp. 954-955.

[15] Se trataría de un supuesto equiparable al de "previsiones legislativas en el orden presupuestario" a las que se alude en Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, segunda edición actualizada, reestructurada y aumentada, Buenos Aires, Ábaco, 2002, t. II, ps. 213-214.

[16] Art. 75, inc. 8º, Const. Nac.

[17] Se sigue Barra, Rodolfo C., "Aspectos jurídicos del presupuesto", en *Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, Nov. 1986, Nº 98, pp. 7-24, esp. p. 8.

[18] Fenochietto, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2001, t. 1, p. 716, con cita de CNCom, Sala D, 3/11/93, en *ED* 160-555.

[19] García Pullés, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. 2, pp. 806-807.

[20] "Servini de Cubría, María R. s/ amparo", Fallos: 315: 1943 (1992), disidencia parcial del Dr. Petracchi).

[21] "Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN – PEN - s/ amparo ley 16.986", Fallos: 321: 1187 (1998): "para determinar si existe una 'causa judicial' que habilite la jurisdicción de los tribunales, deben examinarse las cuestiones propuestas y decidir si ellas se ubican dentro de las facultades otorgadas con exclusividad a alguno de los poderes públicos y si han sido ejercitadas dentro de los límites que la Constitución les impone" (cons. 6º).

[22] "Asociación del Personal del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria y otros c/ EN – PEN", Fallos: 323: 3085 (2000), en el que el dictamen del Procurador General ante la Corte entendió, en su cap. VII, que correspondía "examinar en primer término lo relativo a la legitimaciòn de las entidades gremiales actoras pues, además de constituir un presupuesto ineludible para la existencia de 'caso' o 'causa' que deba ser resuelto por el Tribunal, es uno de los agravios esgrimidos por el Estado recurrente y la conclusión a que se arribe sobre el punto determinará si corresponde o no examinar los restantes". Prodelco c/ EN, Fallos: 321: 1252 (1998), en el que la

marco, ha comprobado la existencia o no de una cuestión justiciable.[24] Todo ello avala la decisión de la Cámara.

Ahora, de cara a lo señalado, con todo acierto, por el Prof. BADENI en punto a que, después de la reforma constitucional de 1994 y de la creación del Consejo de la Magistratura, "la Corte Suprema de Justicia prosigue siendo el titular del Poder Judicial federal, e intérprete final de las leyes, tratados internacionales y de la propia Constitución (…)", y a los problemas interpretativos que la ubicación orgánica del Consejo puede ocasionar, que presuponen la definición de su naturaleza jurídica,[25] cabe apuntar que: (i) la decisión de la Cámara fue apelada ante la Corte Suprema (si bien recordemos que, posteriormente, la actora desistió del proceso), lo cual indica que, potencialmente, podría haberse dado un pronunciamiento por parte de la Corte Suprema si no hubiera mediado tal desistimiento; (ii) ese eventual fallo hubiera revisado al menos los aspectos procesales del planteo; (iii) ese hipotético pronunciamiento hubiera emanado del intérprete final, que es independiente en el ejercicio de facultades de jurisdicción; (iv) tan evidente pareció ser la hipotética competencia de la Corte Suprema para fallar en un planteo así que, además de que el proceso fue desistido, no se volvió a repetir un

Corte Suprema destacó que admitir una legitimación en un grado que la identifique con el generalizado interés de todos los ciudadanos "deformaría las atribuciones del Poder Judicial... y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno mediante medidas cautelares" (cons. 25). "Mosquera, Lucrecia R. c/ EN - Mrio. de Economía s/ acción meramente declarativa – sumarísimo", Fallos: 326: 1007 (2003). "Rodríguez, Jorge - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/ plantea cuestión de competencia", Fallos: 320: 2851 (1997), en el que la Corte Suprema se remitió al capítulo VII del dictamen de la Procuración General, capítulo en el cual se había opinado que no mediaba caso o causa atento que no se había acreditado legitimación. *María L. Leguizamón c/ Corporación del Mercado Central de Bs. As.*, Fallos: 324: 2048 (2001), en el que la Corte Suprema, de conformidad con la opinión de la Procuración General de la Nación, resolvió que, de cara a la medida cautelar solicitada, no se verificaba caso controversia ya que el carácter de legislador invocado no otorgaba a los actores legitimación suficiente para iniciar el proceso.

[23] *Defensor del Pueblo de la Nación – Incid med. caut*, Fallos: 328, del 24/5/05, donde la Procuración General de la Nación reiteró la doctrina de *Leguizamón*, citado en la nota precedente, mas la Corte Suprema, al fallar, adoptó un temperamento diverso.

[24] "Rodríguez, Jorge - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/ plantea cuestión de competencia", Fallos: 320: 2851 (1997).

[25] Véanse, entre otros, GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, tercera edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 934 (donde alude al problema de la "delimitación de competencias entre dos *órganos* del Poder Judicial", v.gr., Corte Suprema y Consejo de la Magistratura; la bastardilla no es del original); BIELSA, RAFAEL A. - GRAÑA, EDUARDO, *Manual de la Justicia Nacional*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, pp. 117 y 259 (aludiendo a "este *órgano*"; la bastardilla no es del origianl); COMADIRA, JULIO R., *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, p. 543 (donde alude al "nuevo órgano", señalando que el "Consejo de la Magistratura es un *órgano* integrante del Poder Judicial"; la bastardilla no es del original); BIANCHI, ALBERTO B., "El Consejo de la Magistratura (primeras impresiones)", en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Estudios sobre la reforma constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 257-289, esp. p. 278 ("ha sido intención del legislador constituyente crear un *órgano* dotado de competencia específica para realizar, con un mayor grado de profesionalismo, ciertas tareas que antes correspondían directamente a los poderes del Estado"; la bastardilla no es del original).

planteo similar. En síntesis, antes los extremos señalados, nunca podría haberse imaginado que lo resuelto en el caso planteado por el Consejo de la Magistratura resultaba inhábil para llegar hasta los estrados de la Corte Suprema.

Esta interpretación, que coloca al Alto Tribunal como intérprete final, se ve reforzada por la más reciente visión de la Corte Suprema en el caso que usualmente denominamos *Fontevecchia.*[26] Allí afirmó la Corte Suprema que "la interpretación del carácter de la Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial con apoyo en el art. 27 de la Constitución Nacional, lejos de haber sido alterada por la reforma de 1994, ha sido reafirmada con ella (…)". Modificar la garantía del art. 27, Const. Nac., hubiera significado no respetar el límite impuesto, a la Convención Constituyente, en el art. 7 de la Ley 24.309. Por ende, la reforma de 1994 no alteró el *status* de órgano supremo y cabeza del Poder Judicial de la Corte Suprema. Si la Corte Suprema es intérprete final en ese específico orden internacional, más lo debería ser en el orden nacional, incluso respecto de los actos del Consejo de la Magistratura.

Asimismo, los actos del Consejo de la Magistratura presentan un estrecho canal a los fines de ser revisables en sede judicial, pero tal posibilidad está disponible. Del *obiter* en *Bravo* –caso en el que el Consejo de la Magistratura rechazara la denuncia formulada contra los jueces de la Cámara Nacional Electoral– surge que

> *el control judicial debe ser ejercido con respeto a las particularidades del enjuiciamiento político y limitado a la materia que puede ser objeto de tal revisión, y en todos los casos en que se admitió el control judicial sobre los enjuiciamientos políticos de magistrados federales o provinciales, sólo se lo hizo a favor de los enjuiciados y cuando éstos invocaban la violación de los principios básicos del derecho de defensa.*[27]

Esa vía de acceso al control judicial, por parte de la Corte Suprema, es restringido, pero, como vemos, se halla disponible.

Por ende, a la luz de esta muestra jurisprudencial, se ratifica la enseñanza de Badeni en punto a que "un análisis sistemático de las cláusulas constitucionales (…) impide sostener, tanto una dependencia de la Corte Suprema respecto del Consejo de la Magistratura, como también la presencia de una jefatura bicéfala en el ámbito del Poder Judicial".[28]

Ello puede inferirse implícitamente de los casos en los que el Consejo de la Magistratura es actor y, con más restringido alcance, cuando se enjuician sus actos.

Acordadas

En el marco de la organización administrativa del Poder Judicial, también puede inferirse que el Consejo de la Magistratura se halla ubicado jerárquicamente en situa-

[26] M. 368. XXXIV. REX, "Menem Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y otros s/ daños y perjuicios", del 14/2/2017, Fallos: 340: 47.

[27] B. 3898. XXXVIII, *Bravo, Alfredo Pedro (diputado nacional) c/ integrantes de la Cámara Nacional Electoral*, del 17/3/2004, Fallos: 327:590.

[28] Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, tercera edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, p. 733.

ción inferior a la Corte Suprema. La delegación, de tipo administrativa u orgánica, presupone jerarquía; se delega, en forma administrativa u orgánica, de un superior, a favor del inferior.[29]

De esa delegación –de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a favor del Consejo de la Magistratura, en materia de superintendencia– dan cuenta diversas acordadas.

La Acordada 24/2004, del 6/7/2004, delegó, en el Consejo de la Magistratura, en razón de su "naturaleza y funciones", "el ejercicio de las facultades atinentes al reìgimen de percepcioìn de bonificaciones en concepto de tiìtulos, con excepcioìn de las relacionadas con los funcionarios y demaìs".

Por Acordada 12/2004, del 25/3/2004, la Corte Suprema delegó, en el Consejo de la Magistratura, atribuciones en materia de licencias. En lo sustancial, se motivó la medida en que,

> *si bien corresponden a esta Corte las facultades concernientes a la superintendencia general, las cuales pueden ser delegadas en las caìmaras nacionales de apelaciones (...), la naturaleza y funciones del Consejo de la Magistratura hacen aconsejable que se delegue en dicho oìrgano el ejercicio de ciertas atribuciones que corresponden al Tribunal en materia de licencias del personal de Poder Judicial de la Nacioìn.*

Y por Acordada 11/2004, del 25/3/2004, la Corte Suprema delegó, en el Consejo de la Magistratura, atribuciones en materia de autorización a los magistrados, para ejercer la docencia. Consideró la Corte Suprema que "el art. 9 del decreto-ley 1285/1958 (texto seguìn Ley Nº 21341, art. 1) dispone que "los magistrados de la Justicia Nacional podraìn ejercer, exclusivamente, la docencia universitaria o de ensenÞanza superior equivalente, con la autorizacioìn previa y expresa, en cada caso, de la autoridad que ejerza la superintendencia", y que

> *si bien dicha superintendencia corresponde a esta Corte Suprema, la cual puede ser delegada en las caìmaras nacionales de apelaciones (...), la naturaleza y funciones del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nacioìn hacen aconsejable que dicha delegacioìn se efectuìe en favor de dichos organismos.*

Similar tesitura se advierte en la Acordada 9/2004, del 25/3/2004 (Consejo de la Magistraura como autoridad de aplicacioìn con relacioìn a los servicios de seguridad y vigilancia para el Poder Judicial de la Nacioìn); Acordada 10/2004, del 25/3/2004 (delegación de atribuciones al Consejo de la Magistratura en materia de régimen de pasantías); Acordada 9/2004, del 25/3/2004 (delegación de atribuciones al Consejo de la Magistratura en materia de servicios de seguridad y vigilancia).

[29] Ampliar en MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, cuarta edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot., t. I, p. 578; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho administrativo*, décima edición, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 214.

La aceptación de estas delegaciones, en materia de superintendencia, por parte del Consejo de la Magistratura, ha sido pacífica en tiempos recientes[30], pero no en el pasado.[31]

Por lo demás, la Corte Suprema ha invalidado resoluciones del Consejo de la Magistratura; así, la Resolución CM 254/2010, que eliminaba la prohibición de estar afiliado a un partido político en el caso de empleados y funcionarios (excluyendo magistrados). La misma fue invalidada por Acordada 11/2011, del 5/7/2011. Para así decidir, consideró la Corte Suprema que "disposiciones reglamentarias de la naturaleza en cuestioìn constituyen facultades inherentes de la Corte Suprema, como oìrgano superior del Poder Judicial".

III. Reflexiones finales

La reforma constitucional de 1994 –al crear el Consejo de la Magistratura- pudo haber dado lugar a que se creyera que el esquema constitucional de 1853-1860, con la Corte Suprema como cabeza de la rama judicial federal y como intérprete último de la Constitución Nacional, había sido modificado, para pasar dicho Tribunal a depender del nuevo Consejo o para compartir, con éste, el rol de cabeza de la rama judicial.

Incluso hoy las aguas de la doctrina no son pacíficas. Sagüés señala puntos a favor de la dependencia del Consejo de la Magistratura (el art. 115, Const. Nac., no declara irrecurribles las resoluciones del Consejo de la Magistratura), pero también destaca que "mal podría subordinarse el Consejo a la Corte" si la reforma de 1994 quiso sustraer, a la Corte Suprema, la administración del Poder Judicial de la Nación, y agrega que se podría considerar a dicho Consejo como un órgano "*extra poder*", concluyendo en que "en definitiva, la Ley Nº 24937 declaró, en su art. 1, al Consejo de la Magistratura 'órgano permanente del Poder Judicial".[32]

La jurisprudencia y un repaso de ciertas acordadas de la Corte Suprema permiten inferir que aquel esquema originario, que nos rige desde 1853-1860, ha permanecido, por ahora, incólumne, desplazando así toda posibilidad interpretativa en punto a una dependencia de la Corte Suprema respecto del Consejo de la Magistratura o respecto a que compartan el rol de cabeza de la rama judicial entendida ésta como rama "bicéfala".

Ello aventa toda posibilidad de frustración del adecuado funcionamiento institucional en nuestro país y brinda orden y sosiego en esta particular área del "mapa" de órganos y entes que conforman el orden federal de gobierno.

[30] Ver, por ej., Resolución CM 258/05, del 4/8/2005, disponible en: https://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00008/00004160.Pdf (último acceso: 29/7/2017)

[31] Ver, por ejemplo, Resolución CM 6/2000, del 9/2/2000, disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/62414/norma.htm (último acceso: 29/7/2017)

[32] Sagüés, Néstor P., *Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2017, t. 2, p. 433-434.

Anexo 28

DOCTRINA

LAS AUDIENCIAS PUBLICAS CONVOCADAS POR LA CORTE SUPREMA ARGENTINA (¿MÁS CERCA O MÁS LEJOS DE LAS REGLAS DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS?) (*)

POR ESTELA B. SACRISTÁN (1)

SUMARIO: I. Planteo. — II. Los *oral argumentos* en la Corte Suprema de los Estados Unidos. — III. Las audiencias públicas en la Corte Suprema argentina. — IV. Una mirada comparativa. — V. Conclusiones.

I. Planteo

La Corte Suprema de nuestro país, en los últimos años, de manera directa o indirecta, parecería haberse acercado a la ciudadanía, sea por decisión del Poder Ejecutivo (por ej., al fijarse,

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Se transcriben las convocatorias a las audiencias públicas P. 1697. XLI - REX

Pellejero, María Mabel s/amparo s/apelación.

Buenos Aires, 10 de marzo de 2009.

Por disposición del Tribunal tomada con arreglo a lo dispuesto en la acordada N° 30/2007, señálase audiencia pública con finalidad informativa que se celebrará el día quince de abril de 2009, a las diez, en la sala ubicada en el cuarto piso del Palacio de Justicia.

A dicho acto serán convocadas las partes a fin de que tomen la intervención que les corresponde según el alcance definido en la acordada indicada. Asimismo, a fin de expresar su opinión fundada sobre el objeto del litigio será invitada a participar en calidad de Amigo del Tribunal la Asociación de Abogados Laboralistas, pues los demás presentantes que solicitaron intervenir en dicha condición no llenan los recaudos exigidos por la acordada 28/2004 (conf. causa P.1763. XLII "Patti, Luis Abelardo s/ promueve acción de amparo c. Cámara de Diputados de la Nación", sentencia del 8 de abril de 2008).

Invítase a participar del acto al señor Procurador General de la Nación.

Instrúyese a la secretaría interviniente para que tome todas las medidas necesarias y apropiadas para el mejor cumplimiento del acto ordenado. Notifíquese.

FDO.: DR. RICARDO LUIS LORENZETTI

P. 1697. XLI -REX

Pellejero, María Mabel s/amparo s/apelación.

Buenos Aires, 11 de marzo de 2009.

En orden a la delegación efectuada precedentemente, hágase saber la audiencia fijada a las direcciones de Ceremonial y Prensa, de Seguridad, de Sistemas, y de Gestión Interna y Habilitación, a fin de que tomen la intervención que, respectivamente, les corresponde en el marco de sus atribuciones para la mejor realización del acto y de lo dispuesto en la acordada N° 30/2007. Líbrense oficios.

Asimismo, corresponde hacer saber a las partes y al amigo del tribunal presentado que deberán: a) informar en la causa, hasta concluir el horario hábil de atención del día trece (13) de abril, los datos de identidad de las personas que asistirán al acto en representación o acompañando a cada sujeto procesal, hasta un máximo de diez (10) para las partes y cinco (5) para el amigo del Tribunal, incluyendo a los letrados y al orador; b) hacer saber de igual modo los datos de identidad del orador que efectuará la alegación ante el Tribunal; c) concurrir a la sala de audiencia con una anticipación no menor de diez (10) minutos a la hora fijada para el comienzo del acto; d) presentar el resumen escrito que prevé la acordada N° 30/2007, hasta el ocho (8) de abril, el que deberá consistir en una exposición sinóptica cuya extensión no superará las cuatro páginas.

L.L. 11-5-09

por decreto (2), el procedimiento para el ejercicio de la facultad de nombrar a los jueces del Alto Tribunal privilegiándose la representatividad y la participación), o por saludable decisión propia.

Entre esas decisiones propias, asociables al ejercicio de la potestad reglamentaria que asiste a la Corte Suprema bajo la Norma Fundamental (3) para reglar su propio funcionamiento (4), pueden mencionarse —enunciativamente— desde el otorgamiento de carácter público a la información relativa a la circulación de los expedientes (5), el relanzamiento de la base de datos de jurisprudencia y reanimación de la publicación de los digestos de fallos (6), la difusión de amplísima información mediante la respectiva página web (7), hasta la adopción de un régimen de *amicus curiae*(8) para recabar opiniones no vinculantes que ilustren al máximo tribunal acerca de un tema a decidir, la contemplación de los requerimientos de aquellas partes o letrados discapacitados (9), o el establecimiento de audiencias públicas (10).

En lo que hace a este trabajo, el establecimiento de audiencias públicas podría percibirse como vinculable a lo que manifestara el Presidente del Alto Tribunal argentino en Washington DC en octubre del 2007, en el sentido de que "(d)ebemos tratar de evolucionar a un perfil más parecido al de la Corte de este país" (11), en referencia a los Estados Unidos y a la mecánica

---

Por último, se hace saber a las partes, que el viernes tres (3) de abril a las once (11) se realizará en esta secretaría n° 5 (Oficina 4002) una reunión con quienes alegarán ante el Tribunal, a fin de evacuar todas las consultas que se formulen con respecto a la audiencia designada. Notifíquese en el día.

Devuélvanse por secretaría los escritos presentados por los peticionarios cuya intervención como Amigos del Tribunal no fueron admitidas.

FDO.: DR. CRISTIAN S. ABRITTA

(1) La autora expresa su agradecimiento por los generosos aportes del Prof. Russell Wheeler, del Federal Judicial Center, Washington D.C., en la etapa de elaboración de este trabajo. Las opiniones aquí volcadas son sólo de quien lo suscribe, y en nada comprometen al citado especialista en administración judicial.

(2) Dto. 222/03 (Adla, LXIII-C, 2618), BO 20/6/03.

(3) Art. 113, CN: "La Corte Suprema dictará su reglamento interior (...)" (la bastardilla no es del original). Esta es una importante competencia que la Corte Suprema posee para reglamentar "hacia adentro de sí misma", como claramente lo expone GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 4ta. ed. ampl. y act., LA LEY, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 477.

(4) Ello, sin perjuicio de las leyes que, delegación legislativa mediante, le permiten a la Corte Suprema reglar los procesos que tramitan en las instancias inferiores, v.gr., L. 48 (Adla, 1852-1880, 364), de jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, R.N. 1863-1869, p. 49: "Art. 18: La Corte Suprema podrá establecer los reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos, con tal que no sean repugnantes a las prescripciones de la Ley de Procedimientos". L. 4055, R.N. 1902-I, p. 100: "Art. 10: La Suprema Corte ejercerá superintendencia sobre las Cámaras Federales, Jueces de Sección, Jueces Letrados de Territorios Nacionales y demás funcionarios de la Justicia Federal, debiendo dictar los reglamentos convenientes para procurar la mejor administración de justicia". Cfr., empero, la L. 25488 (Adla, LXI-E, 5468), de reforma del CPCCN, BO 22/11/01: "Art. 4°: (...) La Corte Suprema de Justicia de la Nación queda facultada para dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de las normas y fines de esta reforma" (la bastardilla no es del original), delegación que parecería abarcar tanto a los procesos que tramitan ante ella misma como a los que tramitan ante las instancias inferiores.

(5) Ac. 35/03, art. 1°, por el cual se acuerda: "Establecer en el ámbito de esta Corte el carácter público de todos los registros llevados por las secretarías intervinientes y por las mesas de entradas que de ellas dependan, sobre la circulación de los expedientes, de cualquier naturaleza, entre los jueces del Tribunal" (la bastardilla no es del original).

(6) Ac. 37/03, arts. 1° y 2°, a cuyo texto cabe remitir.

(7) La emergente de, entre otras, la Ac. 1/04 (publicación de la nómina completa de las autoridades y personal actualizada mensualmente, ciertos actos administrativos relativos a designaciones, promociones y contrataciones, datos presupuestarios, la estadística semestral, y otros actos de alcance general); de la Ac. 2/04 (identificación de letrados de las partes en las sentencias); Ac. 17/06 (ampliación de la página web de la Corte Suprema, prevista en la Ac. 1/2004, para favorecer el acceso de los jueces a los fallos y a la documentación jurídica de la biblioteca y demás dependencias del Tribunal).

(8) Ac. 28/04, BO 20/7/04.

(9) Ac. 10/06.

(10) Ac. 30/07, no publicada en el Boletín Oficial.

(11) Conf. La Nación, jueves 4/10/07, nota de Hugo ALCONADA MON titulada "Lorenzetti y Maqueda buscaron consejos en la Corte de EE.UU.", sección 1, p. 10: "Debemos

de trabajo de la Corte Suprema estadounidense. Es sabido que ese tribunal extranjero cuenta con una larga experiencia en *oral arguments* u "alegatos orales" que tienen lugar en el marco de aquellas peticiones de *certiorari* que hayan sido discrecionalmente concedidas.

Estas líneas apuntan a un objetivo por demás restringido: indagar en la cuestión de si el mentado régimen de audiencias públicas, de la Corte Suprema argentina, implica un acercamiento al procedimiento adoptado, en ese punto, por la Corte Suprema estadounidense, o si, por el contrario, bajo un ropaje de participación, se han ahondado aún más las diferencias, persiguiéndose, en definitiva, objetivos muy diferentes.

A tal fin, este breve trabajo consta de tres partes: en la primera, se describe, sintéticamente, lo relativo a la regulación de las audiencias que, como parte de la revisión por *certiorari*, se celebran ante los jueces de la Corte Suprema estadounidense. En la segunda, se hace lo mismo respecto a la argentina, a la luz de los extremos que surgen de la respectiva reglamentación y de las numerosas audiencias ya convocadas. Finalmente, se esbozan las comparaciones y contrastes del caso, y se formulan las conclusiones finales.

II. Los *oral arguments* en la Corte Suprema de los Estados Unidos

Este acápite abarca nociones relativas a los alegatos orales u *oral arguments* que se llevan a cabo ante el máximo tribunal de justicia estadounidense. Las mismas hacen a su ubicación en el procedimiento que se lleva a cabo en esa sede, y a las líneas generales de su regulación, emanada del máximo tribunal en ejercicio de las competencias reglamentarias que le fueran delegadas, por el Congreso, en materia procesal (12), regulaciones contenidas en la *Rules* o reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

a. Inserción procedimental de los alegatos orales:

El *oral argument* o alegato oral, que tiene lugar ante los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, constituye un paso más en un procedimiento que ya ha sido descripto por la doctrina, a la cual cabe remitir (13).

Como se recordará, en líneas muy generales, ese procedimiento consta de dos partes: la "etapa de certiorari", y la etapa posterior a la admisión de la petición, cuando ya se está ante un "caso".

El procedimiento se inicia con la "petición" de *certiorari*, que semeja a un pedido de apertura de la jurisdicción, presentada en 40 copias encuadernadas (14) a distribuir entre los jueces (15), de la cual se corre traslado, con lo que se puede generar una contestación o *brief in opposition* que también se presenta en 40 copias (16). El peticionante puede producir una respuesta a esa contestación, o *reply*, en igual cantidad de copias (17). Perfeccionadas estas presentaciones, se inadmite o se admite la petición en acuerdo denominado "acuerdo de certiorari" o *cert conference*. La mayoría de los pedidos de revisión por *certiorari* son denegados (18). Pero si una

tratar de evolucionar a un perfil más parecido al de la Corte de este país, limitando la cantidad de casos y haciendo más audiencias públicas', planteó Lorenzetti".

(12) Ver Título 28, Parte V, Capítulo 131, § 2071, sobre generalidades de la potestad reglamentaria: "(a) La Corte Suprema, y todos los tribunales creados por Ley del Congreso, podrán, de tanto en tanto, prescribir reglas para la conducción de sus asuntos. Tales reglas deberán guardar arreglo con las Leyes del Congreso y con las reglas de práctica y procedimiento prescriptas bajo la sección 2071 de este título" ("The Supreme Court and all courts established by Act of Congress may from time to time prescribe rules for the conduct of their business. Such rules shall be consistent with Acts of Congress and rules of practice and procedure prescribed under section 2072 of this title").

(13) Por todos, STERN, Robert L. - GRESSMAN, Eugene - SHAPIRO, Stephen - GELLER, Kenneth S., Supreme Court Practice, 7th ed., The Bureau of National Affairs Inc., Washington, D.C., 1993; BIANCHI, Alberto B., Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Análisis de los mecanismos procesales que hoy emplea la Corte argentina, Abaco, Buenos Aires, 1994. También puede verse, desde una óptica más ágil —mas hoy menos actualizada en virtud de cambios en las reglas procedimentales aplicables—, WOODWARD, Bob - AMSTRONG, Scott, The Bethren. Inside the Supreme Court, Avon, New York, 1979, ps. xii y xiii.

(14) Rules of the Supreme Court of the United States, Rule 33.1.f.

(15) Rules of the Supreme Court... cit., Rule 15.5.

(16) Rules of the Supreme Court... cit., Rule 15.3.

(17) Rules of the Supreme Court..., Rule 15.6.

(18) La página web de la Supreme Court Historial Society informa que, en 1941-42, la Corte recibió poco

petición sí es admitida por la Corte —v.gr., si ésta concede el *certiorari* mediante la denominada "regla de 4"—, pasando a integrar ese 1% aproximado que muestran las estadísticas (19), la "petición" se convierte en un "caso".

Entonces el Tribunal puede pedir la remisión del expediente, y se notifica a los letrados la fecha para dos importantes alternativas procesales relativas al fondo del tema a decidir: el plazo para la presentación de la fundamentación de la petición o *brief on the merits*, a presentar también en 40 copias (20); y la identificación del mes en que probablemente se celebrará la audiencia o alegato oral u *oral argument*. Corrido el traslado de esa fundamentación, se presenta un escrito de oposición u *opposing brief on the merits*, en igual cantidad de copias (21), el cual podrá ser contestado mediante un *reply brief* también en 40 copias (22), sin perjuicio de que se puede presentar, en similar cantidad de copias, un escrito suplementario restringido a nueva legislación o doctrina sobre el tema (23). Cumplidos estos pasos, se celebra el alegato oral u *oral argument* de la Regla 28 en el día y hora prefijados. Uno o dos días después, en "acuerdo de caso" o *case conference*, los jueces de la Corte deciden el caso alegado oralmente, asignándose la tarea de redacción del primer voto, o de la disidencia; en esa ocasión también deniegan o admiten formalmente las peticiones de *certiorari*(24) que pudieran hallarse pendientes.

Luego del alegato oral, sólo en forma excepcional permite la Corte la presentación de un escrito adicional. Oportunamente, se da a conocer el fallo. Entre la admisión de la petición de *certiorari*, hasta el fallo, pasando por todos los escritos y alegatos, transcurren entre 6 meses y un año (25). La cantidad de certioraris concedidos con alegatos a realizarse al inicio del año siguiente es muy reducida (26).

Más allá de las particularidades de la jurisdicción de la Corte Suprema estadounidense, esencialmente discrecional (27), de lo reseñado en los párrafos precedentes surge, en forma prístina, que, en todo momento, a partir de la petición de *certiorari*, cada juez tiene, a su disposición, un ejemplar de cada escrito presentado. Ello facilita el contacto directo con las presentaciones, sea en la etapa de la denegación o de la admisión formal de la petición (por haberse circulado copias de la petición y respondes), como en el trascendente momento del alegato oral (por haberse circulado copias de la fundamentación y respondes).

b. Casos decididos sin alegato oral previo bajo la Regla 16:

Lo dicho hasta aquí se refiere a aquellos casos que son decididos *con* alegato oral previo. Sin embargo, las *Rules* de la Corte Suprema estadounidense prevén una vía de escape de ese régimen. Y, desde la perspectiva de las estadísticas que

---

más de 1000 peticiones; hacia fines de 1999-2000, más de 7000. En los últimos años, se concede el certiorari en, aproximadamente, 80 pedidos.

(19) BLOCH, Susan Low - JACKSON, Vicki C. - KRATTENMAKER, Thomas G., Inside the Supreme Court. The Institution and Its Procedures, 2nd ed, Thomson West, 2008, p. 450, con transcripción de O´BRIEN, David M., "Join-3 Votes, the Rule of Four, the Cert. Pool, and the Supreme Court's Shrinking Docket", 13 Journal of Law and Politics 779 (1997).

(20) Rules of the Supreme Court... cit., Rule 25.1

(21) Rules of the Supreme Court... cit., Rule 25.2.

(22) Rules of the Supreme Court... cit., Rule 25.3.

(23) Rules of the Supreme Court... cit., Rule 25.5.

(24) BLOCH ET AL., Inside the Supreme Court... cit., p. 365.

(25) BLOCH ET AL., Inside the Supreme Court... cit., p. 573, con transcripción de REHNQUIST, William H., The Supreme Court, Alfred A. Knopf, New York, 2001, esp. p. 266: "Un caso en el cual se concedió el certiorari entre 6 meses y un año atrás, ha sido alegado, alegado oralmente, y, ahora, fallado en forma definitiva por la Corte Suprema de los Estados Unidos" ("A case in which certiorari was granted somewhere from six months to a year has been briefed, orally argued, and now officially decided by the Supreme Court of the United States").

(26) Según http://www.uscourts.gov/judbus2008/appendices/A01Sep08.pdf, el total disponible para alegato oral al inicio del año siguiente, para el lapso 2003/2007, fue de: 47 en el 2003, 41 en el 2004, 31 en el 2005, 28 en el 2006, 47 en el 2007.

(27) Según la fuente oficial citada en la nota precedente, fueron fallados, nominalmente, 89 casos en el 2003; 85 en el 2004; 82 en el 2005; 74 en el 2006; y 72 en el 2007. A ellas cabe agregar una pequeña cantidad de casos que son fallados en forma innominada (2003: 2; 2004: 2; 2005: 5; 2006: 4; 2007: 2). Cfr. MORELLO, Augusto M. – ROSALES CUELLO, Ramiro, Práctica del recurso extraordinario, LA LEY, Buenos Aires, 2008, p. 327, n. 14.

publica la justicia federal, no es nada desdeñable la cantidad de casos que son revisados y fallados en forma sumaria, en la "etapa de certiorari", como suele decirse, *sin* alegato oral previo (28) y sin los restantes *briefs*.

Ello es una posibilidad bajo la Regla 16 (29). Son casos que son fallados —6 votos mediante (30)— por medio de una misma resolución, por la cual se concede el *certiorari* y se resuelve la cuestión de fondo.

Veamos ahora lo relativo a algunos aspectos de interés de los alegatos orales, ante la Corte Suprema de los Estados Unidos.

c. Pormenores de los alegatos orales de la Regla 28:

La Regla 28, que integra las Reglas de la Corte Suprema (31), regula —con extremo nivel de detalle, al igual que las restantes *rules*— lo relativo a los alegatos orales. Dicha norma y consta de diversos incisos, de los cuales resultan relevantes los siguientes:

Según el primer inciso, el alegato oral está enderezado a enfatizar y clarificar los argumentos brindados en la fundamentación. El abogado, según esta regla, toma por sentado que los jueces ya han leído los escritos previamente producidos. Agrega la regla que no es bueno leer el alegato oral.

El tercer inciso fija 30 minutos, como máximo, para que cada parte diga su alegato. En forma previa a la celebración de la audiencia podrá requerirse un lapso de tiempo suplementario, explicando las razones por las cuales no alcanzan los 30 minutos establecidos, pero raramente se hace lugar a esta clase de pedidos, según prescribe el inciso. Con similar espíritu, el cuarto inciso desalienta la actuación de más de un abogado por cada una de las partes. El letrado que abre la audiencia debe presentar el caso en forma fiel y íntegra.

Por último, según los incisos 6to. y 7mo., no hay alegato oral sin presentación previa del *brief*, y la Corte puede permitir que, en el alegato oral, debatan oralmente los letrados de los *amicus curiae* que hayan presentado uno. Sólo excepcionalmente debatirán éstos sin el consentimiento previo de la parte.

Puede agregarse que, de la experiencia misma de presenciar estos alegatos, se infiere la finalidad de los mismos, que no es exactamente la de obtener mayor información sino la de hacer tambalear el caso. A los pocos minutos de iniciada la exposición pueden sobrevenir interrupciones, preguntas certeras, emanadas de cualquiera de los jueces de la Corte, enderezadas no sólo a debilitar los argumentos sino también a poner al letrado a prueba respecto de cuánto sabe sobre el caso. Semeja un examen oral, llevado a cabo en un marco ceremonioso, gobernado por las luces que hacen saber si se cumplió la media hora acordada, donde el diálogo desplaza la exposición unilateral, donde lo que fluye es la intención, de los jueces, de completar una imagen cabal del planteo, sacando a la luz y colocando en un primer plano las debilidades u obscuridades del mismo.

De la Regla 28 se infiere, en lo que aquí interesa, la finalidad de estos alegatos orales, esto es, sacar a la luz lo expresado en el escrito de fundamentación, y contestar las preguntas que, con relación a ello, se formulen. Es claro que la finalidad del instituto no es escuchar una exposición unilateral del letrado, sino interactuar con él, interrogándolo sobre su caso federal: no sólo el letrado elige de qué hablar; son los jueces los que deciden de qué se hablará (32). Si se considera —como se vio— que un par de días después del alegato oral los jueces se reúnen en acuerdo para decidir el caso y asignar la redacción del voto mayoritario (y, en su caso, de la disidencia), las respuestas brindadas en el alegato oral por los letrados parecerían marcar la suerte del caso.

---

(28) Según la fuente citada en n. 27, las cantidades de casos revisados y fallados sin alegato oral fueron de: 2003: 52; 2004: 826 (incluyen los casos de la Bipartisan Campaign Reform Act); 2005: 105; 2006: 280; 2007: 208.

(29) "1. Luego de considerar los documentos distribuidos de conformidad con la Regla 15 [Briefs in Opposition; Reply Briefs; Supplemental Briefs], la Corte ordenará lo que corresponda. Podrá ordenar que se resuelva la cuestión de fondo de forma sumaria".

(30) Los seis votos se requieren por convención; conf. STERN ET AL., Supreme Court Practice... cit., ps. 246/247.

(31) Ver n.13.

(32) La gráfica expresión corresponde a DWORSKY, Alan L., The Little Book on Oral Argument, Rothman & Co., Littleton, Co., 1996, p. 1.

Por último, y de cara a la sociedad que desea conocer lo actuado en el alegato oral, cabe apuntar que la transcripción íntegra de éste se publica en la web —específicamente en http://www.supremecourtus.gov/oral_arguments/argument_transcripts.html— pocas semanas después de que el mismo ha tenido lugar (33).

III. Las audiencias públicas en la Corte Suprema argentina

Las audiencias públicas celebradas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación pueden ser visualizadas en dos etapas diversas: las convocadas antes del dictado de la Acordada 30/07, y las posteriores; las primeras surgen de la práctica del Alto Tribunal, y las segundas corresponden a un régimen reglado por éste.

a. Antes del 2007:

Diversas son las causas que, mientras tramitaban ante la Corte Suprema, obtuvieron la celebración de una audiencia pública.

Puede recordarse que, a principios de la década del '90, en el caso de la quiebra del Banco del Interior y Buenos Aires (34) —causa ingresada como "presentaciones varias", tramitada como *per saltum*— la Corte Suprema convocó a audiencia pública en cuatro oportunidades. En el respectivo fallo se da cuenta de las mismas (35).

Más resonante aun fue la audiencia pública del recordado caso de la privatización de los servicios aeroportuarios (36). En esta causa, efectuada ante la Corte Suprema la presentación directa (también ingresada como "presentaciones varias") del Jefe de Gabinete, y sustanciada la misma con los actores y al Defensor del Pueblo de la Nación, tomó vista la Procuración General de la Nación, la cual produjo su dictamen de fecha 5/11/97, y falló la Corte Suprema el 17/12/97, habiéndose celebrado pocos días antes —el 10/12/97— una audiencia que pudo ser presenciada por el público, y en la cual participaron activamente los letrados de ambas partes. Según reseñaba un medio al día siguiente (37), y en lo que aquí interesa, (i) la audiencia había sido solicitada por los diputados actores, pedido al cual accedió la demandada, y la Corte Suprema invitó a todas las partes; (ii) la audiencia duró aproximadamente tres horas y expusieron pluralidad de legisladores, así como el Defensor del Pueblo; (iii) por la demandada expusieron el Jefe de Gabinete y dos letrados; (iv) si bien el Presidente de la Corte Suprema había otorgado 20 minutos para la exposición, cada parte tuvo 40 minutos para exponer a pedido de los legisladores, con más 10 minutos para formular las réplicas a los argumentos de las otras partes.

Asimismo, en el célebre caso de la banca de senador del Chaco, y como consecuencia de un pedido formulado por la representante de dicha provincia (38), se dispuso la celebración de una audiencia pública el 23/11/98, en el marco de una causa que tramitaba en la competencia originaria de la Corte Suprema.

---

(33) Al tiempo de remitir este trabajo, en el sitio referido, el alegato transcripto más reciente es del el 1° de abril del 2009.

(34) G. 146. XXIII. PVA. "González, Antonio Erman y otros s/su presentación en autos: "Bco. del Int. y Bs. As. (BIBA.) sobre medida cautelar", con fallo publicado en Fallos: 313:1242 (1990).

(35) Ver "González, Antonio Erman y otros s/su presentación en autos: "Bco. del Int. y Bs. As. (BIBA.) sobre medida cautelar", Fallos: 313:1242 (1990), esp. p. 1247: "Que el Tribunal requirió el expediente y, recibido, inició el estudio sobre la admisibilidad de la presentación. Asimismo, durante el lapso dedicado a ello, a fines de un mejor conocimiento del problema y de intentar una conciliación, llamó a las partes a 'cuatro audiencias públicas'" (el destacado con comillas simples no es del original).

(36) R. 420. XXXIII. PVA. "Rodríguez, J. - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/plantea cuestión de competencia e interponen apelación extraordinaria directa en autos: Nieva, A. y otros c. P.E.N. - Dto. 842/97 (medida cautelar)", con fallo publicado en Fallos: 320:2851 (1997); en el respectivo fallo no se hizo mención de la audiencia pública celebrada.

(37) "La Alianza no logró convencer al alto tribunal. Aeropuertos: la Corte respaldará al Gobierno", nota de Adrián VENTURA, en La Nación, jueves 11/12/97.

(38) C. 659. XXXIV. "Chaco, Provincia del c. Estado Nacional (Senado de la Nación) s/acción declarativa de inconstitucionalidad", con fallo publicado en Fallos: 321:3236 (1998). Ver, esp., p. 3271/72, donde la disidencia del Dr. Petracchi expone que "[c]omo consecuencia de un pedido formulado por la representante de la Provincia del Chaco se dispuso la celebración de una 'audiencia pública' el día 23 de noviembre a las 11 hs, la que fue notificada al señor Procurador General, al Honorable Senado de la Nación y a la actora" (el destacado con comillas simples no es del original).

El trascendente fallo en el caso "Verbitsky" —de la competencia apelada de la Corte— estuvo, igualmente, precedido de la celebración de dos audiencias públicas, celebradas en diciembre del 2004 y en abril del 2005, y de las mismas se hace pleno mérito en la respectiva sentencia (39).

También se fijaron audiencias públicas en la causa "Mendoza" (40), de la competencia originaria de la Corte. Esta convocatoria reviste particular singularidad pues en el auto respectivo, del 30/8/06, se anexó un "reglamento de la audiencia convocada por resolución del 20/6/06", para el 5/9/06, reglamento en el cual se insistió en que el propósito de la misma era requerir y obtener, en materia de contaminación ambiental, información "pública" o información "que resulte pública".

Mas otras causas, también importantes, en las que se solicitó audiencia pública, no arribaron a esta alternativa procesal participativa; puede mencionarse la causa Evelin Vázquez (41) sobre extracción compulsiva de sangre, en la cual, en mayo del 2001, se solicitó, además de una audiencia pública, la intervención de *amicus curiae*, pedidos que fueron desoídos, fallándose la causa más de dos años después sin hacerse mención de lo peticionado.

b. Después del 2007. Acordada 30/07:

Como se recordará, la Corte Suprema argentina, en noviembre del 2007, dictó la Acordada 30/07, por la cual, en ejercicio de la potestad reglamentaria que la asiste, se autohabilita para convocar a audiencias públicas en aquellos casos que elija.

De la lectura, tanto de los considerandos como de la parte dispositiva, de la mencionada acordada surge, en lo principal:

(i) La aplicabilidad, del mentado régimen, a un género de causas: "causas que tramitan ante esta Corte", de lo cual se infiere su aplicabilidad tanto a causas de competencia apelada (extraordinaria u ordinaria) como a causas de competencia originaria pues no se efectúa distinción alguna.

(ii) La discrecionalidad en la convocatoria a audiencia pública, bastando que así lo dispongan, al menos, 3 de los jueces. De ello se deduce que no toda causa ameritará una audiencia pública sino que su procedencia quedará sujeta al arbitrio de la cantidad indicada de ministros.

(iii) La libertad que asiste a todos los jueces de la Corte Suprema para interrogar a los letrados de las partes durante la audiencia.

(iv) La discrecionalidad del Alto Tribunal en punto a hacer participar, en la audiencia pública, a los representantes del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa. Si bien no indica la acordada la cantidad de jueces que lo disponen, cabría estarse a la regla de 3 aplicable a la convocatoria.

(v) La finalidad de las audiencias que se convoquen, esto es, que los jueces del Alto Tribunal obtengan mejor conocimiento de la causa ("escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del caso"), concilien a las partes ("instar a las partes en la búsqueda de soluciones no adversariales"), u optimicen la tramitación de aquélla ("tomar las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de la causa"). Es la Corte Suprema la que califica, discrecionalmente, la audiencia, en el auto de convocatoria. Respecto de la cantidad de jueces necesaria para la calificación, cabría estarse a la regla de 3 ya apuntada.

(vi) La adopción de un calendario semestral de audiencias públicas, discrecionalmente dispuestas, que será dado a publicidad.

(vii) El carácter abierto al público de las audiencias, tal que puedan ser presenciadas por tantos

(39) V. 856. XXXVIII. "Verbitsky, Horacio s/habeas corpus"; el respectivo fallo, publicado en Fallos: 328:1146 (2005), da precisa cuenta de lo siguiente: "II. - El trámite de las audiencias públicas: 8°) Que esta Corte resolvió, en los términos del art. 34, inc. 4°, ap. a, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación convocar a las partes a dos audiencias públicas, que se llevaron a cabo el 1° de diciembre del pasado año y el 14 de abril del corriente. En las mismas, tanto el CELS como el Poder Ejecutivo provincial presentaron sus inquietudes y aportaron escritos en los que sostuvieron sus respectivas posiciones (...)".

(40) Causa M.1569.XL. "Mendoza, Beatriz S. y otros c. EN y otros" (se fijan audiencias para el 5/9/06 y 12/9/06; 4/7/07; 31/10/07).

(41) V.356.XXXVI. "Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación", con fallo publicado en Fallos: 326:3758 (LA LEY, 2003-F, 970) (2003). Los datos sobre lo peticionado surgen de la consulta de los movimientos del respectivo expediente en www.csjn.gov.ar

espectadores como lo permitan las instalaciones, sin perjuicio de su filmación, grabación y transcripción en actas accesibles por el público. Se advierte que la acordada no fija un plazo para la confección y publicación de la transcripción.

(viii) El letrado designado por cada parte, en una audiencia informativa, tiene 20 minutos para su alegato. Se trata, por cierto, de un lapso sensiblemente inferior al adoptado por la Corte Suprema estadounidense, y la norma no fija la obligación de unificar, en un solo letrado, la tarea de alegar oralmente, como sí se hace en el sistema extranjero reseñado. No se especifica en la norma si los 20 minutos incluyen el tiempo para preguntas de los jueces, o si dicho interrogatorio comienza una vez consumidos los 20 minutos de exposición.

(ix) Previo a la audiencia informativa, debe presentarse un resumen escrito de la exposición, mas no se prevé, en la respectiva norma, si se correrá traslado de dicho resumen, o las generalidades sobre su extensión. Asimismo, las audiencias conciliatorias y ordenatorias prevén la presentación de un resumen, por lo que cabe tener por aplicables aquellas consideraciones.

Puede recordarse que, con posterioridad a la sanción de la Ac. 30/07, se ha dispuesto, en materia de audiencia pública, en pluralidad de causas (42).

IV. Una mirada comparativa

Veamos, ahora, qué comparaciones y qué contrastes pueden visualizarse a partir de los dos regímenes reseñados. A tal fin, sin perjuicio de los variados aspectos tomados en consideración en la cuidadosa redacción de la Ac. 30/07, puede repararse en algunos de especial interés. Así, los relativos a las siguientes facetas:

a. Potestad reglamentaria ejercida:

Se esté ante los alegatos orales o ante las audiencias públicas, tanto la Corte Suprema estadounidense como su par argentina ejercen la potestad reglamentaria que les asiste, sea bajo la Constitución o por mediar delegación legislativa (ver secciones I y II de este trabajo). El ejercicio de esa trascendente potestad, asimismo, se percibe claramente justificada a la luz del elevado grado de especialidad en la materia procesal que se regula; o, por decirlo en términos simples, nadie está más preparado para reglar los detalles del trámite de las causas radicadas ante los estrados de la Corte Suprema que la Corte Suprema misma.

b. Ambito de aplicación (I):

Las audiencias públicas de la Ac. 30/07 pueden ser dispuestas tanto en ciertas causas de competencia originaria como en ciertas causas de competencia apelada (extraordinaria u ordinaria) de la Corte Suprema. Ello pues, en la acordada en cuestión, no se distingue, aludiéndose a un género: "ciertas causas que tramitan ante esta Corte" (43); la propia experiencia anterior a la sanción de la Ac. 30/07 indica que se han convocado audiencias públicas en causas de una y otra competencia (44).

En cambio los alegatos orales dispuestos en las *Rules* de la Corte Suprema estadounidense, reseñadas, tienen lugar en el marco de un pedido de revisión por *certiorari*, pedidos en los que la

(42) Pueden consultarse, en la página web de la Corte Suprema, las causas: P. 1697. XLI. "Pellejero, María M. s/amparo s/apelación" (se fija audiencia pública para el 15/4/09); S. 2225. XLI. "Sánchez, Carlos P. c. AGN" (se fija audiencia pública para el 1/4/09); S. 1144. XLIV. "Salas, Dino y otros c. Salta, provincia de y EN s/amparo" (se fija audiencia pública para el 18/2/09); C. 2701. XL. "Colegio de Abogados de la Capital Federal c. EN - PEN - Ley 24.414 - Dto.1204/01 s/amparo" (se fija audiencia pública para el 24/9/08); G. 147. XLIV. "García Méndez, Emilio, y Musa, Laura C. s/causa N° 7537" (se fija audiencia pública para el 10/9/08; se la suspende por interlocutorio del 8/9/08); A. 910. XXXVII. "AFIP c. Intercorp SRL s/ejecución fiscal" (se fija audiencia pública para el 16/7/08); H. 270. XLII. "Halabi, Ernesto c. PEN —Ley 25.873 Dto. 1563/04— s/amparo" (se fija audiencia pública para el 2/7/08) —LA LEY, 2/3/2009, P. 8—; G. 1326. XXXIX. "Gentini, Jorge M. y otros c. EN - Mrio. de Trabajo y Seguridad Social y otros s/participación accionariado obrero" (se fija audiencia pública para el 7/5/08); A. 570. XXXVII. "AFIP —DGI— c. Atahualpa SRL s/ejecución fiscal" (se deja sin efecto la convocatoria a audiencia pública por interlocutorio del 29/4/08); P. 2297. XL. "Patitó, José A. y otro c. Diario La Nación y otros s/daños y perjuicios" (se fija audiencia pública para el 23/4/08 —LA LEY, 2008-D, 374—).

(43) Ac. 30/07, cons. 1°.

(44) Por ej., causas H.270.XLII "Halabi, Ernesto c. PEN", de competencia apelada, y causa cabecera en M.1569.XL "Mendoza, Beatriz S. c. EN y otros", de competencia originaria.

jurisdicción (discrecional) que se abre es de tipo apelada.

c. Ambito de aplicación (II):

Tanto la Corte Suprema argentina como su par estadounidense tienen un ámbito de libertad para decidir qué casos contarán con una audiencia pública o alegato oral y qué casos carecerán de uno. La diferencia radica en un aspecto no menor: ella reposa en cuál es la regla en uno y otro ordenamiento.

En el régimen argentino, sólo "ciertas" causas contarán con una audiencia pública (45); de ello se infiere que la regla en la materia es la ausencia de audiencia pública, y la excepción será la convocatoria de una. Los guarismos que se brindan en el último acápite de esta sección echan luz sobre este aspecto. En cambio en el ámbito de la Corte Suprema estadounidense, concedido el *certiorari*, la regla es que haya un alegato oral u *oral argument*, y la excepción se verifica si 6 *justices*, bajo la Regla 16, deciden prescindir del alegato oral, admitir el *certiorari* y resolver sobre el fondo de la cuestión, todo ello, en forma sumaria.

Esta tímida diferenciación posee una natural consecuencia del campo de la tramitación: el pedido de *certiorari* se efectúa entregando la cantidad de 40 ejemplares encuadernados, entre los cuales se incluyen los que serán distribuidos entre los nueve *justices* bajo la Regla 15.5. Es este un aspecto no reglado en la Ac. 30/07, a juego con sus características de régimen excepcional.

d. Convocatoria:

En el marco de la Ac. 30/07, la selección de una causa para ingresar al régimen de excepción de tramitación con audiencia pública requiere el voto favorable de 3 jueces. Si se considera que el máximo tribunal cuenta con 7 ministros, la cantidad requerida no es la necesaria para formar una mayoría absoluta de las del art. 3° de la L. 26183 (Adla, 2007-A, 57) (46). Ello deje entrever —más allá del carácter de "régimen de excepción" recién apuntado— un criterio de liberalidad por el cual se favorecen las aristas republicanas y de acceso a la información que moran en estas audiencias públicas en lo relativo al público que asiste a su celebración.

De otra parte, la regulación de los *oral arguments* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos no fija la cantidad de votos necesarios para subsumir al caso en un trámite sumario, sin alegato oral: es sólo por tradición, o por convención invariable entre los 9 *justices* que la integran, que se requieren 6 votos favorables a la tramitación sumaria y a la consiguiente prescindencia del alegato oral (ver sección II.b. de este trabajo).

e. Importancia o trascendencia de la cuestión a resolver:

La jurisdicción de la Corte Suprema estadounidense, en punto a admitir un pedido de *certiorari*, es discrecional (47), y se exige que la cuestión federal revista importancia (48). Algo similar ocurre entre nosotros a tenor del texto del art. 280 del código ritual: si se pueden desechar

(45) Ac. 30/07, cons. 1° y art. 1°.

(46) "Disposición Transitoria: La reducción de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuesta por el artículo anterior, operará del siguiente modo: Desde la entrada en vigencia de la presente ley se reducirá transitoriamente a 7 el número de jueces que la integran. A partir de dicha reducción, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de 4 de sus miembros (...)".

(47) Rules of the Supreme Court... cit. Rule 10, que reza: "La revisión por writ of certiorari no es una obligación legal sino una cuestión de discrecionalidad judicial. Una petición de certiorari sólo será concedida por razones imperativas". ("Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons").

(48) Rules of the Supreme Court... cit., Rule 10, incs. a., b. y c. ("(a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's supervisory power; (b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals; (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court") (el destacado no es del original).

las cuestiones federales baladíes o carentes de trascendencia (49), bien se podría razonar que sólo son admisibles las cuestiones federales importantes o trascendentes (50). Ahora, a la luz del recaudo de importancia o trascendencia, ¿es necesario acreditar una cuestión (federal) importante o trascendente a los fines de la citación para alegato oral ante la Corte norteamericana o a los fines de la convocatoria a audiencia pública ante la Corte argentina?

En aquel ordenamiento extranjero, la cuestión federal que supere el filtro del *certiorari* será siempre importante pues ese es el criterio que fija la Rule 10 y sus diversos incisos (51); a su vez, esa cuestión federal importante —como se vio— será fallada, por regla, con alegato oral previo y, por excepción, en forma sumaria, sin alegato oral previo.

En cambio, en el ámbito de la Corte Suprema argentina, varias razones fundarían el aserto de que la importancia de la cuestión (federal) es neutra a los fines de la convocatoria a audiencia pública. En primer lugar, las audiencias de la Ac. 30/07 pueden llevarse a cabo tanto en causas de competencia apelada (extraordinaria u ordinaria) como en causas de competencia originaria, y las cuestiones federales, importantes o no, son extrañas tanto a los recursos ordinarios como a los planteos en competencia originaria. En segundo lugar, la práctica indica que cuestiones (federales) tan importantes como el ajuste por inflación —ajuste del cual depende toda la vida económica del país— no han suscitado, al momento, una convocatoria a audiencia pública (52). En tercer lugar, si bien la Ac. 30/07 se funda en un dictamen producido en un célebre caso dotado de gravedad institucional (Penjerek) (53), y si bien el mismo

(49) Art. 280, CPCCN ("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").

(50) "Serra, Fernando H. otro c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 316:2454 (LA LEY, 1995-A, 401, con nota de Alberto B. Bianchi - DJ, 1995-2-1280, SJ. 868 - Con nota de Bianchi, Alberto B., publicado en LA LEY, 1995-A, 397...) (1993), y su cita de la disidencia de los doctores Petracchi y Moliné O'Connor en "Ekmekdjian c. Sofovich", Fallos: 315:1492 (LA LEY, 1992-C, 543) (1992), conforme la cual: "[A]sí como la Corte se encuentra habilitada para desestimar los asuntos que carezcan de trascendencia, así también lo está para intervenir cuando de un modo claro aparezca dicha trascendencia, aunque, como ocurre en el sub lite, el recaudo de fundamentación no se encuentre suficientemente cumplido" (cons. 9°).

(51) Ver n. 48 y n. 49.

(52) La causa J. 87. XLI. "Juplast S.A. c. EN y AFIP s/ amparo" sólo ha suscitado, al momento, la convocatoria de amicus curiae, ver y ampliar acerca de los pormenores de esta convocatoria en GELLI, Constitución... cit., t. II, ps. 478/481, esp. ps. 480/481.

(53) "Penjerek, Norma Mirta", Fallos: 257:134 (1963), en la cual se produjo el dictamen de Ramón Lascano, que, en lo pertinente, opina: "[S]i bien una larga línea jurisprudencial declara insusceptibles de recurso extraordinario las decisiones que versan sobre recusación de los jueces, máxime si se trata de litigios que tramitan ante tribunales provinciales (Fallos 238:303; 241:22 y 37; 243:446 y otros), V.E. ha cuidado de advertir que ello es por vía de principio, admitiendo implícitamente —en mi opinión— que puede, en ciertos casos, existir razón valedera para prescindir de la doctrina de tales precedentes (["Rottin, Luciano c. Asociación Civil Círculo Militar de Suboficiales de las fuerzas Armadas"] Fallos 244:448, párr. 1°).

Estimo que en el sub lite se da ese excepcional supuesto. Huelga poner de relieve la difusión y notoriedad que ha alcanzado este proceso: la prensa le ha dedicado una atención extraordinaria, y la opinión pública ha sido conmovida por las características de los hechos investigados y la extensión y ramificación que se les atribuye.

Con razón o sin ella, esta causa y las que le son conexas han llegado a poner a prueba, ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de nuestra administración de justicia, sin que se establezcan distinciones de fuero o de jurisdicción, que, por lo general, escapan a la comprensión del lego.

Por tal motivo, es indispensable que no subsista la menor duda de que tanto la acusación como la defensa han contado y contarán con las más amplias garantías para hacer valer sus respectivas pretensiones. Cualquier limitación infundada al ejercicio de esos derechos, cobra en este caso grave trascendencia institucional, porque puede traducirse en menoscabo de la confianza que el pueblo deposita en el Poder Judicial. Mantener incólume esa confianza, a través de la prudencia y sabiduría con que ejercita la facultad de revisión instituida por el art. 14 de la L. 48, es tal vez la más alta misión que haya sido confiada a V.E., como órgano supremo del sistema judicial argentino e intérprete final de la Constitución (["Moreno, Adhemar Robustiano, y otros"] Fallos 246:237).

La decisión de fs. 19 tiene, a mi juicio, la trascendencia a que acabo de referirme. En efecto, ella deniega

pasaje transcripto en la citada acordada ha sido aplicado en un caso posterior, dotado también de importancia institucional (Acción Chaqueña) (54), tales extremos no debilitarían el aserto formulado ya que, como se vio antes, el ámbito de aplicación de la acordada no distingue entre causas de una y otra competencia. En cuarto lugar, si bien en una convocatoria a audiencia pública posterior a la sanción de la Ac. 30/07 se hizo mérito del interés institucional del asunto, tal modalidad no se reiteró en convocatorias posteriores (55).

A todo evento, y en punto, específicamente, a las audiencias públicas convocables en la tramitación de un recurso extraordinario, cabe reparar en que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, puede ser que la amplia difusión o repercusión pública dote, a un caso dado, de la gravedad o importancia institucional requerida a los fines de *bypasear* los denominados "ápices procesales frustratorios" del control constitucional (56). Pero lo opuesto no es admisible: no se podría hipotéticamente concebir que es la convocatoria a audiencia pública y la consiguiente difusión pública de la misma la que otorga importancia institucional a un caso pues, a los fines de ese *bypass*, la gravedad o importancia institucional debe ser alegada y demostrada (57) —y, en su caso, rebatida— en forma oportuna, esto es, mucho antes, al interponerse el recurso extraordinario o queja o en la contestación del traslado pertinente.

---

la celebración de un acto procesal expresamente establecido por el art. 37 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires: es decir, un juicio oral y sumario para conocer de la causa de recusación.

El argumento sobre el cual el a quo funda su decisión, esto es el de que se trata de una cuestión de puro derecho, aparece en flagrante contradicción con las constancias de autos. Basta para demostrarlo concluyentemente señalar que, en definitiva, la recusación es rechazada por el mismo tribunal sobre la base de la consideración de circunstancias de hecho y prueba (auto de fs. 20).

La resolución apelada aparece, pues, como una arbitraria limitación a la garantía constitucional de la defensa en juicio, razón por la cual, y en atención a las especiales circunstancias que antes he mencionado, y que estimo hacen aplicable al caso la doctrina de ["Antonio, Jorge"] Fallos 248:189 y ["Porretti, Antonio J., suc. c. Do Pico Juan Carlos, y otra"] 250:699, considero que procede hacer lugar a la queja deducida contra la denegatoria de fs. 39, y revocar la resolución apelada en cuanto ha sido materia del recurso extraordinario, a efectos de que por el tribunal que corresponda se dé el debido trámite al incidente de recusación".

(54) "Acción Chaqueña s/oficialización lista de candidatos", Fallos: 314:916 (1991): "Si el Tribunal Electoral de la Provincia tomó en cuenta para conceder el recurso extraordinario, circunstancias locales relativas a la notoriedad y difusión de un asunto que conmovió a la opinión pública llegando a poner en duda ante los ojos del electorado la eficacia y objetividad de la administración de justicia, corresponde considerar que media en el caso gravedad institucional, pues uno de los requisitos del sistema representativo republicano de gobierno que las provincias han de garantizar, es la fe en quienes tienen a su cargo esa función, eliminando en el ámbito de su poder, todo lo que la afecte o disminuya".

(55) Ver P. 2297. XL. "Patitó, José Angel y otro c. Diario La Nación y otros s/daños y perjuicios", acta de la audiencia pública celebrada el 23/4/08, donde se expresa: "La convocatoria de la Corte se inscribe en el marco de la Acordada 30/07, que determinó la realización de audiencias públicas en ciertas causas que se tramitan ante el Tribunal e involucran temas de relevancia institucional" (la bastardilla no es del original). Cfr. las convocatorias en las restantes causas citadas en n. 43.

(56) Así, por ej., en el "Penjerek", Fallos: 257:134 (1963) (esp. dictamen de la Procuración General: "Huelga poner de relieve la difusión y notoriedad que ha alcanzado este proceso: la prensa le ha dedicado una atención extraordinaria, y la opinión pública ha sido conmovida por las características de los hechos investigados y la extensión y ramificación que se les atribuye"); "Acción Chaqueña s/oficialización lista de candidatos", Fallos: 314:916 (1991) (ver pasaje transcripto en n. 55); "Nair Mostafá", Fallos: 314:1268 (LA LEY, 1993-A, 594) (1991) (esp. cons. 6°: "[L]os conceptos entonces expresados por el Procurador General [en "Penjerek"] también merecen ser reproducidos, porque sustentan la calificación de gravedad institucional que la Corte otorga a aquel caso, y porque guardan una notoria similitud con las presentes actuaciones: 'Huelga poner de relieve la difusión y notoriedad que ha alcanzado este proceso: la prensa ha sido conmovida por las características de los hechos investigados (...)'"); "Favilla, Humberto J. y otra c. Piñeyro, José R. y otros", Fallos: 316:1213 (1993) (esp. voto del juez Boggiano: "La resolución de temas de notable repercusión institucional no puede quedar vedada a la Corte por el incumplimiento de requisitos formales por parte de los interesados en casos cuya gravedad precisamente excede los hechos y las personas directamente involucradas").

(57) Fallos: 303:926; 303:759; 303:221; 302:656; 329:1787; entre otros. Ampliar en SAGÜÉS, Néstor P., Derecho procesal constitucional: Recurso Extraordinario, 4ta. ed. act. y ampl., 1ra. reimpr., Astrea, Buenos Aires, 2002, t. 2, ps. 299/300.

f. Pedido de parte

Es claro que la Corte Suprema puede disponer, de oficio, que en ciertas causas se celebren audiencias públicas si se reúnen los tres votos en tal sentido. Ahora, un interrogante que se suscita al leer la Ac. 30/07 es si incide de alguna manera, a los efectos de que se convoque una, el previo pedido de parte. Este interrogante no emerge de la respectiva regulación estadounidense por corresponder el alegato oral al rito usual (ver sección II, *supra*); mas cabe destacar que, al plantearse el *certiorari*, se pueden exponer, ante la Corte Suprema estadounidense, las razones por las cuales no cabe insertar a la petición en el procedimiento sumario de la Regla 16, esto es, las razones por las cuales el Alto Tribunal no debería verse tentada de prescindir del alegato oral.

Empero, en nuestro medio, podría parecer natural que, en la demanda originaria o en el recurso extraordinario o incluso en el recurso ordinario, se peticione que la Corte Suprema, a través del voto favorable de al menos 3 jueces, haga uso de las facultades emergentes de la Ac. 30/07 y disponga una audiencia pública. Ello pues, primero, la libertad de peticionar ante las autoridades emerge de un derecho de rango constitucional, y la acordada estudiada no veda tal posibilidad; segundo, en dos de los precedentes citados, anteriores al 2007 (ver sección III.a., *supra*) las audiencias fueron públicas y convocadas previo pedido de parte (58).

Ciertamente, el pedido de parte, debidamente fundado, de que se convoque a audiencia pública tendría que ser resuelto, en forma oportuna, brindándose las razones para hacer lugar al mismo o para inadmitirlo pues ello no es sino derivación del principio republicano que exige la motivación de las decisiones (59) salvo que el legislador haya dispuesto lo contrario.

g. Proporción de planteos alegados oralmente

Finalmente, pueden ponderarse los aspectos cuantitativos relativos al cúmulo de causas que pueden conllevar un alegato oral o una audiencia pública.

En sede de la Corte Suprema de los Estados Unidos, un promedio de los años 2003 a 2007 indica que al inicio del año había (sumando las apelaciones y una ínfima cantidad de causas de competencia originaria (60), y sin perjuicio de los poco más de mil planteos pendientes del año anterior), unos 9387 pedidos de apertura de jurisdicción. De ese total, en promedio, se resolvieron (admitiendo el pedido, o denegándolo, o resolviendo por el fondo), anualmente, unos 8192 planteos, quedando, en promedio, poco más de 1000 pendientes para el año judicial siguiente. En ese quinquenio, fueron fallados, por el fondo, con alegato oral previo, en promedio, 84 casos, y fueron fallados, en forma sumaria, sin alegato oral previo, en promedio, anualmente, casi 300 casos. En forma cruda, esos 300 casos resueltos *sin* alegato oral, representan casi un 0.04% de los más de 8000 planteos.

Las estadísticas que se publican en la página web la Corte Suprema de nuestro país relativas a las causas que tramitan por ante las Secretarías del Máximo Tribunal brindan, para el período 2003 a 2007, y excluyendo causas previsionales,

(58) Cabe remitir a la transcripción efectuada en n. 39 y a lo aseverado en la nota periodística citada en n. 38, en la cual se señala: "La audiencia había sido solicitada por Federico Storani en representación de todos los diputados de la Alianza que promovieron varias acciones acogidas favorablemente en seis fallos de tribunales contencioso administrativos, los cuales ordenaron suspender la licitación que impulsa el Gobierno. Los jueces menemistas pensaban rechazar el pedido, pero terminaron por acordarlo y también invitar a las demás partes".

(59) "Kook Weskott, Matías s/abuso deshonesto —causa N° 963—", Fallos: 328:2740 (LA LEY, 2005-E, 712) (2005), citado en BADENI, Gregorio, Tratado de Derecho constitucional, 2da. ed. act. y ampl., LA LEY, Buenos Aires, 2006. t. II, p. 1848, fallo en el que se aludió tanto al "principio de publicación de las sentencias, como expresión de la regla republicana de publicidad de los actos de gobierno", como a que "las sentencias deben expresar sus motivos".

(60) Como se recordará, la competencia originaria de la Corte Suprema de los Estados Unidos es muy reducida pues ésta entiende, en forma originaria y exclusiva, sólo cuando hay pleito entre dos o más estados, y cuando un embajador o ministro público extranjero es demandado; por todos, ver BIANCHI, Alberto B., Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, ps. 124 y 127. Así y todo, la competencia originaria es también discrecional: la afectación de los derechos debe ser de "magnitud seria" y debe ser sustentada en "pruebas claras y convincentes", conf. New York v. New Jersey, 256 US 296 (1921), esp. p. 309, cit. en ZIMMERMAN, Joseph F., Interstate Disputes. The Supreme Court's Original Jurisdiction, State University of New York Press, Albany, 2006, p. 30.

un promedio de más de 22000 causas anualmente ingresadas (cantidad que, ciertamente, no contempla las causas pendientes de años anteriores). También brinda un promedio de más de 16000 causas falladas anualmente. El promedio de causas ingresadas —con aquella exclusión— semeja casi el triple de los planteos que recibe la Corte Suprema de los Estados Unidos; desde esa perspectiva, y transpolando los porcentajes extranjeros apuntados, cerca de 900 —con todas las exclusiones ya indicadas— deberían ser resueltos *sin* alegato oral en sede de la Corte Suprema de nuestro país. Ello, por cierto, si se imaginara que el régimen de la Ac. 30/07 fuera la regla para todas las causas, lo cual, como se vio, no es el caso pues aquél es de aplicación discrecional.

V. Conclusiones

En el plano normativo, la Ac. 30/07 es una reglamentación, producida por la Corte Suprema en ejercicio de su amplia competencia reglamentaria, por la cual, discrecionalmente, con 3 votos favorables, elige aquellas causas que serán alegadas oralmente y ante el público, en una "audiencia pública", sean ellas de competencia originaria o de competencia apelada, extraordinaria o incluso ordinaria.

La motivación de dicha reglamentación acude a sanos criterios institucionales que coadyuvan a acercar la labor del Alto Tribunal al escrutinio público, sin distinción alguna salvo las lógicas limitaciones espaciales. Dicha motivación también abreva en uno de los precedentes fundadores de la doctrina de la gravedad institucional, de la provincia de la competencia apelada extraordinaria de la Corte Suprema.

De la lectura de las regulaciones emergentes de las *Rules* de la Corte Suprema de los Estados Unidos surgen pluralidad de diferencias, formales y sustanciales, entre las audiencias públicas de la Ac. 30/07 y los alegatos orales de la Regla 28. Entiendo que tal vez la más evidente sea la relativa a que las prescripciones de esa acordada están enderezadas a la concreción de un juego de finalidades diferentes de las previstas en el régimen de alegatos orales regulados en aquellas *Rules*.

En especial, esas diferencias hacen al objetivo que se persigue en uno y otro ordenamiento:

(i) bajo la Regla 28 de las *Rules*, el alegato oral debe enfatizar y clarificar los argumentos de fondo brindados por escrito de fundamentación. Ahora, la apertura de la jurisdicción para la revisión por *certiorari* es discrecional (se basa en la importancia del planteo). Por ende, recibir la notificación de la fecha para el alegato oral será sinónimo de que la Corte Suprema estadounidense no sólo ha admitido la petición de *certiorari* por haber divisado importancia o trascendencia en el planteo, sino que ese Tribunal desea ahora tener la oportunidad de indagar en el sustento de fondo del caso federal, interrogando a los letrados en ocasión del *oral argument*. En otras palabras, al citarse a alegar oralmente ese Tribunal parecería decir: "el caso parece revestir importancia; veamos cuán sólido es".

(ii) a la luz del lenguaje de la Ac. 30/07, en cambio, la audiencia pública —en la causa de competencia apelada u originaria que haya sido discrecionalmente seleccionada— tiene por finalidad que el Alto Tribunal argentino se informe (art. 2.1), concilie a las partes (art. 2.II), u ordene el procedimiento (art. 2.3.). Tales las audiencias informativas, conciliatorias u ordenatorias consagradas.

Por ello, puedo concluir en que la Ac. 30/07 no traduce un acercamiento o similitud con las reglas que gobiernan la tramitación de planteos efectuados en sede de la Corte Suprema de los Estados Unidos pues se trata de regímenes que, además de diferentes en lo formal, trasuntan claras divergencias en punto a la finalidad que se persigue.

Dicha acordada sí logra, con sano criterio republicano, colocar, "ante los ojos del país", como expresa su motivación —en definitiva, ante el escrutinio público, en especial mediante el formidable motor de los medios de comunicación presentes en la audiencia pública— el estadio procesal de que se trate; mas ello sólo en las específicas causas que hayan sido bendecidas por —al menos— tres ministros del Alto Tribunal. ◆

Anexo 29

DERECHO CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XXI

Estudios en homenaje a Jorge Reinaldo Vanossi

Estado de derecho. Gobernabilidad. Regionalismo
Control de convencionalidad. Acción de inconstitucionalidad
Estados de excepción. Justicia Federal. Salud. Educación
Participación política. Fraude electoral. Juicio político

PABLO LUIS MANILI
Director

BASTERRA • BIANCHI • BOURGET • BREWER-CARÍAS
CORREA FREITAS • DA SILVA • DALLA VIA • DE VERGOTTINI
DÍAZ RICCI • FERRER MAC-GREGOR • GARCÍA BELAUNDE • HARO
HERNÁNDEZ • MANILI • NOGUEIRA ALCALÁ • ROSATTI
SABSAY • SACRISTÁN • SANGUINETTI • SANTIAGO • VALADÉS

ASTREA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNAM

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

DERECHO CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XXI

Estudios en homenaje a Jorge Reinaldo Vanossi

Estado de derecho. Gobernabilidad. Regionalismo
Control de convencionalidad. Acción de inconstitucionalidad
Estados de excepción. Justicia Federal. Salud. Educación
Participación política. Fraude electoral. Juicio político

PABLO LUIS MANILI
Director

BASTERRA • BIANCHI • BOURGET • BREWER-CARÍAS
CORREA FREITAS • DA SILVA • DALLA VIA • DE VERGOTTINI
DÍAZ RICCI • FERRER MAC-GREGOR • GARCÍA BELAUNDE • HARO
HERNÁNDEZ • MANILI • NOGUEIRA ALCALÁ • ROSATTI
SABSAY • SACRISTÁN • SANGUINETTI • SANTIAGO • VALADÉS

ASTREA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS UNAM

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

BUENOS AIRES - BOGOTÁ - PORTO ALEGRE
2020

Manili, Pablo L.

Derecho constitucional del siglo XXI: estudios en homenaje a Jorge Reinaldo Vanossi / Pablo L. Manili; dirigido por Pablo L. Manili
1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2020.
480 p.; 23×16 cm.

ISBN 978-987-706-773-6

1. Derecho Constitucional. I. Título

CDD 342.009

Astrea está indexada como Editorial de Calidad Científica con Claro Prestigio Internacional (Fondecyt).

© EDITORIAL ASTREA SRL
Lavalle 1208 - (C1048AAF) Ciudad de Buenos Aires
(54-11) 4382-1880 - 0800-345-ASTREA (278732)
www.astrea.com.ar - editorial@astrea.com.ar

La edición de esta obra se realizó en EDITORIAL ASTREA, y fue impresa en su taller, Berón de Astrada 2433, Ciudad de Buenos Aires, en la primera quincena de agosto de 2020.

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS TRIBUNALES FEDERALES EN ESTADOS UNIDOS Y EN ARGENTINA

por ALBERTO B. BIANCHI y ESTELA B. SACRISTÁN

§ 1. ***NUESTRO AGRADECIMIENTO.*** – Queremos agradecer al profesor Pablo L. Manili por habernos invitado a participar en esta obra de homenaje al profesor Jorge Reinaldo Vanossi. Es un reconocimiento justo y merecido a la extensa y fecunda labor del querido maestro que, desde sus libros, artículos y ensayos, la cátedra universitaria y la banca parlamentaria, no ha cesado de echar luz sobre los temas más complejos del derecho constitucional, dando pruebas constantes y elocuentes de su talento y erudición.

Hemos elegido un tema que –creemos– resultará de interés para el homenajeado, ya que la Constitución de Estados Unidos, así como las instituciones judiciales, han captado su atención reiteradamente y les ha dedicado extraordinarios estudios. Como mera muestra, mencionamos un trabajo de juventud en el que hizo una exhaustiva comparación entre el *Attorney General* de ese país, y el Ministerio de Justicia en el nuestro[1]. Asimismo, con motivo del bicentenario de la Constitución de Estados Unidos de América, publicó un extenso estudio comparativo de nuestra Constitución con aquella[2].

§ 2. ***INTRODUCCIÓN.*** – En este trabajo compararemos la organización de los tribunales federales estadounidenses con la de los

[1] Vanossi, *El Ministerio de Justicia y el Poder Judicial*, "Revista Jurídica de Buenos Aires", separata, lene.-ago. 1965, vol. I-II, p. 45 a 133.

[2] Vanossi, *La influencia de la Constitución de los Estados Unidos en la Constitución Argentina*, "Revista Jurídica de San Isidro, Colegios de Abogados de San Isidro", dic. 1976, nº 10 y 11, p. 73 a 148.

tribunales federales argentinos, y señalaremos las principales diferencias existentes entre unos y otros.

Está fuera de duda que nuestros constituyentes tomaron como fuente directa de la organización judicial la Constitución de Estados Unidos. Los arts. 108, 110, 116, 117, 118 y 119 de la Const. nacional, que reproducen –casi literalmente– el art. III, seccs. 1ª y 2ª, de la Constitución estadounidense, son una prueba evidente de esta afirmación. Asimismo, la ley 48 fue tomada de la Judiciary Act de 1789. Compárese, por ejemplo, la secc. 25 de esta con los arts. 14, 15 y 16 de la ley 48, y se verá que nuestra ley es una réplica casi idéntica del texto estadounidense.

Podría decirse, entonces, que la jurisdicción federal en Argentina tuvo como único modelo la de los Estados Unidos de América. No se advierten en ella vestigios de otros ordenamientos.

Sin embargo, en la práctica, al organizar nuestros tribunales, nos hemos apartado sustancialmente del sistema estadounidense. Es curioso observar que, bajo el mismo techo constitucional, se han desarrollado dos poderes judiciales totalmente distintos.

A) Las diferencias más importantes

§ 3. ***El sistema procesal. El juicio por jurados.*** – La primera de las diferencias es de índole procesal. Al haberse tomado como fuente las instituciones judiciales de los Estados Unidos, hubiera sido coherente seguir las aguas de su sistema procesal. Mas no fue así. Nuestros códigos procesales se inspiran, en lo principal, en el ordenamiento hispánico. La palabra "juzgado", de indudable raigambre española[3], lo dice todo, aunque al denominar los tribunales de apelación los llamamos "cámaras", que es una denominación francesa (*chambre*)[4]. También es típicamente ibérica la expresión "fuero"[5], tan común en nuestros usos forenses, aun-

[3] De hecho, la palabra "juzgado", entendida como tribunal de primera instancia, aparece en la Constitución española de 1978 (arts. 117 y 122).

[4] En el antiguo derecho francés hubo numerosos tribunales designados con el nombre de cámaras. Ver Brissaud, *A history of french public law*, p. 438 a 441.

[5] El *Liber Iudiciorum* o *Lex gothica* fue traducido a lengua romance como "Fuero Juzgo".

que ella aparece ya en la Constitución, cuando el art. 16 prohíbe los "fueros especiales".

Como resultado de ello, nunca incorporamos, en el orden federal –al menos hasta el presente–, el juicio por jurados, pese a que la Constitución se refiere tres veces a él (arts. 14, 75, inc. 12, y 118). Recién ahora el juicio por jurados está ingresado lentamente en las instituciones procesales argentinas por vía del derecho provincial[6].

Ello no significa que nos hayamos equivocado en la elección del sistema procesal. Bien es sabido que, en los países de origen del juicio por jurados, este no está exento de críticas. Pero es indudable que nos apartamos de la fuente y esto marca una diferencia importante entre el sistema estadounidense y el argentino.

§ 4. ***ESTRUCTURA INTERNA DE LOS TRIBUNALES.*** – También es diferente la estructura interna de los tribunales, en particular la de los de primera instancia.

En la Argentina, con excepción de los tribunales orales, el juzgado de primera instancia es unipersonal y su competencia tiene básicamente dos ejes: *a*) la competencia en razón del territorio, y *b*) la competencia en razón de la materia.

En los Estados Unidos, la división de los tribunales federales en razón de la materia es poco común. Rige, en lo principal, una división territorial, sin perjuicio de la existencia de algunos tribunales que tienen competencia en asuntos determinados[7], y de los *bankruptcy judges* (jueces de quiebras) que constituyen una unidad especial (la *bankruptcy court*) dentro de las cortes de distrito, es decir, de los tribunales federales de primera instancia.

Jerárquica y territorialmente, el sistema judicial está dividido en tres instancias. Comenzando desde abajo, los tribunales de distrito (*district courts*) son los tribunales de juicio, equivalentes

[6] Córdoba en 2004, Neuquén en 2011, Buenos Aires en 2013, Río Negro en 2019, Chaco en 2019, Mendoza en 2018. También ha sido contemplado en Chubut en 2006 y debatido en Santa Fe y Entre Ríos, entre otras provincias.

[7] Tal es el caso de la United States Court of Federal Claims (con competencia para atender reclamos patrimoniales contra los Estados Unidos) y de la United States Court of International Trade (que entiende en disputas de comercio internacional).

a nuestros juzgados federales de primera instancia[8]. El "distrito" es, entonces, la unidad geográfico-judicial más pequeña. Le siguen, en orden ascendente, las cámaras de apelación (US Courts of Appeals), llamadas también cortes de circuito (*circuit courts*)[9]. Cada circuito se constituye, geográficamente, con la suma de todos los distritos que dependen de él. Finalmente, como cabeza del Poder Judicial, hallamos la Corte Suprema, con competencia en todo el territorio de los Estados Unidos.

Pero la diferencia más importante reside, como se adelantara, en los tribunales de primera instancia, es decir, en las cortes de distrito. Mientras en nuestro país un juzgado de primera instancia es unipersonal, en los Estados Unidos un tribunal o corte de distrito es un tribunal colegiado, compuesto por numerosos jueces, cuya cantidad varía según la densidad poblacional del lugar, que actúan individualmente y no está divididos por materias o "fueros". En teoría, todos son competentes en todas las materias y los casos les son asignados de acuerdo con las reglas establecidas por cada tribunal.

Para verlo más gráficamente, tengamos en cuenta que cada circuito judicial se compone, territorialmente, de varios Estados; cada uno de estos circuitos está dividido en varios distritos, y en cada uno de ellos hay una corte de distrito que posee competencia territorial exclusiva, legalmente asignada.

Tomemos, por ejemplo, el caso del Segundo Circuito, que comprende los Estados de Connecticut, Nueva York y Vermont[10]. Nueva York está dividido en cuatro distritos: el distrito norte, el distrito sur, el distrito este y el distrito oeste[11]. El tribunal del distrito sur, que es el más grande (comprende la ciudad de Nueva York), se compone de veintiocho jueces en servicio activo[12] y cada uno de ellos actúa en forma individual[13].

[8] Antiguamente, a los juzgados federales se los llamaba "juzgados de sección", lo que tenía algún parecido con la denominación estadounidense (p.ej., ver ley 4055, art. 12).

[9] Actualmente hay trece circuitos, aunque uno de ellos, el Federal Circuit, tiene competencia en todo el territorio, bien que está limitada a algunos asuntos en particular.

[10] 28 USC § 41.

[11] 28 USC § 112.

[12] 28 USC § 133.

[13] 28 USC § 132(c).

En síntesis, en Argentina, por debajo de cada cámara de apelaciones, existe un número –mayor o menor– de juzgados unipersonales, usualmente divididos por materia, que nunca forman un cuerpo único y cuya competencia territorial será exclusiva o compartida, según estén asentados en el territorio de las provincias o de la Capital Federal. En los Estados Unidos, debajo de cada US Court of Appeals existen las *district courts*, que: *a*) poseen una competencia territorial exclusiva; *b*) están formadas por varios jueces que actúan individualmente, y *c*) no están divididas por materias. En teoría, cualquiera de ellos podría ocuparse de cualquier caso y ello elimina las molestas y, a veces, prolongadísimas cuestiones de competencia por materia que, usualmente, abruman a los abogado y a las partes en el juicio.

§ 5. ***Sometimiento de los Estados locales a los tribunales federales.*** – Si bien el art. III, seccs. 1ª y 2ª, de la Const. estadounidense está prácticamente reproducido en nuestros arts. 108, 110, 116, 117, 118 y 119 del texto constitucional, nuestros constituyentes no incorporaron, en cambio, el principio establecido en la enmienda XI (ratificada en 1795) mediante la cual se dispuso que los Estados no quedaban sometidos a la jurisdicción de los tribunales federales.

Esta enmienda nace como consecuencia del caso "Chisholm v. Georgia"[14], en el cual la Corte Suprema hizo lugar a una demanda entablada contra el Estado de Georgia ante un tribunal federal[15], por el cobro de bonos de la deuda pública emitidos por dicho Estado durante la Guerra de la Independencia. Recién con ese caso los Estados advirtieron que la Constitución los sometía a la jurisdicción federal y decidieron modificarla.

La enmienda XI establece: "El Poder Judicial de los Estados Unidos no se extenderá a ningún juicio de derecho o equidad iniciado o continuado contra un Estado por ciudadanos de otro Estado, o por ciudadanos de cualquier Estado extranjero". Esta limitación alcanza también a la competencia originaria de la Corte Suprema y, por ello, en lo que respecta a los Estados, los únicos casos que se ventilan ante ella son los que se suscitan entre Esta-

[14] 2 US (2 Dallas) 419 (1793).

[15] Dado que el actor no residía en Georgia, la demanda fue planteada ante la justicia federal.

dos que, usualmente, no alcanzan a más de uno por año. Todos los restantes casos corresponden a la justicia local y, eventualmente, pueden llegar a la Corte Suprema por vía del *certiorari*, que es excepcional.

En nuestro país, por el contrario, la enmienda XI nunca fue tomada como fuente. Es por ello que las provincias pueden ser demandadas ante los tribunales federales y, por ende, ante la instancia originaria de la Corte Suprema, bien que esta jurisdicción ha sido drásticamente restringida en los casos "Barreto"[16] y "Mendoza c/Nación Argentina"[17], y especialmente en "Santiago del Estero c/Catamarca"[18] y "Petrobras Argentina SA c/Provincia de La Pampa"[19].

§ 6. ***Los "tribunales legislativos".*** – En los Estados Unidos existen los llamados "tribunales legislativos", una categoría ajena a nosotros.

Allí se distingue entre los tribunales del art. III y los del art. I o "tribunales legislativos"[20]. En los primeros, el mandato de sus jueces es vitalicio (*life tenure*) y su salario no puede ser reducido. En los segundos, sus jueces son designados por lapsos determinados y no gozan de garantía salarial. Los primeros son los jueces creados por la Constitución y los segundos por la ley, de allí su denominación.

Un típico ejemplo de estos últimos jueces son los de quiebras. Los tribunales legislativos pueden estar ubicados en el Poder Judicial o bien en las agencias administrativas, lo que, en cierto modo, los asemeja a nuestros tribunales administrativos.

Son varias las razones que inducen al Congreso a crear estos tribunales; una de ellas es la necesidad de crear tribunales especia-

[16] *Fallos*, 329:759, de 2006.

[17] *Fallos*, 329:2316, de 2006.

[18] *Fallos*, 338:748, de 2015.

[19] No publicado en la colección de *Fallos*; CSJN, 7/9/15, 4028/2015. Puede ampliarse en Bianchi, *La competencia originaria de la Corte Suprema está en vías de extinción*, "DPI. Diario Constitucional", columna de opinión, 14/9/15, http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/09/Constitucional-Opinión-2015-09-14.pdf.

[20] Esta denominación fue acuñada por el voto de John Marshall en "American Insurance Co. v. Canter", 26 US 511 (1828), en el cual la creación de estos tribunales fue declarada constitucional.

lizados en ciertas materias sin expandir innecesariamente el Poder Judicial, manteniéndolo "reducido y prestigioso"[21]. Su creación es de antigua data y la Corte Suprema estadounidense nunca ha cuestionado su constitucionalidad[22], pese a que algunos autores sostienen que ello afecta la separación de poderes[23].

Los tribunales legislativos más típicos son: *a*) los de los territorios y posesiones[24]; *b*) los locales del Distrito de Columbia; *c*) los militares[25]; *d*) la United States Court of Federal Claims[26], y *e*) otros tribunales para disputas de derecho público entre particulares y el gobierno federal[27].

[21] Conf. Chemerinsky, *Federal jurisdiction*, p. 236.

[22] La validez constitucional de los tribunales legislativos data de 1828.

[23] Esta cuestión se analiza con detenimiento en Fallon, *Of legislative courts, administrative agencies and article III*, "Harvard Law Review", vol. 101, nº 5, 1998, p. 915 a 992.

[24] Desde un comienzo los tribunales de los territorios han sido tribunales legislativos que resuelven asuntos federales y locales. Esta condición fue establecida en "American Insurance Co. v. Canter", 26 US 511 (1828), con motivo de los tribunales del entonces territorio de Florida.

[25] La jurisdicción militar, que comprende los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas en servicio activo, está prevista actualmente en la Military Justice Act of 2016, que integra una extensa ley que abarca todo el Departamento de Defensa. Forma parte de la National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2017, sancionada en diciembre de 2016 (130 Stat. 2000).

[26] En los Estados Unidos de América existen numerosos tribunales legislativos que dirimen controvesias de derecho público (*public rights cases*) entre los particulares y el gobierno federal. El más importante es la United States Court of Federal Claims, con sede en Washington. Tiene competencia para resolver demandas patrimoniales de gran envergadura económica y complejidad jurídica contra los Estados Unidos, en particular, aunque no exclusivamente, en materia de repetición de impuestos y reclamos contractuales. En la actualidad, luego de la Federal Courts Improvement Act de 1982, que creó el Federal Circuit, la Court of Claims se denomina United States Court of Federal Claims y ha vuelto a ser un tribunal legislativo. Su organización está reglada en el 28 USC § 171-179. Está integrada por dieciséis jueces, designados por el presidente con acuerdo del Senado, que actúan individualmente y duran quince años en sus cargos. Su competencia está determinada en 28 USC § 1491 y sus decisiones son apelables ante el Federal Circuit.

[27] Además de la US Court of Federal Claims, en los Estados Unidos existen numerosos tribunales legislativos para resolver *public rights cases*, que tanto pueden ser tribunales propiamente dichos como entes reguladores, como la Comisión de Comercio Interestadual (Federal Trade Commission).

§ 7. ***La justicia ordinaria de la Capital Federal.*** – Una de las mayores diferencias existentes entre la Constitución estadounidense y la nuestra es la referente a la legislación de fondo. Mientras en los Estados Unidos dicha legislación es dictada por cada Estado, en nuestro país es el Congreso quien la dicta de manera uniforme para todo el país, conforme lo establecido en el art. 75, inc. 12.

Además de su impacto en el sistema federal, esta diferencia se proyecta también en la organización judicial. En nuestro país, ha dado origen a la denominada "justicia ordinaria de la Capital Federal", que constituye, desde el punto de vista cuantitativo, una porción muy importante –sino la más numerosa– del Poder Judicial de la Nación.

De esta manera, conviven en la Ciudad de Buenos Aires tres órdenes judiciales diferentes: *a*) los tribunales federales; *b*) los tribunales que componen la llamada "justicia ordinaria de la Capital Federal", y *c*) los tribunales locales. Los dos primeros pertenecen al Poder Judicial de la Nación y se rigen por normas nacionales –aunque los tribunales ordinarios con asiento en la Capital Federal han sido fatalmente incididos por la doctrina del caso "Corrales"[28]–. Los tribunales locales terceros nacieron como consecuencia de la autonomía otorgada a la Ciudad de Buenos Aires por la reforma de 1994 y se rigen por leyes locales.

El Congreso estadounidense no dicta legislación de fondo y, por ende, no existe el equivalente de nuestra justicia ordinaria de la Capital Federal. En el Distrito de Columbia, que es una porción de territorio federal, los tribunales están organizados por la District of Columbia Court Reform and Criminal Procedure Act de 1970[29], contenida en el título 11 del District of Columbia Code (DC Code), que es un cuerpo de normas sancionadas por el Congreso.

[28] El carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio. Conf. "Corrales, Guillermo Gustavo y otro s/hábeas corpus", *Fallos*, 338:1517, de 2015, voto de los doctores Lorenzetti y Maqueda; "N.N. y otros s/averiguación de delito - Damnificado: Nisman, Alberto, y otros", *Fallos*, 339:1342, de 2015 (conocida como causa "Nisman"); "Sapienza, Matías Ezequiel, y otros c/AFSCA y otro s/acción de amparo", *Fallos*, 340:103, de 2016; "José Mármol 824 (ocupantes de la finca) s/inc. de incompetencia", *Fallos*, 341:611, de 2018; entre otros.

[29] 84 Stat. 473.

El título 11 del DC Code dispone que en el Distrito de Columbia hay tribunales federales y tribunales locales. Los primeros están incluidos en el art. III y los segundos en el art. I, es decir, son "tribunales legislativos". Los tribunales federales son el DC Circuit y el tribunal de distrito para el Distrito de Columbia. Los tribunales locales son la District of Columbia Court of Appeals y la Superior Court of the District of Columbia.

De estos últimos, el tribunal superior es la District of Columbia Court of Appeals, compuesta por nueve jueces (un *chief judge* y ocho *associate judges*)[30], y sus decisiones son apelables ante la Corte Suprema por vía del *writ of certiorari*[31]. Por su lado, la Superior Court, pese a su nombre, es el tribunal de juicio, tiene competencia amplia en todas las materias[32] y está integrada por un *chief judge* y sesenta y un jueces asociados[33]. Se compone de cinco divisiones por materia, las que a su vez pueden ser subdivididas de acuerdo con lo que el propio tribunal disponga[34]. Todos los jueces de los tribunales locales del Distrito de Columbia son designados por el presidente con acuerdo del Senado[35], y su mandato es de quince años, pero deben jubilarse a la edad de setenta y cuatro años[36].

§ 8. ***Permanencia en el cargo y las garantías salariales.*** – A partir de lo dicho en los dos parágrafos anteriores, se advierte que, en el sistema judicial de los Estados Unidos, la perpetuidad en el cargo y la garantía de inamovilidad salarial no son principios absolutos. Existen "jueces legislativos" que integran el Poder Judicial, pero sus mandatos son limitados en el tiempo y no gozan de la garantía salarial que poseen los jueces del art. III[37].

Los jueces legislativos, así caracterizados, constituyen una categoría inexistente en la Argentina.

[30] DC Code § 11-702.
[31] DC Code § 11-102.
[32] DC Code § 11-921 a 11-925.
[33] DC Code § 11-903.
[34] DC Code § 11-902..
[35] DC Code § 11-1501(a).
[36] DC Code § 11-1502.
[37] Art. III, section 1.

§ 9. ***Edad de retiro.*** – Como contrapartida de la limitación funcional que poseen los jueces de los tribunales legislativos estadounidenses, los que integran los tribunales del art. III no se hallan sujetos a límites de tiempo en el cargo ni a límites de edad en la permanencia en sus cargos.

En la Argentina sucedía lo mismo hasta la reforma constitucional de 1994, que incluyó el párrafo tercero del inc. 4 del art. 99. Esta cláusula, surgida de un acuerdo no escrito del llamado Pacto de Olivos[38], ha dado lugar, hasta ahora, a dos sentencias completamente opuestas emanadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictadas en diferentes épocas y con diferentes composiciones. La primera es "Fayt c/Estado nacional"[39] y la segunda es "Schiffrin c/Estado nacional"[40], que ha restablecido la validez de la cláusula constitucional en cuestión y, como resultado de ello, la permanencia de los jueces federales en su cargo a partir de los setenta y cinco años, en la medida en que obtengan un nuevo acuerdo del Senado cada cinco años.

§ 10. ***El dictado de los códigos de procedimiento.*** – Entre muchas otras, una diferencia importante que ofrece el ordenamiento judicial estadounidense, en tanto confrontado con el nuestro, es que en los Estados Unidos las normas procesales las dictan los jueces, principalmente la Corte Suprema. Se trata de una importante función legislativa que nuestros jueces solo ejercen, muy limitadamente, por medio de las acordadas.

Si bien se trata de una facultad que le corresponde al Congreso, fue *ab initio* delegada en el Poder Judicial. Ya en el siglo XVIII aparece en la Federal Process Act de 1792[41], cuya sección 2 autori-

[38] Al celebrar el llamado Pacto de Olivos, que sentó las bases político-jurídicas de la reforma constitucional de 1994, Carlos Menem y Raúl Alfonsín acordaron que tres jueces de la Corte Suprema debían renunciar para que la UCR tuviera oportunidad de nombrar personas de su confianza en el tribunal. Los jueces Rodolfo C. Barra y Augusto Cavagna Martínez renunciaron en forma inmediata, pero la tercera renuncia se demoraba. Mientras tanto, avanzaba la Convención Constituyente. Fue necesario, entonces, acudir a esta cláusula para forzar el cese en el tribunal de su presidente, Ricardo Levene, que por entonces ya tenía ochenta años.

[39] *Fallos*, 322:1609, de 1999.

[40] *Fallos*, 340:257, de 2017.

[41] Ley de 8/5/1792, 1 Stat. 275, 276.

zaba a los tribunales a dictar normas de procedimiento, y fue convalidada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en "Wayman v. Southard"[42], con voto del *chief justice* Marshall, uno de los casos seminales sobre la delegación legislativa.

A partir de allí, el Congreso estadounidense ha delegado en la Corte Suprema la posibilidad de dictar normas de procedimiento, primero en el orden civil[43] y posteriormente en materia penal[44], las que, en la práctica, constituyen verdaderos códigos procesales, si nos atenemos a su extensión y detalle. La delegación en el órgano judicial está prevista hoy en el Capítulo 131, 28 USC § 2071 a 2077 (la sección 2076 está derogada).

Si bien cada tribunal dicta sus propias normas de procedimiento, sujetas a la aprobación del Judicial Council del Circuito respectivo, existen cuatro ordenamientos procesales generales: *a*) las Rules of the Supreme Court; *b*) las Federal Rules of Appelate Procedure, aplicables ante las Courts of Appeals; *c*) las Federal Rules of Civil Procedure, y *d*) las Federal Rules of Criminal Procedure. Estas dos últimas son aplicables ante las *district courts*.

§ 11. ***El concepto de revisión judicial.*** – En Argentina, el principio de la revisión judicial de las decisiones administrativas tiene carácter absoluto: se considera inconstitucional que una decisión administrativa no pueda ser objeto de revisión judicial plena. Así fue establecido por la Corte Suprema en "Fernández Arias c/Poggio"[45] y este principio se hizo más rígido aún en "Ángel Estrada y Cía SA"[46], que limitó la llamada jurisdicción primaria de los entes reguladores de servicios públicos impidiéndoles que liquiden daños y perjuicios[47].

En opinión de Cassagne, la médula del fallo consiste en: "*a*) que la creación de tribunales administrativos, para ser compatible

[42] 23 US (10 Wheaton) 11 (1825).

[43] Ley de 19/6/1934, 48 Stat. 1064.

[44] Ley de 29/6/1940, 54 Stat. 688.

[45] *Fallos*, 247:646, de 1960.

[46] *Fallos*, 328:651, de 2005.

[47] Cfr., empero, la doctrina "Manté", que reconoce competencias en el ente regulador a tal fin, elaborada por la Procuración del Tesoro de la Nación (dictamen 64/06, 16/3/06, suscripto por Osvaldo Guglielmino, https://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/042563ae0068864b04256385005ad0be/bde0c0e129fbe9840325716 30059bd78?OpenDocument).

con la interdicción del art. 109 y el sistema constitucional (arts. 18, 116 y 117 CN), debe hallarse justificada en el principio de especialización, interpretado razonablemente (es decir, nunca como competencia establecida en una cláusula general de jurisdicción) y *b*) que la competencia para dirimir conflictos entre particulares, regidos por el derecho común, no corresponde a los entes reguladores, sino a los jueces, que son los únicos con competencia para dirimir controversias en las que se ventilen cuestiones reguladas por los Códigos de fondo"[48].

Coincidimos con esta opinión. El fallo no contiene una prohibición general para establecer tribunales administrativos; en todo caso, se fijaron algunas limitaciones a las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores.

En los Estados Unidos, por el contrario, el principio es más flexible. Si bien la Corte Suprema no lo ha dicho expresamente, no se considera inconstitucional que una decisión administrativa o de un tribunal legislativo sea irrevisable judicialmente. La Corte Suprema, desde el antiguo precedente "Murray's Leese v. Hoboken Land & Improvement Co."[49], ha admitido la constitucionalidad de los tribunales legislativos y ha señalado que el Congreso está autorizado a establecer que ciertas cuestiones no sean resueltas por los tribunales del art. III. Esta doctrina fue ratificada, muchos años después, en "Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line"[50], con fundamento en la inmunidad soberana del Estado[51]. Algunos autores critican el empleo de los tribunales legislativos en casos de derecho público y requieren que, al menos, sus decisiones sean apelables ante un tribunal del art. III[52].

§ 12. ***La obligatoriedad del precedente.*** – Como en todo país organizado bajo el *common law*, rige en Estados Unidos la re-

[48] Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, p. 105 y 106.

[49] 59 US 272 (1856).

[50] 458 US 50 (1982).

[51] En opinion de la Corte: "*This doctrine may be explained in part by reference to the traditional principle of sovereign immunity, which recognizes that the Government may attach conditions to its consent to be sued*" (458 US, p. 67).

[52] Fallon, *Of legislative courts, administrative agencies and article III*, "Harvard Law Review", vol. 101, nº 5, 1998, nota 25, especialmente p. 953.

gla de la obligatoriedad del precedente judicial o doctrina del *stare decisis*, según la cual los tribunales inferiores están obligados a seguir los precedentes de los tribunales superiores y los suyos propios. Esta regla se aplica también, en teoría, a la Corte Suprema, pero obviamene nada le impide a esta apartarse, con fundamentos, de sus propias decisiones, como ha ocurrido en numerosas ocasiones.

Si bien esta es la regla general, el sistema es bastante más complejo y presenta, además, una gran diversidad no solo terminológica, sino también de aplicación práctica. Explicarlo con detalle exigiría, por lo tanto, llevar a cabo una tarea que excede los límites de este trabajo. Por ende, nos limitaremos a citar la obra de Julio Cueto Rúa, la cual constituye, en Argentina, el estudio seminal sobre la cuestión[53].

En nuestro país, la obligatoriedad del precedente es muy relativa. Normativamente era obligatoria en el ámbito de los fallos plenarios, dictados por las cámaras de apelaciones con motivo del recurso de inaplicabilidad de la ley previsto en los arts. 288 a 303 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación. Este recurso fue suprimido por la ley 26.853 que creó las Cámaras Nacionales de Casación, pero estas nunca fueron puestas en funciones, de modo tal que el recurso ha desaparecido –y con él los fallos plenarios– sin que exista otro que en la práctica lo sustituya.

En lo que se refiere a la jurisprudencia de la Corte Suprema, la cuestión ha variado según las épocas[54]. Actualmente, el *leading case* es "Cerámica San Lorenzo"[55], según el cual "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, especialmente en supuestos en los que dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante".

[53] Cueto Rúa, *El "common law". Su estructura normativa. Su enseñanza*, especialmente cap. III.

[54] Ver Bianchi, *De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (una reflexión sobre la aplicación del stare decisis)*, *EDCO*, 2000/2001, p. 335 a 347.

[55] *Fallos*, 307:1094, de 1985.

En síntesis, la regla de la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema existe, pero puede ser soslayada por los tribunales inferiores si se aportan nuevos argumentos que justifiquen el apartamiento.

§ 13. ***Órganos auxiliares de la justicia.*** – Es muy diferente también el sistema de los órganos auxiliares de la justicia, diferencia esta que se acentuó mucho más con la reforma constitucional de 1994, al incorporarse el Consejo de la Magistratura (art. 114) y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (art. 115), órganos estos que no existen en los Estados Unidos.

Allí, los órganos auxiliares del la justicia son tres: la Judicial Conference, el Federal Judicial Center y la Administrative Office.

La Judicial Conference of the United States es la reunión anual de los jueces federales, cuyo propósito principal es analizar y fijar las políticas o criterios generales para la administración de justicia. Fue creada en 1922[56] por iniciativa de William Taft, entonces *chief justice*, y actualmente está reglada en 28 USC § 331.

Su presidente es el *chief justice of the United States* y la integran, además, el *chief judge* de cada circuito judicial, el *chief judge* de la Court of International Trade, y un juez de distrito por cada uno de los circuitos judiciales. Puede sesionar en cualquier lugar del país, pero usualmente se reúne en Washington DC, en el edificio de la Corte Suprema en el mes de septiembre. También hay una reunión semianual en marzo. Si bien su cometido es llevar a cabo estudios de toda índole sobre el mejoramiento de la administración de justicia, una de sus principales tareas es la de revisar y proponer reformas a las normas procesales (*rules*) que luego dictan los tribunales.

El Federal Judicial Center es el organismo dedicado a la investigación y análisis de los temas relativos al sistema judicial y la capacitación de los jueces federales, tarea en la cual asesora a la Judicial Conference. Fue creado en 1967[57], tiene sede en Washington DC y está reglado actualmente en 28 USC § 620-629. Su gobierno está a cargo de un *board* presidido por el *chief justice* e integrado, además, por dos jueces de circuito, tres jueces de distrito, un juez de quiebras y un "juez magistrado", elegidos por la Judicial Confe-

[56] Ley de 14/9/1922, 42 Stat. 838.

[57] Ley de 20/12/1967, 81 Stat. 664.

rence. Además, cuenta con un director ejecutivo encargado de la administración y funcionamiento cotidiano del Centro.

Por último, la Administrative Office of the United States Courts, como su nombre lo indica, se encarga de la administración de los recursos financieros de la justicia federal y, en especial, de la estimación y la ejecución del presupuesto de los tribunales. Fue creada en 1939[58] y está prevista actualmente en 28 USC § 601-613. Tiene sede en Washington DC y su director y el director adjunto son designados y removidos por el *chief justice*, previa consulta a la Judicial Conference[59].

§ 14. ***Inexistencia de feria judicial.*** – No existe en los Estados Unidos lo que para nosotros es la feria judicial. Si bien hay un receso de verano (*summer recess*) a fines de junio o principios de julio, este no afecta la continuidad del quehacer de la Corte o de los otros tribunales, que prosiguen con sus tareas, salvo las ausencias de quienes rotan en sus períodos de vacaciones.

De acuerdo con el 28 USC § 2, el período anual de sesiones de la Corte Suprema comienza el primer lunes del mes de octubre –de allí su nombre, *October Term*–, pero esta norma no establece cuándo concluye. Ello está fijado en la regla 3 de las Rules of the Supreme Court, según la cual las sesiones finalizan el día anterior al primer lunes de octubre del año siguiente[60]. Si bien ello cubre un período de doce meses, el *October Term* puede concluir antes si no existen casos pendientes de decisión. La regla 3 establece, asimismo, que se trata de un "*continuous annual term*", es decir que, en teoría, no está sujeto a recesos o discontinuidades.

A diferencia de la Corte Suprema y de las Courts of Appeals, las cortes de distrito no tienen períodos de sesiones (*terms*) normativamente fijados[61], sino que estos son establecidos por cada tribunal. Como regla, permanecen abiertas todos los días hábiles del año[62].

[58] Ley de 7/8/1939, 53 Stat. 1224.

[59] 28 USC § 601.

[60] Según la Regla 4, las audiencias comienzan a las 10.00 horas y finalizan a las 15.00, con una interrupción de una hora entre las 12.00 y las 13.00.

[61] 28 USC § 138.

[62] 28 USC § 139.

B) Algunas diferencias específicas

§ 15. ***Diferencias en la Corte Suprema.*** – Son las siguientes.

a) *Número de jueces.* Tanto en la Argentina como en los Estados Unidos el número de jueces de la Corte ha variado con el tiempo, y alguna vez hemos coincidido en nueve miembros. Actualmente son nueve allí y cinco aquí.

En los Estados Unidos la cantidad de jueces cambió varias veces durante el siglo XIX hasta quedar establecida en nueve en 1869. La Judiciary Act de 1789 la había fijado en seis y una ley de 1801 la redujo a cinco. En 1807 fue elevada a siete; en 1837 fue elevada nuevamente a nueve; en 1863 llegaron a ser diez; en 1866 se redujeron a siete, y en 1869 volvieron a ser nueve. Desde entonces se ha mantenido este número[63].

Las ampliaciones de 1807 y 1837 se originaron en la necesidad de contar con más jueces que cubrieran los nuevos circuitos. Con la reducción de 1866 se propuso evitar que el presidente Andrew Johnson nombrara jueces, afines a su política, que declararan inconstitucionales las leyes de la reconstrucción; concluido el mandato de Johnson, el número fue restablecido en nueve.

b) *Requisitos para ser designado juez.* A diferencia de nuestra Constitución, que en el art. 111 establece los requisitos para ser juez de la Corte Suprema, ni la Constitución ni ley alguna establecen tales requisitos en los Estados Unidos. La *web page* de la Corte Suprema, en la sección de preguntas frecuentes, explica que no existe ningún requisito exigible de edad, profesión o ciudadanía, de modo tal que –al menos en teoría– un lego o un extranjero podrían ser jueces de la Corte Suprema[64].

[63] En 1937, Franklin D. Roosevelt, por medio del llamado Court Packing Plan, intentó elevarlo a quince, pero la propuesta no prosperó.

[64] Ver Supreme Court of the United States, "FAQs. General Information", https://www.supremecourt.gov/about/faq_general.aspx. No obstante ello, casi todos los jueces de la Corte han sido abogados. El único caso paradigmático es el de James F. Byrnes (*justice* de la Corte entre julio de 1941 y octubre de 1942), que no se graduó formalmente en ninguna facultad de derecho; fue un autodidacta que aprobó el examen para colegiarse a los veintitrés años.

c) *Elección del presidente de la Corte.* También difiere el modo de elección del presidente de la Corte. En Argentina, la cuestión está reglamentada en el art. 79 del Reglamento para la Justicia Nacional que, en su texto actual, establece: "El presidente de la Corte Suprema y vicepresidente serán elegidos por mayoría absoluta de votos de los ministros del tribunal y durarán tres años en el ejercicio de sus funciones"[65]. No existe ninguna norma que prohíba –al menos expresamente– la reelección indefinida del presidente o del vicepresidente de la Corte Suprema[66].

En los Estados Unidos, el *chief justice of the United States* –nótese su correcta denominación– es designado por el presidente de la Nación. Se trata de una práctica no prevista en ley alguna, pero se cumple regularmente. La elección puede recaer en alguno de los *associate justices* o en alguien que no integre la Corte. El nombramiento es vitalicio.

d) *Estructura interna del tribunal.* Muy diferente es también la estructura interna de ambos tribunales.

En nuestro país, la Corte Suprema se ha ido convirtiendo, paulatinamente, en un organismo elefantiásico, muy parecido a un ministerio, poblado de dependencias que se ocupan de asuntos de debatible relación con la función judicial de un máximo tribunal, tales como una oficina de violencia doméstica –su personal es de 180 empleados–, otra de la mujer, otra de asistencia sanitaria, amén de la sección de mecánicos o el registro de femicidios[67]. Para las tareas judiciales, la Corte Suprema cuenta con un amplio cuerpo de funcionarios permanentes, distribuidos principalmente en dos categorías: los llamados secretarios de Corte, que tienen rango de juez de cámara federal, y los secretarios letrados, que tienen rango de juez federal de primera instancia.

Nada de ello existe en la Corte Suprema de Estados Unidos. Allí, con excepción de los jueces, no hay funcionarios con rango judicial. En lo que se refiere al personal administrativo, los principales funcionarios son: *1*) el *marshall*, una suerte de secretario ge-

[65] Texto según acordada s/n, del 17/3/61, *Fallos*, 249:212; acordada 16/88, *Fallos*, 311:19, y acordada 22/93, *Fallos*, 316:20.

[66] Texto vigente de la ley 20.972, art. 1°.

[67] Su listado de personal, a diciembre de 2018, tiene 59 páginas (ver https://datos.csjn.gov.ar/dataset/cb06bcd8-cf71-4f8d-8c0b-77d85aa1d73b/resource/911e268e-2653-4e38-848b-27433d38101c/download/listado-de-personal.pdf).

neral y administrador al mismo tiempo; *2*) el *clerk*, que tiene a su cargo la conducción del procedimiento interno y el manejo administrativo de los expedientes[68], y *3*) los llamados *law clerks*, que –en cantidad de tres o cuatro por *term*, por *justice*[69]– asisten a los jueces en el análisis de los casos y la elaboración de los votos, llevando a cabo las tareas que en nuestra Corte desempeñan los secretarios de Corte y los secretarios letrados[70]. Existen, asimismo, varias oficinas de apoyo a la tarea del tribunal, entre ellas: *1*) la Legal Office, que asesora en lo jurídico a la Corte en asuntos internos; *2*) el *reporter*, que se encarga de la publicación de los fallos[71]; *3*) la Supreme Court Historical Society, que investiga, recopila y publica la historia del tribunal y de sus jueces, y *4*) el *curator*, que tiene a su cargo la custodia y exhibición de los objetos de arte.

e) *El procedimiento interno.* Existen también marcadas diferencias en el procedimiento.

Muy sucintamente, en nuestro máximo tribunal el expediente es, por lo general, asignado a un secretario de Corte que, con el auxilio de sus secretarios letrados, elabora un memorándum, el cual "circula" entre las diferentes vocalías hasta que se obtiene la mayoría. Luego de ello, en el acuerdo semanal[72], se suscribe la decisión formal, que ya había sido previamente adoptada por mayoría o unanimidad.

[68] Sus funciones están previstas en 28 USC § 671.

[69] United States Courts, "Supreme Court Procedures", Administrative Office of the US Courts on behalf of the Federal Judiciary, https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1.

[70] Conf. 28 USC § 675, el *chief justice* y los *associate justices* designan *law clerks* para asistirlos en sus tareas; el antecedente se remonta a 1882 cuando el *justice* Gray contrató –a expensas suyas– un graduado de Harvard, con altas calificaciones, para que lo asistiera en su tarea. Desde entonces se ha extendido mucho su empleo y hoy el *chief justice* y cada *justice* pueden tener hasta cuatro *clerks*. Cada juez elige a sus *clerks* entre los estudiantes con más altas calificaciones de las universidades más importantes del país y los contrata tan solo por un año. Si bien la función no es permanente, posee una importancia vital como antecedente profesional. Hasta el presente seis *law clerks* fueron luego jueces del tribunal: White, Stevens, Rehnquist, Breyer, Roberts y Kagan. Rehnquist fue *chief justice* y Roberts lo es en la actualidad. Acerca de los *law clerks* puede verse Peppers, *Courtiers of the Marble Palace. The rise and influence of the Supreme Court law clerk.*

[71] Previsto en 28 USC § 673.

[72] Los días de acuerdo ordinario son los martes (acordada 38/90, *Fallos*, 313:41), aunque pueden haber acuerdos extraordinarios por convocatoria del presidente o por disponerlo la mayoría del tribunal (art. 71, RJN).

En los Estados Unidos de América, la presentación de la petición de *certiorari* y sus contestaciones está estipulada en las Reglas de Procedimiento de la Corte Suprema (Rules of the Supreme Court). El plazo para interponer la petición es de noventa días contados desde que se registra la sentencia recurrida (*entry of judgment –rule* 13.1–). Deben imprimirse cuarenta ejemplares de la petición y la presentación se efectúa directamente ante la Corte Suprema en la oficina del *clerk*.

Si bien –en teoría– cada juez revisa personalmente las peticiones de *certiorari*, es frecuente que sean sus *law clerks* quienes lo hagan en primer lugar. Como resultado de ello, estos elaboran un memorándum muy breve –usualmente no tiene más de dos páginas– en el cual se recomienda admitir o desechar la petición. Además del memorándum de los *law clerks*, el *chief justice* elabora la llamada *discuss list*, que es la lista de los casos que serán discutidos en el acuerdo (*conference*). En su elaboración participan también los otros jueces que pueden agregar otros casos que, a su juicio, deben ser tratados. Si un caso no figura en esta lista, el *certiorari* queda denegado. Los días lunes se anuncia la *order list*, donde se enumeran los casos que serán tratados en el siguiente acuerdo. La suma del memorándum con la *discuss list* constituye un análisis preliminar de los casos, antes del acuerdo formal, que permite a la Corte rechazar aproximadamente entre un 70 % y un 90 % del total de las peticiones presentadas[73].

Todos los casos que figuran en la *discuss list* son analizados en la *conference*, en la cual se discute si la petición debe ser admitida o rechazada, es decir, si le interesa a la Corte ocuparse del caso[74]. Para ello se aplica la llamada "regla de cuatro" (*rule of four*), según la cual si cuatro de los jueces presentes en el acuerdo[75] votan a favor, la petición es formalmente admitida[76]. En algunas

[73] Shapiro - Geller - Bishop - Hartnett - Himmelfarb, *Supreme Court practice*, p. 321.

[74] En el acuerdo se discuten: *a*) los casos en los que debe decidirse si la petición de *certiorari* debe ser admitida o rechazada, y *b*) los casos en los cuales ya fue admitida la petición de *certiorari* y, consecuentemente, debe ser analizada la cuestión de fondo.

[75] El quórum se forma con seis jueces.

[76] La "regla de cuatro" no está legislada, ni siquiera está prevista en las Rules of the Supreme Court. Constituye una antigua práctica del tribunal y, tal como explicaba el *exjustice* John P. Stevens, sus orígenes son oscuros. Se hizo pública por primera vez en las audiencias en el Senado, cuando se discutía el proyecto

ocasiones, cuando del acuerdo solo participan seis jueces, se han admitido peticiones con tres votos favorables[77]. Se trata, como vemos, de una regla que no tiene que ver con la mayoría de los jueces presentes, ya que aun estando en el acuerdo los nueve jueces, bastan cuatro votos favorables para admitir la petición[78]. Si una petición no alcanza a tener –al menos– cuatro votos favorables, es inmediatamente denegada. En este supuesto, la Corte se limita a anunciar, sin dar razón alguna, que la petición fue rechazada.

Concedida la petición, se le notifica esta decisión a las partes y luego: *1*) se fija plazo para que presenten el llamado *brief on the merits,* y *2*) se establece la fecha en la cual deben concurrir a la audiencia oral (*oral argument –rule* 16.2–)[79]. Allí, cada parte dispone de media hora y solamente un abogado puede hablar en representación de cada una. En realidad, el abogado intenta exponer, pero a lo largo de esa media hora los jueces lo interrumpen constantemente con preguntas cuya respuesta debe ser directa y breve. Toda respuesta innecesariamente larga, evasiva o de mera erudición es mal vista y desacredita al abogado[80]. Luego de ello se produce un nuevo acuerdo para resolver sobre el fondo del asunto, en el cual se aplica la regla de la mayoría.

Una vez acordada la decisión del caso, es preciso redactar la sentencia. Esta tarea no es menor pues, aun respetando el sentido de la votación, una misma cuestión puede ser escrita de muchas maneras, según el énfasis que se ponga en cada párrafo. Si el

---

de la Judiciary Act de 1925 y los jueces de la Corte tuvieron que explicar ante los legisladores el funcionamiento interno del tribunal para justificar la concesión de las facultades discrecionales que solicitaban. Desde entonces, sostiene Stevens, ha tenido un impacto muy importante en el número de casos que se analizan por el fondo. Ver Stevens, "Deciding what to decide: The docket and the rule of four", en Cannon - O'Brien (eds.), *Views from the Bench*, p. 79 a a 86.

[77] "King v. Illinois Board of Elections", 522 US 1087 (1998), admisión sumaria, y "Chobot v. Wisconsin", 368 US 15 (1961), rechazo sumario.

[78] Ver Rehnquist, *The Supreme Court*, p. 233.

[79] Para una comparación entre estas audiencias (a las que puede asistir el público para escuchar) y las audiencias públicas establecidas por la Corte Suprema en Argentina, puede verse Sacristán, *Las audiencias públicas convocadas por la Corte Suprema argentina (¿más cerca o más lejos de las reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos?)*, *LL*, 2009-C-976 a 988.

[80] John M. Harlan afirmaba que una respuesta evasiva es un pecado cardinal ["The role of oral argument", en Cannon - O'Brien (eds.), *Views from the Bench*, p. 87 a 90].

chief justice ha quedado en la mayoría, elegirá el juez que redactará lo que luego será la opinión de la Corte. Puede ocurrir también que sea él mismo quien decida escribir la sentencia. Todo ello le acuerda cierta superioridad sobre sus colegas.

Escrito el primer borrador, se lo circula entre los restantes jueces, quienes formulan sus comentarios hasta conformar el texto. No hay reglas específicas para ello. Finalizada la redacción, la decisión –y sus disidencias si las hay– es comunicada en una audiencia pública que tiene lugar usualmente los lunes (*opinion day*). Luego, el *clerk* la envía al *reporter of decisions* para que se encargue de su publicación en la colección oficial de fallos (*United States Reports –rule* 41–).

f) *La Corte Suprema en los Estados Unidos es un tribunal de casación.* En algunas oportunidades aisladas, nuestra Corte Suprema ha dicho que el recurso extraordinario incluye el ejercicio de la casación del derecho federal[81], pero esta no es una función que le sea legalmente asignada. En todo caso la ejerce o puede ejercerla de hecho.

En Estados Unidos, por el contrario, el *certiorari* tiene una función casatoria específicamente asignada. Por medio del *writ of certiorari*, la Corte Suprema revisa las decisiones de las US Courts of Appeals y de los superiores tribunales estatales (incluyendo los del Distrito de Columbia), conforme lo previsto en 28 USC § 1254 y en 28 USC § 1257, respectivamente. A su vez, la regla de procedimiento 10 establece –aclarando expresamente que se trata de una mención no taxativa– que el *certiorari* procede cuando:

1) Una US Court of Appeals: *a*) resuelva en conflicto con otra US Court of Appeals en la misma cuestión de importancia; *b*) decida una importante cuestión federal en conflicto con un tribunal superior estatal, o *c*) se aparte del curso, aceptado y usual, de un procedimiento judicial o apruebe tal apartamiento por parte de un tribunal inferior, de modo tal que la Corte deba ejercer su poder de supervisión [*rule* 10(a)].

2) El tribunal superior de un Estado resuelva una cuestión federal de importancia, en conflicto con una decisión anterior de otro tribunal superior estatal [*rule* 10(b)].

[81] "Compañía General de Electricidad de Córdoba SA (en liquidación) c/ Pcia. de Córdoba", *Fallos*, 262:302, de 1965; "Adela Méndez de Basombrío", *Fallos*, 256:372, de 1963.

3) El tribunal superior de un Estado o una US Court of Appeals hayan decidido una cuestión federal de importancia: *a*) no resuelta aún, pero que debe ser resuelta por la Corte Suprema, o *b*) en conflicto con decisiones relevantes de la Corte Suprema [*rule* 10(c)].

Como puede verse, el *certiorari* tiene una eminente función casatoria.

g) *El "circuit riding"*. Pese a que podría considerarse una institución ya superada, el *circuit riding* de los jueces de la Corte Suprema estadounidense todavía se mantiene. Está contemplado en 28 USC § 42, donde se prevé que el *chief justice* y los *associate justices* pueden –por decisión de la Corte– ser asignados (*alloted*) a una Court of Appeals para un caso determinado, por lo que tendrán que trasladarse hasta ella.

En Argentina no existe, ni ha existido, el *circuit riding*[82].

§ 16. ***Diferencias en los tribunales de distrito.*** – Además de las diferencias estructurales ya señaladas, los tribunales de distrito en Estados Unidos y los juzgados de primera instancia en Argentina tienen algunas diferencias específicas. Para advertirlas, lo mejor es describir cómo están organizados dichos tribunales en aquel país.

Las *district courts* están previstas en 28 USC § 81-144, y su distribución territorial, Estado por Estado, se halla detallada en las secciones 81 a 131. Cada una de estas secciones establece la cantidad de distritos judiciales que tiene cada Estado y los condados que comprende cada uno de ellos[83]. Ya se ha hecho referencia, a modo de ejemplo, a los tribunales de distrito del Estado de Nueva York al señalarse las diferencias estructurales entre los tribunales argentinos y los de Estados Unidos. La cantidad de tribunales está legalmente fijada por Estado y se establece también el número de jueces que tiene cada uno de ellos[84].

[82] No obstante, la acordada 38/15, de 9/12/15, autoriza la contratación de vuelos para el traslado de los jueces de la Corte Suprema dentro del país cuando: *a*) sea necesario que se trasladen a ciudades no alcanzadas por vuelos comerciales; *b*) las frecuencias no fueren adecuadas; *c*) cuando se necesite realizar traslados adicionales desde el destino de aterrizaje al lugar de destino; *d*) por motivos de urgencia, o *5*) por motivos institucionales.

[83] En cada Estado debe haber, al menos, una corte de distrito y ninguna de ellas puede estar en dos o más Estados.

[84] Ver 28 USC § 81-131 y 133.

En cuanto a la creación y composición de estos tribunales, en 28 USC § 132 se dispone que en cada distrito judicial habrá una United States District Court for the District[85], integrada con los jueces que estén en servicio activo y con los que eventualmente se asignen al tribunal[86], quienes actuarán individualmente y celebrarán sesiones al mismo tiempo que los restantes jueces[87]. Conservan sus cargos mientras mantengan la buena conducta[88] y deben residir en el distrito en el cual se desempeñan, salvo los jueces del Distrito de Columbia y los de los distritos sur y este de Nueva York, que deben residir dentro de las veinte millas del distrito[89].

Cada distrito tiene un *chief judge*, quien debe reunir similares requisitos a los de las Courts of Appeals para ser designado, tiene precedencia sobre sus pares y preside todas las sesiones en las cuales está presente[90]. En los distritos que tienen más de un juez, las tareas internas –entre otras, la asignación de los casos– se distribuyen conforme lo establecen las *rules* del tribunal[91]. El *chief judge* es el responsable del cumplimiento de todo ello y, si no hubiera acuerdo entre los jueces para dictar reglas al respecto, será el consejo judicial del circuito el que resuelva la cuestión[92].

Dentro de las *district courts* –excepto en las que corresponden a los territorios– están los jueces de quiebras (*bankruptcy judges*), ya mencionados anteriormente[93]. Poseen un status diferente al de los restantes jueces pues están designados por la Court of Appeals que corresponde al distrito, duran catorce años en sus funciones y actúan como "funcionarios judiciales de las cortes de distrito"[94]. Pueden ser removidos por el consejo judicial del circuito por incompetencia, mala conducta, negligencia o discapacidad física o mental[95].

[85] 28 USC § 132(a).

[86] 28 USC § 132(b).

[87] 28 USC § 132(c).

[88] 28 USC § 134(a).

[89] 28 USC § 134(b).

[90] 28 USC § 136.

[91] Cada tribunal puede dictar sus propias reglas de procedimiento, sin perjuicio de los cuerpos procesales principales.

[92] 28 USC 137.

[93] Reglados en 28 USC § 151-159.

[94] 28 USC § 152(a)(1).

[95] 28 USC § 152(e).

Está legalmente establecido cuántos jueces de quiebra habrá en cada distrito judicial[96].

En los tribunales de distrito existen también los *magistrate judges*[97], que tienen la función de asisitir a los jueces de distrito[98]. Son designados por el tribunal de distrito y pueden tener una dedicación de tiempo completo o parcial. En el primer caso, su designación dura ocho años y en el segundo, cuatro años. Los primeros no pueden ejercer la profesión, pero los segundos sí pueden, en tanto ello no sea incompatible con el adecuado cumplimiento de las funciones (*inconsistent with the proper discharge of their office*)[99]. Son removidos por el tribunal de distrito en caso de mala conducta, negligencia o discapacidad física o mental.

Desde su creación hasta el presente, salvo su aumento cuantitativo, las cortes de distrito no han experimentado grandes cambios en su estructura y funcionamiento. Los más significativos fueron el incremento del monto mínimo que debe estar en disputa para los casos de distinta vecindad (*diversity jurisdiction*), que desde 1996 es de 75.000 dólares[100].

Existen también las llamadas *three judge district courts* (cortes de distrito de tres jueces) creadas en 1903[101], que actualmente están cayendo en desuso. Estos tribunales fueron creados, originalmente, para intervenir en los casos antimonopolio promovidos por el gobierno federal. Más tarde, sucesivas leyes los extendieron a otras materias. Ya entrado el siglo XX fue propuesta varias veces su eliminación, y en 1976 dejaron de tener competencia en casos constitucionales[102].

Actualmente intervienen, en forma general, en los casos de distribución de los distritos electorales[103] y están previstos en algunas leyes particulares, como la Voting Rights Act de 1965[104], la Civil

[96] Ver 28 USC § 152(a)(2).
[97] Creados por la Federal Magistrates Act de 1968, 82 Stat. 1107.
[98] Ver 28 USC § 631-639.
[99] 28 USC § 632(b).
[100] 28 USC § 1332.
[101] Creadas por la Expediting Act de 1903, 32 Stat. 823.
[102] 90 Stat. 1119.
[103] 28 USC § 2284(a).
[104] 42 USC § 1971(g).

Rights Act de 1964[105] y la Bipartisan Campaign Finance Reform Act de 2002[106].

§ 17. ***Conclusiones.*** – Cuando se comprueba que, bajo el mismo texto constitucional, pueden desarrollarse instituciones tan diversas, no solo nos invade cierta perplejidad, sino que –más grave aún– es inevitable sentir cierta desconfianza hacia la fuerza arquitectónica de la Constitución. También se ve en peligro el valor efectivo de las fuentes constitucionales en la medida en que buena parte de nuestro sistema judicial ha sido desarrollada a espaldas del modelo que tomaron en cuenta los constituyentes.

Todo ello es fruto de que la Constitución no es solo una norma jurídica. Es también un producto cultural y, más allá de cuál sea el texto que la haya inspirado, con el correr del tiempo se amoldará, irremediablemente, a la historia, costumbres e idisiosincracia del pueblo que la aplique. Tratar de negar estos factores es nadar contra la corriente. Esos factores son, a las instituciones jurídicas, lo que nuestro temperamento es a nuestro carácter. No en vano nuestra Corte Suprema dijo alguna vez que la Constitución es una construcción viva, impregnada de realidad argentina[107]. Coincidimos con Edmund Burke cuando defendía el concepto historicista de Constitución, rechazando las nociones abstractas sobre ella[108].

Aun así, no debemos perder el rumbo y ello nos obliga a pensar si hemos sido completamente fieles a sus principios. Hace ya mucho tiempo que nuestros gobiernos –cualquiera sea su signo político– no encaran un estudio integral del Poder Judicial y esta ausencia de una planificación general y metódica ha permitido que este se expanda y acreciente desordenadamente su costoso y pesado andamiaje burocrático, en perjuicio de los litigantes y de la ciudadanía en general. Por difícil y ardua que sea esta tarea, alguna vez debería ser encarada y, en este aspecto, Estados Unidos sigue siendo un modelo a seguir.

Un buen punto de partida sería recopilar, actualizar y ordenar en un cuerpo único toda la legislación judicial, cualquiera fuere su

[105] 42 USC § 2000a-5.

[106] 116 Stat. 181.

[107] "Bressani c/Provincia de Mendoza", *Fallos*, 178:9, de 1937.

[108] Burke, "Reflections on the Revolution in France", en *Select Works of Edmund Burke*, vol. 2, p. 121.

emisor. A diferencia de la nuestra, la legislación judicial estadounidense está ordenada en un solo cuerpo normativo, sujeto a revisión y actualización periódicas y la lentitud o las ineficiencias de los procedimientos son una preocupación constante. En la Argentina todo ello es, todavía, una tarea pendiente.

Anexo 30

La Corte Suprema como titular de poder reglamentario[1]

Estela Sacristán

Universidad Austral

es@bgcv.com.ar

Recibido: 4/11/2020
Aceptado: 18/11/2020

Resumen
Durante 2020, en medio de la pandemia originada por el virus COVID-19, se ha generado una preocupación de la rama ejecutiva de gobierno por la detección de problemas de funcionamiento en la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. Ello podría propiciar iniciativas legislativas acordes. Empero, estimamos que la propia competencia reglamentaria de ese Tribunal basta para llevar a cabo las tareas de autodiagnóstico e implementación de soluciones enderezadas a sobrellevar muchos de los problemas que pueden visualizarse en el trabajo interno de la Corte Suprema. A los fines de sustentar la propuesta, en el presente artículo se indaga en las fuentes de rango constitucional e infraconstitucional de la mencionada potestad, a los fines de delinearla, fijar sus limitaciones y precisar, en el caso de estas últimas, sus dos vertientes delegantes posibles: (i) leyes que establezcan estructuras y sus competencias; y (ii) leyes que fijen los procedimientos. A partir de allí, se repara en la experiencia comparada y se propician las conclusiones finales.

Palabras clave: Corte Suprema de Justicia de la Nación, potestad reglamentaria, delegación.

The Supreme Court as Rule Maker

Abstract
During 2020, amidst the pandemic, there has arisen, in the executive branch of government, a concern regarding the detection of problems in the functioning of the Argentine Supreme

1 Se agradecen los valiosos comentarios del Dr. Alberto F. Garay, recibidos en la etapa de elaboración del presente artículo, así como los datos aportados por la Dra. Silvia Palacio de Caeiro y del Dr. Andrés Ascárate. Son aplicables las reservas usuales.

Court of Justice. This scene could give rise to the corresponding legislative action. Nevertheless, the Tribunals rulemaking power itself can be deemed sufficient to fulfill the tasks of self-diagnosis and implementation of solutions aimed at overcoming many of the problems that can be ascertained in the Supreme Court internal work. In order to justify the proposal, this paper enquires into the constitutional and infra-constitutional sources of the Supreme Court's regulatory power, in order to delineate it, establish its limitations and ascertain, in the case of the infra-constitutional sources, their two possible delegating paths: (i) laws that establish structures and their competences, and (ii) laws that establish procedures. From then on, the comparative experience is reviewed, and the final conclusions are drafted.

Key words: Argentine Supreme Court of Justice, rule-making power, delegation.

1. Planteo

La oportunidad no pudo ser más llamativa. En medio de la pandemia originada por el virus COVID-19, las tomas de tierras, la publificación de actividades privadas por decreto, el drenaje de reservas del Banco Central y los incendios en diversas provincias argentinas, 2020 nos ha traído un plan impulsado desde el Poder Ejecutivo nacional. Este, en lo que aquí interesa, se halla volcado en el Decreto 635/2020,[2] dictado bajo el artículo 99, inciso 1 de la Constitución Nacional (CN) como reglamento autónomo, y apunta al fortalecimiento del Poder Judicial.

De cara a ese elevado objetivo, podemos preguntarnos si no resulta más eficaz, eficiente y ético no un fortalecimiento impulsado externamente desde los poderes políticos, sino uno generado desde dentro de la rama judicial de gobierno. Específicamente, uno impulsado y concretado desde la máxima autoridad de la pirámide jerárquica de la Justicia federal.

En el marco de los objetivos del Decreto 635/2020, se destaca la labor de indicar "los problemas que se observan para el correcto funcionamiento"[3] de, entre otros órganos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pues bien, esa identificación de problemas, junto con la regulación de los medios para superarlos en la faz de "funcionamiento", puede llevarse a cabo mediante la herramienta históricamente más consolidada en todo órgano estatal y en la Corte Suprema en particular: la potestad reglamentaria.

---

2 Decreto 635/2020, BO 30/07/2020, creación del Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judical y del Ministerio Público.

3 Decreto 635/2020, artículo 4, inciso 1: "Descripción valorativa con especial indicación de los problemas que se observan para el correcto funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [...]".

Así las cosas, el Alto Tribunal mismo podría llevar adelante su autoevaluación, con identificación de problemas detectables en su funcionamiento (aunque a fuer de claridad no es una máquina), y podría sancionar las reglamentaciones o regulaciones adecuadas para dejarlos atrás. Ya lo ha hecho antes, y cito un ejemplo de trascendencia especialmente profesional, como la acordada sobre recurso extraordinario,[4] la cual, entiendo, respondió en parte a las dificultades que presentaba el análisis de recursos extraordinarios necesitados de normalización en sus aspectos neurales y de especificidad de cara al caso en concreto. Es que, en rigor, nadie sabe más acerca del funcionamiento de la Corte Suprema que la Corte Suprema misma;[5] en dicha escena, nadie mejor que ella para autodiagnosticarse, detectar problemas y enderezarlos con alcance general. Se trata del ejercicio de una competencia que ha llevado a cabo desde antaño: ya en 1863 dictó su reglamento para el orden interior,[6] y en 1865 ponderó el cúmulo de asuntos a despachar y decidió, por acuerdo, cumplir asistencia en el Tribunal los martes, jueves y sábados.[7] Ello demuestra que, desde sus orígenes, la Corte Suprema ha sabido, cuando lo entiende oportuno, volcar su mirada hacia sí misma a los fines de adoptar decisiones de alcance general tendientes a perfeccionar su desenvolvimiento.

El ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la Corte Suprema, empero, no puede tomarse por sentado o presupuesto, más allá de que resulte inherente a todo órgano estatal. Antes bien, la acometida metodológica de la cuestión obliga a inquirir, al menos, en aspectos relativos a las fuentes de esa potestad (sección 2.) y la experiencia comparada, especialmente emanada de la Suprema Corte estadounidense, que la nutre (sección 3.); ambas líneas de análisis suscitan interrogantes que serán oportunamente encarados y respondidos, siquiera en forma liminar. A tales fines, entonces, se dedican estos párrafos.

Valga aclarar que a lo largo del presente trabajo, la expresión "potestad reglamentaria" se empleará en el sentido ya admitido por la doctrina como actividad reglamentaria o de emisión de reglamentos o actos de alcance general, en este caso, del específico órgano judicial involucrado. Como actividad reglamenta-

---

4 Acordada 4/2007, BO 21/03/2007, del 21/3/2007. Las acordadas y resoluciones citadas en el presente que no tengan datos de publicación en colecciones oficiales o privadas se hallan disponibles en: https://www.csjn.gov.ar/sentencias-acordadas-y-resoluciones/acordadas-de-la-corte-suprema.

5 En igual sentido, ver Bianchi (1990, pp. 231-232).

6 Reglamento para el Orden Interior de la Suprema Corte y Organización de sus Oficinas, publicado en Fallos: 1:7, del 11/10/1863.

7 Acordada s.n., publicada en Fallos: 2:6, del 7/07/1865.

ria será una actividad no jurisdiccional, "no judicial", ejercida por el órgano judicial (Bidart Campos, 1993, p. 417), que se caracteriza por ser de sustancia "normativa o legislativa" (Cassagne, 2018, pp. 59-60). En tanto potestad, será un "reflejo cualificado" del poder (Marienhoff, 1990, p. 604), del cual tiene que ser distinguida. En suma, se trata de un poder cualificado, pacíficamente admitido por la doctrina en cuanto a su localización no solo en las ramas ejecutiva y legislativa, sino también en la judicial (Cassagne, 2018, p. 60; Gordillo, 2009, p. VII-42; Marienhoff, 1990, p. 240), manifestación de una actividad no judicial enderezada al dictado de medidas de alcance general que podemos –en forma genérica– denominar "reglamentos judiciales".[8] Estos materializarán regulaciones de la más variada índole.[9] Por ende, se excluye del presente trabajo el estudio de aquellas decisiones que, bajo un ropaje de decisión no jurisdiccional, de alcance general, trasunten el ejercicio de potestad jurisdiccional-judicial, en especial el ejercicio del control de constitucionalidad.[10]

2. Fuentes de la potestad reglamentaria de la Corte Suprema

La potestad reglamentaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación halla pluralidad de fuentes. Entre ellas, cabe resaltar las de rango constitucional y las de rango infraconstitucional. Como enseguida veremos, las primeras giran en torno al artículo 113 de la CN. En cambio, las fuentes de rango infraconstitu-

---

8 Ampliar en Bidart Campos (1997, p. 243); Cassagne (2020, p. 305); Marienhoff (1990, pp. 240-241 y p. 244).

9 En la disidencia del juez Rosatti como conjuez en *Gutiérrez, Oscar Eduardo c/ANSeS*, Fallos: 329:1092, del 11/4/2006, considerando 13° se enumeran las materias "administrativa, organizacional y de superintendencia". Podría parecer arduo diferenciarlas, especialmente dada la amplitud del término "administrativo", que parece comprender a las restantes. Ver, empero, las diferenciaciones que se harán más adelante, en el apartado 2.2.

10 Como ser la involucrada en *Gutiérrez, Oscar Eduardo c/ANSeS*, Fallos: 329:1092, del 11/04/2006. Aun cuando en dicho fallo se afirma que la Acordada 20/1996, de Fallos: 319:24, es un "proveimiento administrativo de carácter general emanado de la Corte Suprema" (considerando 9º del voto de la mayoría), cabe recordar que en esa acordada se declaró inaplicable una norma.
La única forma de que se inaplique una norma aplicable a un caso es declararla inconstitucional, de modo tal que se pueda prescindir de ella como si no existiera (doctrina *Gregolinsky y Cía*, Fallos: 202:184, del 16/7/1945, conforme la cual, declarada inconstitucional una norma, las cuestiones planteadas deben ser resueltas como si aquella no existiera). La inaplicación –sin que mediara petición alguna– resuelta en la Acordada 20/1996, entonces, fue concreción de actividad materialmente jurisdiccional-judicial (que permite el ejercicio del control de constitucionalidad por parte del órgano judicial) y no fue materialización de potestad reglamentaria. Ampliar, con provecho, en Sáenz (2008, pp. 27-28). Sobre las relaciones género y especie entre lo jurisdiccional y lo judicial, se sigue a Badeni (2010, p. 697) y sus citas de Luqui (2005, pp-21-22).

cional de esa potestad reglamentaria ponen en juego al artículo 75, inciso 20 y a los artículos 116 y 117 de la CN.

Huelga apuntar que, en este marco, el ejercicio de la potestad reglamentaria emergente del artículo 113 de la CN no requerirá ley previa y será ejercible autónomamente, como cuando se dicta un reglamento autónomo del artículo 99, inciso 1 de la CN. Por el contrario, el ejercicio de la competencia reglamentaria habilitada por los artículos 75, inciso 20, y 116 y 117 de la CN siempre requerirá ley previa, pues la Constitución no efectúa asignación directa de competencia a favor de la Corte Suprema y dará lugar al dictado de un reglamento que –según el punto de vista que se adopte– podrá ser un reglamento delegado o un reglamento de ejecución de las leyes. Veamos lo relativo al artículo 113 de la CN (sección a), para luego centrarnos en los artículos 75, inciso 20, y 116 y 117 de la CN (sección b).

2.1. Rango constitucional. Habilitación para el dictado de reglamentos autónomos emanados de la Corte Suprema

La Constitución de 1853 estableció, en su artículo 99, que "La Corte Suprema dictará su reglamento interior y económico, y nombrará todos sus empleados subalternos". A su turno, la Constitución de 1949, que rigió hasta 1956, previó, en su artículo 94, que "La Corte Suprema de Justicia dictará su reglamento interno y económico, y nombrará sus empleados". Entre 1956 y 1994 rigió el texto ya transcripto de la Constitución de 1853. La Constitución reformada en 1994 establece, en su artículo 113, que "La Corte Suprema dictará su reglamento interior y nombrará a sus empleados".

De estas redacciones se infiere la continua preocupación del Constituyente por que el Tribunal cuente con potestad reglamentaria a los fines de autorregularse internamente. También puede inferirse la superación de textos constitucionales anteriores insuficientes, tales como el de la Constitución de 1819 (artículo 96) o el de la de 1826 (artículo 117), que preveían tan solo que el máximo Tribunal podía nombrar a sus "oficiales". Adviértase, empero, que Seco Villalba (1943, p. 223) halla –en dicho artículo 117– el antecedente nacional del artículo 99 –actual artículo 113– de la Constitución Nacional.[11]

En términos generales, la admisión de esta potestad reglamentaria, en cabeza del máximo Tribunal, representa la superación de la tesis negativa, que

11 El artículo 117 de la Constitución de 1826 establecía: "La alta corte de justicia nombrará sus oficiales, en el número y forma, que prevenga la ley".

hallara manifestación en el Proyecto de Constitución de 1813 (Seco Villalba, 1943, p. 262).[12]

2.1.1. Caracteres

De acuerdo con lo expresado precedentemente, se trata de una competencia de fuente textual constitucional, de carácter privativo, que el Constituyente le asignó expresa y directamente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Además, no involucra ejercicio de competencia jurisdiccional o judicial alguna por parte del Alto Tribunal, sino el ejercicio de una de tenor normativo o legislativo, entiendo, por manifestarse en decisiones de "carácter general".[13] Estas decisiones de alcance general, a su vez, han sido consideradas como de naturaleza de reglamento administrativo,[14] las cuales trasuntarán, al menos, el empleo de atribuciones de tipo administrativo en el sentido de excluyentes de atribuciones de tipo jurisdiccional (Bianchi, 1986, p. 181).

2.1.2. ¿Reconocimiento o "delegación" en la Corte Suprema por parte del Constituyente?

A tenor de la literalidad del artículo 113 de la CN, puede decirse que se configura un poder que puede ser apreciado tanto como: (i) un reconocimiento, por parte del Constituyente, de una potestad propia de la Corte Suprema; y (ii) una "delegación del Constituyente" a favor del Alto Tribunal.

Avala la primera posibilidad interpretativa el lenguaje de la cláusula constitucional, pues no se emplea el verbo "delégase", "facúltase" u otro similar, sino que, derechamente, se afirma que ese Tribunal "dictará" ese reglamento interno.

Sostiene la segunda interpretación el acoger la tesis del primer acto de delegación, efectuado por las provincias a favor del Constituyente en 1853[15] y, en ese marco, concebir una suerte de *continuum* de poder, por el cual el Constituyente (delegatario de las provincias) delega, a su vez, en el órgano máximo de

---

12 El artículo 137 del Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata, del 27/01/1813, proponía: "Los Tribunales no pueden formar Reglamentos para la administración de justicia ni ejercer otras funciones que las judiciales".

13 En similar sentido, ver Bianchi (1986, p. 181).

14 Considerándolas reglamentos administrativos, ver Bianchi (2014, p. 1214).

15 Acerca del primer acto de delegación de las provincias a favor del Constituyente ampliar en Bianchi (1990, p. 19).

un poder constituido –como el Poder Judicial (delegatario de rango constitucional, si se quiere)– determinada potestad (en la especie, la potestad reglamentaria del artículo 113 de la CN).

Desde un punto de vista de legitimidad democrática, entiendo que esta segunda interpretación es la más acorde con el artículo 1 de la CN. Sin embargo, advierto igualmente que cualquiera sea la interpretación que se adopte, no se modifican los razonamientos que siguen.

2.1.3. Alcances de la expresión "reglamento interno" en el artículo 113

Una interpretación restrictiva del artículo 113 de la CN permitiría afirmar que la Corte Suprema debería limitar su potestad reglamentaria fundada en ese artículo al dictado de sus reglamentaciones internas. Por el contrario, una interpretación amplia permitirá que regle otras cuestiones bajo el rótulo de que se trata de una "reglamentación interna". ¿Puede acogerse la posibilidad de interpretación amplia?

En principio, puede afirmarse que todo órgano u ente estatal tiene competencia "materialmente" administrativa, jurisdiccional y normativa (Cabral, 1986, pp. 184-185; Cassagne, 2018, p. 57; Marienhoff, 1990, p. 77), y la competencia normativa –o legislativa o reguladora– bien puede manifestarse en el dictado de reglamentos emanados de la Corte Suprema.[16] Los ejemplos pueden comprender desde un reglamento de contrataciones[17] hasta la regulación del acceso a las sentencias de, en la especie, la Corte Suprema.[18] Se tratará de regla-

16 Calificándola como legislativa, ver Bianchi (1986, pp. 181-183). El autor considera que la competencia materialmente legislativa es administrativa en contraposición a materialmente jurisdiccional (p. 182).

17 Ver la Resolución 1562/2000 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 21/09/2000, *La Ley*, Buenos Aires: Thomson Reuters, cita online AR/LEGI/53HH.

18 Ver la Acordada 15/2013, del 21/05/2013, que dispone que las cámaras federales o nacionales y los tribunales orales publicarán todas las sentencias, acordadas y resoluciones administrativas en el Centro de Información Judicial. Ver, asimismo, la Acordada 24/2013, del 21/08/2013, la cual, entre otros aspectos, (i) dispone que, respecto de las sentencias, las cámaras federales y nacionales y los tribunales orales darán cumplimiento a la Acordada 15/2013 mediante el Sistema Informático de Gestión Judicial (en la medida en la que se encuentre implementado) o mediante un protocolo que la propia acordada fija (hasta tanto sea puesto en marcha dicho Sistema); y (ii) declara inaplicable el artículo 4 de la Ley 26856 (que estableció que "Las cuestiones a dirimir en los acuerdos y reuniones que lleve a cabo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que tengan por objeto el dictado de sentencias, acordadas o resoluciones, deberán ser publicadas en el diario judicial con antelación mínima de cinco (5) días de la fecha de la reunión que corresponda" en tanto ello "invade una esfera propia y exclusiva" del Tribunal bajo los artículos 108 y 113 de la CN (considerando 10°). Se volverá sobre esta cuestión *infra*.

mentos enderezados a que los cuadros internos del Tribunal estén bajo el deber de hacer algo (llamar a licitación, cargar y hacer visibles las sentencias en el sitio web respectivo); y ese deber de hacer algo redundará en eventuales beneficios a terceros (firmas que deseen ofertar, ciudadanía interesada en acceder al contenido de esas sentencias).

La manda del actual artículo 113 de la CN, que, como vimos y con variaciones menores, data de 1853, no halla simetría en la Constitución estadounidense. Esta es la razón por la cual, para el lapso previo a la Rules Enabling Act de 1934 (y sin perjuicio de la Judiciary Act de 1789), se acepta que los tribunales, en la tradición anglo-norteamericana, poseían poderes inherentes para emitir reglas sin previa habilitación congresional (Meador, 1995, p. 1806).[19] La inclusión del artículo 113 por parte del Constituyente argentino tiene que haber sido ineludible o al menos necesaria. Esa inclusión, empero, no propicia –entiendo– la posibilidad de una interpretación amplia de la expresión "reglamento interno". Se tratará siempre de regulaciones que trasuntarán competencia reglamentaria autónoma no dependiente de una ley previa por emanar directamente del artículo 113, enderezada en primer lugar al plano interorgánico (sin perjuicio de los efectos hacia terceros). Son reglas que la Corte Suprema dicta "para su régimen".[20] La escena es similar a la generada por el artículo 99, inciso 1 de la CN en relación con el Poder Ejecutivo. Sin embargo, tiene que puntualizarse que el artículo 113 no se agota con el dictado de "un" reglamento interno, sino que podrá haber, en la vida del Tribunal, la sanción, de tanto en tanto, de diversas reglamentaciones internas fundadas en el artículo 113, sea para modificar las existentes, sea para ampliarlas, derogarlas o substituirlas, entre otros supuestos.

---

19 Meador (1995, p. 1806) afirma que se ha reconocido, desde antaño en Inglaterra, que un tribunal posee poder inherente para prescribir reglas generales de práctica y procedimiento para gobernar la conducción de los casos sobre los cuales tiene jurisdicción. Estados Unidos heredó, de los tribunales ingleses, el concepto de poder inherente de un tribunal sobre su proceso y procedimiento ("It has also long been recognized in England that a court has inherent authority to prescribe general rules of practice and procedure to govern the conduct of cases over which it has jurisdiction. [...] The United States inherited the concept of a court's inherent authority over its process and procedure from the English courts").

20 *Robirosa, Antonio c/Iriondo, Petrona C. de*, Fallos: 78:281, del 29/04/1899, considerando 2º. Esta es una importante competencia que la Corte Suprema posee para reglamentar "hacia adentro de sí misma", como claramente lo expone Gelli (2008, p. 477).

2.1.4. Naturaleza

En este acápite consideremos la Acordada sin número, Reglamento para la Justicia Nacional,[21] de 1952, artículo 103: "La Corte Suprema tendrá, además, las oficinas y el personal que establezca en su reglamento interno y económico".

Como ha apuntado la doctrina, esa acordada sin número es un reglamento autónomo de la Justicia, pues "trata sobre materias internas del desenvolvimiento de los tribunales y de la actuación ante ellos" (Bianchi, 1990, pp. 232), como ser días hábiles, horarios y feria, entre otros aspectos.

Como reglamento autónomo no requiere actividad previa alguna del Legislador para ser dictado; su materialización corresponde al ejercicio de facultades propias del Tribunal no solo expresas, sino también implícitas o inherentes[22] a su función específica (Bianchi, 1990, pp. 232), e involucra potestad de fuente directamente constitucional, v.gr., el artículo 113 de la CN.

2.1.5. Limitaciones

¿Será el ejercicio de competencia reglamentaria para dictar reglamentos autónomos o de organización interna bajo el artículo 113 de la CN pasible de limitaciones? Entiendo que sí, de modo tal que el reglamento interno dictado bajo el artículo 113: (i) versará sobre cuestiones no reservadas al Legislador especialmente en los artículos 116 y 117 y 75, inciso 20, de la CN; y (ii) en principio, si con posterioridad a la generación del reglamento autónomo se sancionara una ley con coincidencia de cuestiones reguladas respecto a aquel, el reglamento no podría contradecirla, salvo que haya mediado un exceso o incluso imprevisión del Legislador. La experiencia ayuda a ilustrar estas afirmaciones.

Cuando se dictó la Ley 27275 de Acceso a la Información Pública,[23] en 2016, ya desde antes la Corte Suprema había reglado aspectos propios del acceso, por parte de terceros, a la información emanada del máximo Tribunal, y lo había hecho mediante reglamentos de tenor interno que, ulteriormente, beneficiaban a los terceros integrantes del público. Lo había hecho en el seno

---

21 Acordada s.n., Reglamento para la Justicia Nacional, del 17/12/1952, BO 22/04/1953, publicada en Fallos: 224:575.

22 Ver Acordada 4/2000, Fallos: 323:1293, del 14/03/2000, considerando 3º ("Que mediante el ejercicio de los aludidos poderes, connaturales e irrenunciables, este Tribunal ha salvaguardado la independencia del Poder Judicial frente a diversas situaciones que la afectaban [...]" y considerando 9º ("Que la reforma constitucional de 1994 mantiene la atribución de la Corte de dictar su reglamento interior y nombrar a sus empleados (artículo 113)").

23 Ley 27275 de Derecho de Acceso a la Información Pública, BO 29/09/2016.

del Alto Tribunal, al igual que el Decreto 1172/2003[24] había reglado el acceso a la información emanada de los cuadros de la Administración Pública Centralizada y Descentralizada. Las medidas de la Corte Suprema para el acceso a la información por ella generada comprendieron la divulgación de los fallos de la Corte Suprema,[25] la fijación de fecha de acuerdo para las causas de trascendencia institucional[26] y la publicidad de los registros de circulación de los expedientes,[27] entre otros aspectos. En el supuesto reseñado, fueron reglamentos internos los que dispusieron la puesta a disposición de esa información, si bien no podrían negarse los beneficios hacia terceros, amén de que la citada ley creó el "derecho subjetivo" a accederla, dentro de las condiciones que la propia ley fija en su artículo 8. La citada ley creó el deber, en su artículo 32, inciso h), de publicar "las actas en las que constara la deliberación de un cuerpo colegiado", lo que condujo a preguntarse si era un nuevo deber para la Corte Suprema o si se trataba de un exceso del Legislador que invadía el ámbito del artículo 113 de la CN. La respuesta surge de la Acordada 42/2017,[28] que regló ese aspecto disponiendo que se cumple aquel recaudo legal con la "notificación y publicación en la página de internet del Tribunal de las decisiones adoptadas en los acuerdos [...]".

Además, en su momento, la Ley 26856,[29] de 2013, en su artículo 1, ordenó la publicación de todas las sentencias de la Corte Suprema –entre otros tribunales–, sin advertir que ello ya se cumplía desde antes, como vimos. Además, dicha ley, en su artículo 4, ordenó publicar con una antelación mínima de cinco días "las cuestiones a dirimir en los acuerdos" de la Corte Suprema. Esta, por la Acordada 42/2017,[30] artículo 6, inciso a) dispuso por mayoría que se cumpliría esa manda legislativa: (i) publicando cada acuerdo celebrado; y (ii) mediante el acceso, por parte del solicitante, a los expedientes. En cambio, el Dr. Rosatti –en disidencia– propició, con agudo criterio, que se regulara el

24 Decreto 1172/2003, BO 4/12/2003, Anexo VII.

25 Acordada 37/2003, Fallos: 326:5047, del 18/12/2003.

26 Acordada 36/2003, Fallos: 326:5046, del 18/12/2003.

27 Acordada 35/2003, Fallos: 326:5041, del 11/12/2003.

28 Acordada 42/2017, del 27/12/2017.

29 Ley 26856, BO 23/05/2013, de publicación íntegra de acordadas y resoluciones. Su artículo 4 establece: "Las cuestiones a dirimir en los acuerdos y reuniones que lleve a cabo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que tengan por objeto el dictado de sentencias, acordadas o resoluciones, deberán ser publicadas en el diario judicial con antelación mínima de cinco (5) días de la fecha de la reunión que corresponda".

30 Acordada 42/2017, del 27/12/2017.

específico aspecto mediante la indicación –bajo forma de registro en el sistema de gestión Lex 100, accesible por las partes– de que el expediente se halla en condiciones de ser llevado al acuerdo.

Más allá de lo sana y adecuada que resulta la disidencia reseñada de cara a la previsibilidad a nivel de las partes, se advierte en torno a la redacción del artículo 4 de la Ley 26856 que el Legislador no mandó a publicar con cinco días de antelación el nombre de la causa a ser fallada, sino que aspiraba a que se publicaran "las cuestiones a dirimir" en el acuerdo con cinco días de anticipación. Esta manda legislativa resulta llamativa, pues los jueces no dirimen "cuestiones", sino que fallan "casos o controversias". Además, mandar a publicar las "cuestiones a dirimir" no se condice con el modelo de la Suprema Corte estadounidense, que no publica cuáles son las "cuestiones a dirimir", sino que hace públicos, en su web, la enumeración de casos concedidos solo mediante inclusión del nombre de la parte apelante y el de la parte apelada,[31] sin referencia alguna a la cuestión a dirimir.

Esta segunda experiencia en torno a la Ley 26856, de 2013, pone en evidencia no ya un avance del Legislador, sino su imprevisión, pues incluyó objetos a publicar que ya se hallaban bajo el deber de ser publicados desde años ha (artículo 1, en lo relativo a sentencias de la Corte Suprema) y avanzó sobre la potestad reglamentaria autónoma de la Corte Suprema al mandarla a publicar las "cuestiones a dirimir" cuando ello no se condice ni con la realidad ni con la experiencia comparada que históricamente se ha empleado como referente y que enseña sobre la publicación de causas –recursos concedidos, que serán argumentados oralmente ante el pleno del Tribunal– mediante identificación de las partes.

2.1.6. Efectos

El ejercicio de la competencia reglamentaria de tipo autónoma como la aquí descripta posee la virtualidad de poder redundar en la pirámide de la Justicia federal, en delegación intrajudicial, interorgánica, por parte de la Corte Suprema a favor de las Cámaras federales[32] o, en su caso, a favor del Consejo de la Magistratura.[33]

---

31 Puede verse un ejemplo para 2020 en Suprema Corte de los Estados Unidos (2020).

32 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Guardia, Carlos Eduardo y otra*, Fallos: 307:1466, del 22/08/1985, considerando 11°, con cita de la Acordada 65/1984, del 23/10/1984. Un ejempo puede verse en: *Acordada 20/1981*, Fallos: 302:25, del 25/06/1981.

33 Ver Acordada 11/2004, del 25/03/2004, título y artículo 1; Acordada 26/2007, del 25/10/2007, artículo II.

A modo de ejemplo, bajo el Reglamento para la Justicia Nacional, la Corte Suprema delega a las cámaras y juzgados el registro de empleados y funcionarios.[34] Es una delegación interorgánica, intrajudicial, que posee un similar –aunque no identidad– en la pirámide jerárquica de la Administración pública y en el seno de los entes descentralizados de esta última.

2.1.7. Síntesis parcial

En conclusión, corrobora el encuadre de "reglamento interno" aquí adoptado –en cuanto a las tres acordadas reseñadas– la propia Acordada 42/2017,[35] que invoca las facultades emergentes del artículo 113 de la CN. Esa fuente directamente constitucional habilita el ejercicio de competencia reglamentaria autónoma, que no requiere ley habilitante previa. Dentro del ámbito que crea el artículo 113, son variadas las reglamentaciones internas que la Corte Suprema, en forma autónoma, puede emitir a fin de corregir carencias que haya detectado (en las experiencias reseñadas, información que tenía que ser dada a publicidad) sin que medie ley previa. Esas reglamentaciones aparecen como proactivas y previsoras. El dictado de reglamentos internos, que trasuntan el ejercicio de competencia reglamentaria autónoma no necesitada de una ley previa, estará sujeto al claro límite de las materias reservadas al Legislador (por ejemplo, mediante un reglamento interno del artículo 113 no se podría crear una cámara federal de apelaciones). Por último, cuando se halle en juego el ejercicio de competencia reglamentaria autónoma bajo ese artículo de la Constitución, y no obstante ello medie ley previa, se impone, en la etapa de proyecto y sanción del reglamento interno respectivo bajo el artículo 113, detectar posibles avances del Legislador o incluso alguna imprevisión o desconocimiento por parte de este. Resultará clave, en este aspecto, una buena *liaison* comunicacional entre las ramas judicial y legislativa de gobierno.

2.2. Rango infraconstitucional

Diversas leyes habilitaron a la Corte Suprema para ejercer competencia regla-

34 Acordada s.n., *Reglamento para la Justicia Nacional*, del 17/12/1952, BO 22/04/1953, publicada en Fallos: 224:575, artículo 33: "Las cámaras y los juzgados llevarán un registro de sus funcionarios, empleados y meritorios con los datos que se requieran en las planillas que a ese efecto distribuirá la Corte Suprema [...]".

35 Acordada 42/2017, del 27/12/2017.

mentaria. Ya en 1862, la Ley 27,[36] artículo 11 estableció que: "La Corte nombrará y podrá remover sus empleados subalternos. Además de su reglamento interno, dictará otro uniforme para todos los Juzgados de Sección [...]"; este último fue dictado el 12 de octubre de 1863.[37] A su turno, la Ley 48,[38] de 1863, en su artículo 18 prescribió: "La Corte Suprema podrá establecer los reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos, con tal que no sean repugnantes a las prescripciones de la Ley de Procedimientos". De este lenguaje puede inferirse, literalmente, que el límite estaba dado por esa ley procedimental (por ejemplo, no agraviar el debido proceso o la defensa en juicio, tal vez mediante una sentencia no motivada).[39] Con visión más general, y dentro de la lógica de la supremacía constitucional, podría también haberse inferido que el límite estaba dado por la Norma Fundamental misma, ya que no se podrían haber dictado reglamentos repugnantes a esta.

Asimismo, la Ley 4055,[40] de 1902, fijó un deber en materia reglamentaria en su artículo 10: "La Suprema Corte [deberá] dictar los reglamentos convenientes para procurar la mejor administración de justicia". Nótese, en este texto, el límite dado por la "mejor" administración de justicia.

Por su parte, la Ley 13998,[41] de 1950, sobre integración de la justicia federal y la local de la Capital Federal, en su artículo 21 estableció: "La Corte Suprema de Justicia [...] [d]ictará su reglamento interno y económico y ejercerá superintendencia sobre todos los tribunales de la Nación, en la forma que se establezca en sus reglamentos". En este texto se suma el capítulo "económico" y también se adicionan los reglamentos de superintendencia sobre todos los tribunales de la nación.

Posteriormente, el Decreto-ley 1285/1958[42] incluyó en su artículo referencias a la pluralidad de reglamentos de la Corte Suprema.[43] Empero, su artículo

---

36 Ley 27, del 13/10/1862, R.N, tomo IV 1857-1862, p. 496.

37 Reglamento para los juzgados seccionales, Fallos: 1:11, del 12/10/1863.

38 Ley 48, del 14/09/1863, R.N., tomo 1863-1869, p. 49.

39 Ampliar en Garay (2015, p. 17, nota al pie 34) *in fine*, donde se refiere a los artículos 13 y 14 de la Ley 50, del 25/08/1863.

40 Ley 4055, del 8/01/1902, R.N., tomo 1902-I, p. 100.

41 Ley 13998, BO 11/10/1950.

42 Decreto-ley 1285/1958, BO 7/02/1958, ratificado por la Ley 14467, BO 29/09/1958.

43 Decreto-ley 1285/1958, BO 7/02/1958, ratificado por la Ley 14467, BO 29/09/1958, artículo 12 (prescindencia del título de abogado); artículo 13 (forma de nombramiento y remoción de funcionarios y empleados que dependan de la Justicia de la Nación y otras cuestiones vinculadas a ellos); artículo 15 (derechos, deberes, responsabilidades e incompatibilidades de magistrados, funcionarios,

21 –que reiteraba que la Corte Suprema "dictará su reglamento interno y económico y el reglamento para la Justicia nacional, estableciendo las facultades de superintendencia de la Corte Suprema y tribunales inferiores"– fue modificado en 2013 por la Ley 26853,[44] artículo 13, eliminándose ese texto entrecomillado y substituyéndolo por otro que establece la cantidad de jueces de la Corte Suprema, y, en virtud de su artículo 4, la Ley 27500 derogó casi toda "la ley 26.853, excepto su artículo 13", que, como vimos, establece la cantidad de jueces de la Corte Suprema.

Finalmente, la Ley 25488,[45] de 2001, de modificación del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), en su artículo 4 estableció: "[...] La Corte Suprema de Justicia de la Nación queda facultada para dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de las normas y fines de esta reforma".[46]

2.2.1. ¿Qué evidencian estas leyes?

Todas las leyes recién enumeradas, a primera vista, reconocen o atribuyen poder reglamentario en la Corte Suprema.

Se tratará, por cierto, de aquella porción de poder reglamentario que asiste a la Corte Suprema "por fuera" del artículo 113 de la CN. Ello, pues, como vimos en el apartado 2.1.2., el artículo 113 coloca directamente en cabeza de

empleados y auxiliares de la Justicia de la Nación); artículo 16 (sanciones a magistrados, funcionarios, empleados y auxiliares de la Justicia de la Nación); artículo 23 (facultad de la Corte de dividirse en salas); artículo 25 (deber de las cámaras nacionales de apelaciones de dividirse en salas); artículo 48 (reglamentar la organización y funcionamiento de la oficina de mandamientos y notificaciones, sobre la cual la Corte Suprema ejerce superintendencia); artículo 52 (reglamentos de auxiliares de la justicia nacional); artículo 53 (reglamentos de la Corte Suprema para designación y remoción de empleados); artículo 58 (reglamentos con recaudos sobre presentes en actos de autopsia); artículo 61 (reglamentos de la Corte Suprema sobre peritos ingenieros o traductores); artículo 62 (reglamentos de distribución de tareas).

44 Ley 26853 de creación de cámaras federales de casación, BO 17/05/2013 (vigencia: a partir de su publicación; una vez constituidas las Cámaras y Salas creadas por la Ley 26853, será de aplicación a todos los juicios, aún a los que se encuentren en trámite).

45 Ley 25488, BO 22/11/2001, modificatoria del CPCCN.

46 Además, en el articulado del CPCCN se prevén diversos reglamentos de la Corte Suprema: así, el artículo 455 sobre reglamento de determinación de funcionarios exceptuados de la obligación de comparecer a prestar declaración; el artículo 570 sobre reglamento, emanado de la Corte Suprema o las cámaras, sobre subastas progresivas, entre otros supuestos. Sin embargo, la Corte Suprema, en *Sprayette* (no publicado en la Colección de Fallos, del 1/07/2014) no aludió al ejercicio de una competencia "delegada" por la Ley 25488, sino a la potestad "reconocida" por el artículo 18 de la Ley 48, facultad "inalterada" por otras leyes, incluyendo la Ley 25488 (considerando 2º).

la Corte Suprema –por "delegación" del Constituyente, si se quiere, o, mejor dicho, por "creación" de este– una competencia reglamentaria de fuente textual constitucional enderezada primigeniamente al plano intrapoder, internamente interorgánico, sin perjuicio de eventuales efectos o beneficios hacia terceros. Esa competencia originada en el artículo 113 habilita el dictado de lo que denominamos "reglamentos autónomos" emanados de la Corte Suprema, no dependientes de una ley previa, reglamentos autónomos sujetos a los límites y advertencias ya sugeridos.

En cambio, en el campo de los artículos transcriptos precedentemente, estamos ante materias no ya internas, administrativas en sentido genérico (por oposición a jurisdiccional), sino ante materias propias de la jurisdicción que ya han comenzado a tener "principio de regulación" o "principio de reglamentación" por el Congreso bajo el artículo 75, inciso 20 de la CN o bajo los artículos 116 y 117 de la CN.

2.2.2. Abordaje epistemológico

La muestra legislativa reseñada, entonces –con exclusión de toda referencia a un "reglamento interno" por corresponder este a la provincia del artículo 113 de la CN–, es pasible de ser visualizada, al menos, desde dos plataformas epistemológicas alternativas.

Por un lado, esas leyes pueden concebirse como "leyes delegantes" del Congreso (delegante) a favor de la Corte Suprema (delegataria o recipiente de la delegación legislativa), que redundarán en "reglamentos delegados" emanados de esta.

Por otro lado, también puede apreciárselas como "leyes pasibles de reglamentación de ejecución de las leyes", v.gr., leyes que en sí mismas fijan lineamientos generales que la Corte Suprema reglamentará mediante lo que conocemos como "reglamentos de ejecución de las leyes".

Así, aparecerá replicado en esta propuesta interpretativa y respecto a la Corte Suprema lo que se advierte sobre la competencia reglamentaria del Poder Ejecutivo, bajo el artículo 76 de la CN y bajo el artículo 99, inciso 2 de la CN, los cuales, respectivamente, habilitan al titular del Poder Ejecutivo a dictar reglamentos delegados y reglamentos de ejecución de las leyes.[47]

Veamos, ahora, lo relativo a cada una de esas dos plataformas de análisis.

---

47 El paralelo con los restantes poderes puede construirse a partir de la máxima según la cual la Corte Suprema "representa en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional, y es

2.2.3. Delegación legislativa en la Corte Suprema

Es menester formular una casi innecesaria distinción entre lo que en el apartado 2.1. me permití denominar "delegación" (o, tal vez, "creación") del Constituyente a favor de la Corte Suprema bajo el artículo 113 de la CN, que habilita a la Corte Suprema a dictar reglamentos autónomos, por un lado, y, por el otro, el supuesto de competencias que el Legislador delega en el máximo Tribunal luego de haber legislado la materia bajo el artículo 75, inciso 20 de la CN, o bajo los artículos 116 y 117 de la CN,[48] supuestos en los que el Legislador fija el estándar y la Corte Suprema provee los detalles.

A modo de ejemplo, comparemos el dictado por la Corte Suprema de, por un lado, su régimen de contrataciones, medida de alcance general de tenor primordialmente interno sin perjuicio de sus efectos y tal vez beneficios hacia terceros, y, por otro lado, la reglamentación de las formalidades del recurso extraordinario de la Ley 48. En el primer caso, la competencia surge del artículo 113 de la CN y se manifestará en reglamentos autónomos; en el segundo, se tratará de una competencia normativa emanada del órgano judicial especializado, enderezada a proveer los detalles de la ley formal. En un caso se tratará de una atribución dispuesta por el Constituyente que no requiere ley previa (Bielsa, 1959, p. 753); en el segundo caso se dictarán reglamentos sobre tramitación de ciertos pleitos, cuyas disposiciones "vinculan a los tribunales con las partes o litigantes respecto de ciertos actos, por lo que no pueden llamarse internos [...] sino *delegados*" (Bielsa, 1959, p. 753),[49] aspecto en el que coincide Bianchi (1990, p. 231).

La distinción formulada halla quicio en *Fabris*,[50] en el cual se consideró que las acordadas en cuestión habían sido dictadas en virtud de una "competencia delegada" por una ley del Congreso. En el mismo lugar se diferenció entre este ejercicio de esa competencia delegada, por un lado, y la competencia privativa que habilita el artículo 113 de la CN para dictar el reglamento interno, por el otro.[51]

---

tan independiente en su ejercicio como el Congreso en su potestad de legislar, y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones", cfr. *Fisco Nacional c/Ocampo, Manuel*, Fallos: 12:134, del 8/08/1872, esp. p. 155.

48 Ver, por ejemplo, *Rabinovich, Héctor c/Videla, Horacio Germán y otros*, Fallos: 315:2113, del 17/09/1992; *Basso, Jorge c/ocupantes Hipólito Yrigoyen 4117/21*, Fallos: 317:547, del 31/05/1994.

49 Énfasis en el original.

50 *Fabris, Marcelo H. c/Estado Nacional (Poder Judicial de la Nación)*, Fallos: 311:1517, del 22/08/1988. En igual sentido, *Herrera, Lucio Eduardo c/Estado Nacional s/nulidad de resolución y cobro de haber*, Fallos: 313:427, del 6/04/1990.

51 *Fabris, Marcelo H. c/Estado Nacional (Poder Judicial de la Nación)*, Fallos: 311:1517, del 22/08/1988,

Esta posibilidad de delegación legislativa, con el Congreso como delegante a favor de la Corte Suprema como delegataria, mediante una ley habilitante cuya materia sea proveniente del artículo 75, inciso 20 de la CN, o de los artículos 116 y 117 de la CN, halla hoy fundamentos no solo en la doctrina (Bianchi, 1990, pp. 231-232; Bielsa, 1959, p. 752), sino también en:

1. una lectura originalista del artículo 76 de la CN, emanado de un Constituyente de 1994 centrado en evitar la experiencia generada por el fallo *Cocchia*,[52] de 1993, pero no tan preocupado respecto a otras ramas de gobierno en tanto delegatarias;
2. una lectura apegada al texto del artículo 76 de la CN, tal que la prohibición recaiga únicamente sobre el Poder Ejecutivo y le esté permitido al Congreso delegar en un órgano que no sea el Poder Ejecutivo;[53]
3. la invocación de los poderes implícitos del Congreso, que le permiten a este dictar leyes delegantes con la Corte Suprema como delegataria para poner en ejercicio los poderes del artículo 75 de la CN;[54]
4. la experiencia histórica nos enseña que la Ley 48,[55] de 1863, artículo 18 (ya transcripto y vigente)[56] delegó, en forma expresa y limitada, en la Corte Suprema el establecimiento de aquellos reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos, y el ejercicio de esa delegación se puso de manifiesto en diversas acordadas en las que se ejerció poder delegado por la norma citada con expresa invocación de esta;[57]

---

considerando 4º.

52 *Cocchia, Jorge Daniel c/Estado Nacional y otro s/acción de amparo*, Fallos: 316:2624, del 2/12/1993. En el caso, se convalidó la modificación de un convenio colectivo de trabajo mediante un reglamento delegado. Ampliar en: Santiago (2014, pp. 1398-1400).

53 Este argumento es recordado, dentro de una "tesis permisiva" en Sagüés (2019, pp. 395-400), esp. p. 396, en la que lo califica como "argumento clave".

54 Idem nota al pie 50, *supra*.

55 Ley 48, del 14/09/1863, R.N., tomo 1863-1869, p. 49.

56 No podría decirse que lo previsto en el artículo 18 de la Ley 48 quedó tácitamente abrogado por el Decreto 1285/1958; este, como ya vimos, menciona diversos reglamentos dictados o a dictarse; en cambio, aquel fija una competencia con carácter genérico y asertivo.

57 Ver, citando el artículo 18 de la Ley 48 en forma expresa: "*Acuerdo disponiendo la distribución de causas, turno y forma de reemplazo de los jueces federales de las secciones de Buenos Aires y Santa Fe,* Fallos: 82:12, del 4/02/1902; *Acuerdo disponiendo la distribución de causas, turno, personal de los juzgados federales de Rosario*, Fallos: 99:13, del 19/02/1907; *Acuerdo disponiendo la distribución de causas y determinando el turno de los procuradores fiscales en lo federal de la sección de la Capital*, Fallos: 99:16, del 13/04/1907; *Acuerdo disponiendo la distribución de causas y determinando el turno de los defensores de pobres, incapaces y ausentes ante la Justicia federal de la Capital*, Fallos: 99:17, del 28/05/1907; *Turnos de los defensores oficiales de la Capital*, Fallos: 201:8, del 11/08/1944; *Turno de los procuradores fiscales*, Fallos: 207:12, del 31/12/1946, entre otros.

5. en el plano fáctico, con posterioridad a 1994, se sancionaron leyes que delegan competencias normativas en el Alto Tribunal; así, por ejemplo, la Ley 25488, modificatoria del CPCCN,[58] o la Ley 26855,[59] y no cabe imaginar la inconsecuencia del Legislador al sancionar esas leyes conociendo la prohibición establecida en el artículo 76 de la CN y los bordes exactos de sus alcances;
6. fundamentos de especialización tornan a la Corte Suprema en idónea a los fines de reglamentar la ley, delegación del legislador mediante, y a su *know how* se le suma la posible rapidez en el obrar, pues es un cuerpo colegiado reducido;[60]
7. la propia Corte Suprema ha afirmado que la reforma constitucional de 1994

Más modernamente cabe citar la Acordada 28/2004, *Amigos del Tribunal*, BO 20/07/2004, del 14/07/2004, considerando 3º con cita del artículo 18 de la Ley 48; y la Acordada 12/2016, *Reglamento de actuación en procesos colectivos*, BO 8/04/2016, del 5/04/2016, considerando 9º con cita del artículo 18 de la Ley 48 y atento a la ausencia de una ley reguladora de esa clase de procesos según se considera en su considerando 10º.

Empero, nótese que la mayoría que suscribe la Acordada 4/2007, BO 21/03/2007, del 21/03/2007, sobre recurso extraordinario y recurso de queja por denegación, considerando 2º cita "la ley del 14 de septiembre de 1863", es decir, la Ley 48, pero sin individualización de su artículo 18. Ello, a diferencia del voto del juez Fayt en dicha acordada, que considera que "la sistematización de los recaudos de que se trata sólo pone en ejercicio las atribuciones estrictamente reglamentarias, con que cuenta esta Corte en los precisos y concordes términos contemplados por los arts. 18 de la ley 48 [...]".

58 Ley 25488, citada en nota al pie 38, *supra,* cuyo artículo 4 establece que "La Corte Suprema de Justicia de la Nación queda facultada para dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de las normas y fines de esta reforma". Sin embargo, en la Acordada 20/2012, del 30/10/2012, se considera que bajo el artículo 4 de la Ley 25488 "corresponde a la Corte Suprema la facultad de dictar las medias reglamentarias [...]", sin aludirse a delegación legislativa alguna.

59 Ley 26855, BO 27/05/2013, modificatoria de la Ley 23853, BO 24/10/1990, que establece que la Corte Suprema de Justicia de la Nación preparará el presupuesto de gastos y recursos del Poder Judicial de la Nación. El artículo 8 de la Ley 23853 hoy establece: "A los fines establecidos en la presente ley y bajo el estricto respeto a los principios de transparencia en la gestión y eficiencia en el uso de los recursos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tendrá amplias facultades para establecer aranceles y fijar sus montos y actualizaciones [...]".

Se convalidó dicha delegación en *Asociación por los Derechos Civiles c/Estado Nacional Ley 26124 s/ amparo*, Fallos: 333:1251, del 3/08/2010, esp. considerando 5º: "[...] el artículo 8 de la ley 23.853, confirió a la Corte la facultad de establecer aranceles y fijar sus montos y actualizaciones, [...] y dentro de esa delegación de atribuciones se encuentra la posibilidad de adecuar el monto proporcional o fijo de la queja establecida en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [...]". También se invoca la "delegación de atribuciones" a favor de la Corte Suprema en *Oviedo, Carlos Alberto c/Marcone, Élida y otro*, Fallos: 331:419, del 11/03/2008; *Thierbach, Carlos Alberto c/ Macellaro, Jorge Carlos y otro s/consignación*, Fallos: 330:3771, del 28/08/2007; *Fontenova, Humberto y otra c/Sala, Arturo Julio y otra*, Fallos: 330:2900, del 3/07/2007, entre otros.

En cierto modo, es como un regreso a *Vila, Juan Diego c/Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Fallos: 310:576, del 9/03/1987, considerando 11°, en el que se aludió a "la ley 23199 que delegó en la Corte la reglamentación [...]", agregándose que esta, mediante las Acordadas 43 y 50, no excedía notoriamente los alcances de la ley.

60 Ver Sagüés (2019, p. 399), quien advierte que las dificultades en la labor reglamentaria del Alto Tribunal se sobrellevan si esta es "limitada a cuestiones tribunalicias, particularmente procesales".

no ha modificado la delegación del Legislador por medio del artículo 8 de la Ley 23853 de Autarquía Judicial;[61]

8. un argumento hábil, asimismo, para despejar dudas sobre la viabilidad de esa delegación legislativa a favor de la Corte Suprema –en especial atento al "plazo" requerido en el artículo 76 de la CN– hace a las características propias de las normas reguladoras de cuestiones jurisdiccionales: los cambios en ellas son infrecuentes[62] y ello demuestra, además de confianza del Legislador hacia la Corte Suprema y su potestad reglamentaria para reglar detalles de esas leyes (como para hacerla beneficiaria de delegación o atribución de competencias normativas), la procedencia de una distinta visión del "plazo de la delegación", inaplicable como recaudo a la delegación de atribuciones a la Corte Suprema para reglamentar aspectos propios de su labor jurisdiccional.[63]

Por cierto, la delegación del Poder Legislativo a favor de la Corte Suprema excluirá las materias involucradas en la delegación del Constituyente a favor del Consejo de la Magistratura de la Nación en el artículo 114, inciso 6 de la CN. Ello se debe, primero, a que hay áreas que la Constitución enuncia como propias de dicho Consejo (Badeni, 2010, p. 837); segundo, a que el Congreso no podría "delegar en la Corte Suprema algo que constitucionalmente no es suyo sino del Consejo" (Sagüés, 2019, p. 396), sin perjuicio de las potestades de revisión judicial última de la Corte Suprema,[64]

Por último, la experiencia estadounidense sobre competencia reglamentaria que la Corte Suprema recibe por delegación del Legislador enseña sobre una

---

61 Ampliar en Castro Videla y Maqueda Fourcade (2018, pp. 147-150) con cita de *Asociación por los Derechos Civiles c/Estado Nacional – Ley 26122 s/amparo*, Fallos: 333:1254, del 3/08/2010, considerando 5º y sus citas de *Fontenova, Humberto y otra c/Sala, Arturo Julio y otra*, Fallos: 330:2900, del 3/07/2007. Acerca de la Ley 23853 de Autarquía Judicial y las facultades por ella otorgadas a la Corte Suprema, ver Santiago (2014, pp. 1324-1325).

62 Consideremos entre 1991 y 2012: La Ley 23774, BO 16/04/1990, con el artículo 280 para desestimar apelaciones extraordinarias carentes de trascendencia; la Ley 25587, BO 26/04/2002, o ley antigoteo, que derogó el recurso del 195bis del CPCCN para recurrir medidas cautelares; la Ley 26025, BO 22/04/2005, de solidaridad previsional, que derogó el recurso ordinario previsional; la Ley 26790, BO 4/12/2012, que estableció el recurso extraordinario por salto de instancia (*per saltum*).

63 No percibo que ello implique construir una provincia de delegación legislativa por fuera del artículo 76 de la CN, sino leer dicho artículo de cara a un valor o finalidad –llevar adelante la labor jurisdiccional– ajeno a las materias de Administración o a la emergencia.

64 Acerca de esta calidad de la Corte Suprema como intérprete final, ver Sacristán (2017, pp. 143-151).

primera manifestación en la Judiciary Act de 1789.[65] Esa muestra fue potenciada, muchos años después, en la Rules Enabling Act[66] de 1934 (preanunciada por la convalidación jurisprudencial de la delegación en *Wayman v. Southard*, de 1825)[67]. Podría decirse que este esquema delegativo que asigna poder discrecional para emitir reglas al órgano judicial responde a un enfoque que hoy no diferiría tanto de la competencia que, por delegación del Legislador, la Corte Suprema argentina recibe bajo la Ley 25488,[68] de 2001, artículo 4 ("dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de las normas y fines de esta reforma"). Pero más allá del "esquema", el "alcance" de la delegación en la Corte Suprema argentina, bajo el precitado artículo 4 en tanto leído literalmente, podría visualizarse como menos amplio por verse acotado a ese mejor cumplimiento "de las normas y fines" de la reforma procesal. Empero, acordadas dictadas con posterioridad a 2001 podrían llevar a una conclusión diversa: un criterio amplio, no acotado a esa reforma.[69]

Más allá del alcance menos o más amplio que pueda merecer la delegación bajo el artículo 4, lo cierto es que la delegación legislativa a favor de la Corte Suprema –huelga reiterarlo– es ajena al artículo 113 de la CN (norma que, además, no tiene paralelo en la Constitución estadounidense) y mora en la provincia de los artículos 75, inciso 20 y 116 y 117 de la CN.[70]

---

65 *Statute I. Sept 24, 1789, Chap. XX. An Act to establish the Judicial Courts of the United States*, First Congress, Sess. I, Ch. 20. 1789 Disponible en: https://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=001/llsl001.db&recNum=214.
Su Sección 32 establecía que cualquiera de los *courts* estadounidenses podría, discrecionalmente, prescribir reglas procesales ("And the said courts respectively shall and may, by virtue of this act, from time to time, amend all and every such imperfections, defects and wants of form [...] and may, at any time permit either of the parties to amend any defect in the process or pleadings, upon such conditions as said courts respectively shall, in their discretion, and by their rules prescribe"). Es clara la influencia de la consagración de esta potestad reglamentaria o de emisión discrecional de reglas en el texto del artículo 18 de la Ley 48.

66 Rules Enabling Act, 28 U.S.C., § 2071.

67 *Wayman v. Southard*, 23 U.S. (10 Wheat.) 1 (1825), sobre delegación del Congreso federal en las legislaturas locales, esp. pp. 22-23: "No se sostendrá que el Congreso puede delegar, en los tribunales o en cualquier otra corte, facultades que son estricta y exclusivamente legislativas. Pero el Congreso ciertamente puede delegar, a otros, poderes que la legislatura podría legítimamente ejercer por sí" ("It will not be contended that Congress can delegate to the courts or to any other tribunals powers which are strictly and exclusively legislative. But Congress may certainly delegate to others powers which the legislature may rightfully exercise itself"). Ampliar en Bianchi (1990, p. 232); Whittington y Iuliano (2017, pp. 394-395).

68 Ley 25488, BO 22/11/2001, modificatoria del CPCCN.

69 Ver, por ejemplo, Acordada 32/2014 de Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, considerando 9º *in fine*, con expresa invocación del artículo 4 de la Ley 25488.

70 Confrontar disidencia de los jueces Belluscio, Fayt y Vázquez en Acordada 28/2004, *Amigos del Tri-*

Es claro que el campo de acción de las dos leyes estadounidenses mencionadas alcanza a tribunales federales no comprendidos en los límites del presente trabajo. Nótese, en especial, que la Rules Enabling Act, en su § 2071, establece: "La Corte Suprema y todos los tribunales creados por ley del Congreso pueden, de tanto en tanto, prescribir reglas para la conducción de su quehacer. Tales reglas serán coherentes con las leyes del Congreso y las reglas de práctica y procedimiento prescriptas bajo § 2072 de este título".[71]

Ciertamente, y como acotación adicional relativa a nuestro ordenamiento, el ejercicio de competencia delegada traerá aparejadas facultades expresas y, además, implícitas.[72]

2.2.4. Ejecución de leyes del Congreso por la Corte Suprema

Desde una perspectiva alternativa, también puede advertirse en la actividad reglamentaria de la Corte Suprema una labor de puesta en ejecución de las leyes sin que medie una expresa delegación y en un contexto en el que se impone reglamentar o proveer detalles a los fines de posibilitar la aplicación de la ley formal mediante "reglamentos de ejecución" o "reglamentos ejecutivos", como los que puede dictar el Poder Ejecutivo bajo el artículo 99, inciso 2 de la CN. Nuevamente, se tratará de leyes cuya materia sea la del artículo 75, inciso 20 de la CN o la de los artículos 116 y 117 de la CN y que requieran reglamentación.

Ejemplos antiguos pueden divisarse en una acordada de 1919, "reglamentando la Ley 10996",[73] o en una resolución dictada en torno a la aplicación de la Ley 14237,[74] en la cual se consideró "conducente" declarar "por vía reglamentaria" cuál iba a ser el campo de aplicación de esa ley. Otro ejemplo surge

bunal, BO 20/07/2004, del 14/07/2004, Fallos: 327:2997, esp. considerando 2º, en el que rechazan la posibilidad de que se dicte dicha Acordada bajo el artículo 113 de la CN, cuando la mayoría, en el considerando 3º, invoca el artículo 18 de la Ley 48. En otras palabras, lo que la disidencia concibe como un reglamento autónomo es, con todo acierto para la mayoría, un reglamento delegado.

71 "The Supreme Court and all courts established by Act of Congress may from time to time prescribe rules for the conduct of their business. Such rules shall be consistent with Acts of Congress and rules of practice and procedure prescribed under section 2072 of this title".

72 Ver, a modo de ejemplo, *Acordada sobre constitución de los tribunales de enjuiciamiento de los magistrados de la Justicia nacional*, Fallos: 215:365, esp. p. 365.

73 *Acordada dictada por la Corte Suprema de la Nación reglamentando la ley número 10996 sobre el ejercicio de la procuración*, Fallos: 131:5, del 29/11/1919.

74 *Aplicación de las disposiciones de la Ley 14237*, Fallos: 228:45, del 8/03/1954. La Ley 14237, BO 19/10/1953, derogada por la Ley 17454, BO 7/11/1967, modificó el Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial en la Capital Federal.

de *Siragusa*, en el que la propia Corte Suprema calificó a su acordada como "reglamentaria de la ley".[75] También se detecta espacio para la ejecución de leyes en la Ley 26685,[76] de 2011, por la cual la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura de la Nación, conjuntamente, "reglamentarán" la utilización del expediente electrónico.

2.2.5. Efectos

Tanto el ejercicio de la competencia reglamentaria por mediar delegación legislativa como la resultante del ejercicio de facultades para poner en ejecución la ley poseen la virtualidad de poder redundar, en la pirámide de la Justicia federal, en delegación intrajudicial, interorgánica, por parte de la Corte Suprema a favor de las Cámaras federales.[77] Similar razonamiento es aplicable al supuesto de delegación a favor del Consejo de la Magistratura,[78] hipótesis que se confirma con la Corte Suprema como revisora última de las decisiones de aquel.

2.2.6. Las materias de la delegación o de la ejecución de las leyes

Se adopte una u otra visión respecto a la ley de Congreso en tanto habilitante de la competencia reglamentaria de la Corte Suprema por delegación legislativa o por ejecución de las leyes, es claro que la principal limitación surgirá de la materia de la ley.

Ya dijimos que nos hallamos, en este campo, no ya ante competencia autónoma dispuesta por el artículo 113 de la CN, sino ante leyes dictadas al amparo de los artículos 116 y 117 de la CN o del artículo 75, inciso 20 de la CN, que dejan

---

75 *Siragusa Virzi, Eugenio*, Fallos: 285:391, del 3/05/1973, con remisión al dictamen de la Procuración General, esp. 392.

76 Ley 26685, BO 7/07/2011, que establece: "Artículo 1º. Autorízase la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. Artículo 2º: La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Consejo de la Magistratura de la Nación, de manera conjunta, reglamentarán su utilización y dispondrán su gradual implementación".

77 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Guardia, Carlos Eduardo y otra*, Fallos: 307:1466, del 22/08/1985, considerando 11°, con cita de la Acordada 65/1984, del 23/10/1984. Un ejemplo puede verse en: Acordada 20/1981, Fallos: 302:25, del 25/06/1981.

78 Ver Acordada 11/2004, del 25/03/2004, título y artículo 1º; Acordada 26/2007, del 25/10/2007, artículo II.

espacio para el ejercicio de competencia delegada o para la ejecución de las leyes por parte de la Corte Suprema. Nos hallaremos, por ende, ante lo que genéricamente podemos denominar "leyes de organización del Poder Judicial". Esas leyes comprenderán, desde un punto de vista general, dos grupos: (i) leyes que establezcan estructuras y sus competencias; y (ii) leyes que fijen los procedimientos.

Como ejemplo de ley de establecimiento de estructura y asignación de competencia consideremos el supuesto de la "Sala Electoral", creada por la Ley 19108,[79] de 1971, dentro la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo de la Capital Federal y que posteriormente, por la Ley 19277, fue transformada en la Cámara Nacional Electoral, con su estructura actual de tres jueces conformando una única sala. Este tipo de ley, por su materia, halla fuente en el artículo 75, inciso 20.

Como ejemplo de leyes que establecen procedimientos, consideremos la Ley 48,[80] en especial sus artículos 14 a 16, así como el artículo 24, inciso 2 del Decreto 1285/1958,[81] que establece que la Corte Suprema conocerá "por recurso extraordinario en los casos de los artículos 14 de la ley 48 [...]", o los artículos 256 a 258 del CPCCN sobre "apelación extraordinaria ante la Corte Suprema", o el artículo 286 del CPCCN, que establece el depósito por interposición de recurso de queja por denegación de recurso extraordinario. Este tipo de leyes, por su materia, enraíza en los artículos 116 y 117 de la CN.

Tanto las leyes del primer grupo como las del segundo son reglamentables por la Corte Suprema. Consideremos la Acordada 21/2007,[82] del 30/08/2007, que autorizó a la Cámara Nacional Electoral a disponer de los ingresos que obtenga en concepto de aranceles; o la Acordada 4/2007,[83] reguladora de las formalidades de los recursos extraordinarios y de queja; o la Acordada 40/2019,[84] que establece en 100 mil pesos el respectivo depósito.

---

79 Ley 19108, BO 12/07/1971, de Cámara Federal y Contencioso Administrativo.

80 Ley 48, del 14/09/1863, R.N., tomo 1863-1869, p. 49.

81 Decreto-ley 1285/1958, BO 7/02/1958, ratificado por la Ley 14467, BO 29/09/1958.

82 Acordada 21/2007, del 30/08/2007.

83 Acordada 4/2007, BO 21/03/2007, del 21/03/2007.

84 Acordada 40/2019, BO 30/12/2019. Acerca de la fijación de tal monto por delegación legislativa en la Corte Suprema y la convalidación de aquella, ver, con provecho, Castro Videla y Maqueda Fourcade (2018, pp. 147-150).

2.2.7. Límites que acotan la potestad reglamentaria, delegada o de ejecución de las leyes, de la Corte Suprema

Pueden esbozarse aquí diversos límites que pesan sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Corte Suprema cuando ejerce competencia que le ha sido delegada por el Congreso o cuando dicta reglamentos de ejecución de la ley.

Primero, no podrían afectar el derecho de defensa ni el debido proceso, de raigambre constitucional, sea en su faz adjetiva como sustantiva, como sería el supuesto en el que se afecte la autonomía de la voluntad,[85] y en general no podría desoír la manda de razonabilidad del artículo 28 de la CN.

Asimismo, limitan la labor reglamentaria de la Corte Suprema las materias de reserva del Legislador.[86]

Además, el límite dado por la "mejor" administración de justicia, que parece privilegiar la eficacia de la labor jurisdiccional, no puede hacer caso omiso de requerimientos propios de una república, cual el acceso a las razones que motivan las decisiones del órgano estatal.[87] Y las consideraciones de eficacia no podrían hacer soslayar consideraciones de eficiencia.[88]

Por otro lado, la reglamentación judicial, enderezada a la ordenada tramitación de los pleitos, no puede ser repugnante a las prescripciones de la ley.[89] Es más, la calidad de regulador –o de emisor de reglas– que poseen los tribunales

---

85 Bajo la Acordada 12/2016, *Reglamento de actuación en procesos colectivos*, BO 8/04/2016, del 5/04/2016, el juez determina "los medios más idóneos para hacer saber a los demás integrantes del colectivo la existencia del proceso" (artículo VIII.2.), lo cual no es indicativo ni de *opt-in* ni de *opt-out*. Sin embargo, la experiencia nos muestra cómo el fallo *CEPIS* tuvo efectos expansivos alcanzando al colectivo de usuarios residenciales (excluyendo los usuarios pasibles de tarifa social) del servicio de gas, usuarios residenciales que no podían optar por quedar fuera (*opt-out*) de los efectos del fallo por hallarse la licenciataria bajo el deber de acatarlo. En otras palabras, un régimen de *opt-out* es, de hecho, autoritario y avasalla la autonomía de la voluntad, pues no se elige, sino que se padece la inclusión en el colectivo judicialmente definido; ampliar en Sacristán (2016, pp. 199-213) y sus citas en pp. 215-216 de *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985). Confrontar, mencionando la posibilidad de certificación de una clase mandatoria sin posibilidades de *opt-out*, Oyhanarte (2015, p. 498).

86 Por ejemplo, se ha afirmado que la extensión de los plazos procesales solo puede establecerse mediante ley y no por acordada, cfr. *Silva, Aníbal*, Fallos: 275:49, del 8/10/1969. Una definición brindada en la ley no puede ser modificada por medio de una acordada; cfr. dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, en *Arakaki, Marcela Noemí y otros c/E.N. - C.S.J.N. – Ac. 57/1992 s/empleo público*, Fallos: 326:4076, del 7/10/2003.

87 Tal la objeción que genera la ausencia de motivación de las desestimaciones bajo el artículo 280 del CPCCN, cuando, al tiempo de emitirse el fallo, se podría publicar, junto con este, el archivo en formato PDF de la decisión del superior tribunal de la causa. Se vuelve sobre ello *infra*.

88 A modo de ejemplo, Resolución s.n. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 228:44, del 25/02/1954, esp. p. 44.

89 *Peyrú, Diego Alberto s/pedido de extradición Embajada de la República de Chile*, Fallos: 316:1853, del 27/08/1993.

judiciales, y en especial la Corte Suprema,[90] se hallará sujeta a la regla de razonabilidad, límite aplicable a todo control de ejercicio de potestad reglamentaria.

En el específico campo de las contrataciones, un reglamento judicial que las regle tiene que asegurar no solo eficacia, sino también eficiencia, conforme modernos criterios de lucha contra la corrupción, con lo que la ineficacia y la ineficiencia constituyen limitaciones.[91]

Finalmente, la costumbre también constituye un límite y, como tal, tiene que poder ser acreditada a los fines de fundar la medida reglamentaria, no bastando a tal fin la mera declaración de que esta recoge la costumbre.[92] Hay un basamento de repetición o costumbre en la formación de las normas,[93] que se halla ligada a la reiteración, por un lado, y a la moral, por el otro. De tal suerte, el ejercicio de la potestad reglamentaria no solo hallará los límites ya reseñados de eficacia y de eficiencia, sino también de tenor ético.

---

90 Se toma la figura de Mulligan y Staszewski (2012, p. 1190).

91 Ver Ley 26097, BO 9/06/2006, artículo 7.I.a. Por otro lado, según la Ley 23853 de autarquía judicial, BO 24/10/1990, artículo 10, "El Poder Ejecutivo nacional juntamente con la Corte Suprema de Justicia de la Nación reglamentará la presente ley en los aspectos concernientes a la administración financiero-presupuestaria, de conformidad con los principios de transparencia en la gestión y uso eficiente de los recursos. Todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la ley 24.937 y sus modificatorias".

92 Ver el específico supuesto de la Acordada 4/2007, BO 21/03/2007, del 21/03/2007, motivada en requisitos emergentes de "reiterados y conocidos precedentes". Sin embargo, sus innovaciones en materia de tope expresado y en cantidad de páginas no hallan fundamento expreso alguno en la motivación de esa acordada o en otras fuentes accesibles emanadas de la Corte Suprema. Ese tope, expresado en cantidad de páginas, además no se corresponde con la Regla 33.1.(d.) de la Suprema Corte de los Estados Unidos, que establece la extensión del libelo no en cantidad de páginas, sino en cantidad de palabras. Las reglas de la Suprema Corte estadounidense, vigentes desde julio de 2019, pueden verse en: https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf.
Por ejemplo, un pedido de *certiorari* de la Regla 14 tiene, como tope, 9000 palabras. Según la Regla 11.1.(h.), basta, a los fines de la acreditación de la cantidad de palabras, la declaración jurada del letrado interviniente basada en el informe que el procesador de palabras brinda: un documento preparado bajo la Regla 33.1. debe hallarse acompañado por un certificado, firmado por el abogado, la parte no asistida por abogado, o quien prepare el documento, declarando que el escrito cumple con el límite de palabras. La persona que prepare el certificado puede sustentarse en el conteo de palabras del procesador de palabras empleado para preparar el documento. El procesador de palabras tiene que ser fijado para incluir notas al pie en el conteo de palabras. El certificado tiene que establecer la cantidad de palabras del documento. El certificado acompañará al documento cuando este sea presentando ante el *Clerk* para ser ingresado y será independiente de aquel. ("A document prepared under Rule 33.1 must be accompanied by a certificate signed by the attorney, the unrepresented party, or the preparer of the document stating that the brief complies with the word limitations. The person preparing the certificate may rely on the word count of the word-processing system used to prepare the document. The word-processing system must be set to include footnotes in the word count. The certificate must state the number of words in the document. The certificate shall accompany the document when it is presented to the Clerk for fling and shall be separate from it").

93 Ampliar en Ullmann-Margalit (1977, p. 83). Sobre el derecho judicialista, que consiste en un conjunto de costumbres normativas, ver, con provecho, Rivas (2019, pp. 113-114).

Hay, por cierto, un área "intersticial" de ejercicio de potestad reglamentaria que podría ser pasible de debate en cuanto a su origen en el artículo 113 de la CN, o en los artículos 75, inciso 20 y 116 y 117 de la CN, con lo que podría poner en juego los límites ya repasados sobre potestad reglamentaria autónoma basada en poderes inherentes y el rol de la Corte Suprema como guardián último de la Constitución, por un lado, o bien los límites precedentemente señalados.

3. El aporte de la experiencia estadounidense de cara a la potestad reglamentaria de la Corte Suprema argentina

¿Cómo pueden los párrafos precedentes contribuir a una adecuada visualización del Decreto 635/2020?[94]

En primer lugar, adviértase que dicho decreto se halla enderezado a la producción de una "descripción valorativa" que señale, en especial, "problemas que se observan para el correcto funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". Pues bien, el Alto Tribunal ya ha demostrado habilidad para detectar problemas y proveer soluciones, y eso es lo que hizo al dictar las Acordadas 32/2014 y 12/2016 de procesos colectivos con invocación de la ausencia de ley reguladora de estos.[95] También desplegó, antes que otros poderes del Estado, poder regulatorio en cuanto a los déficits de transparencia en la gestión y los solucionó mediante la sanción de pluralidad de acordadas que incluyen: las audiencias públicas para ciertas causas;[96] la bilateralidad en las entrevistas;[97] la institución de los *amicus curiae*;[98] el régimen del pedido de autos principales y pase a la Procuración General de la Nación;[99] la divulgación de los fallos de la Corte Suprema;[100] la publicidad de la circulación de expedientes;[101] la publicidad, en la página web de la Corte Suprema, de la lista de causas con posterioridad

94 Decreto 635/2020, BO 30/07/2020, creación del Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judical y del Ministerio Público.

95 Ampliar en Sagüés (2019, p. 400), quien señala que la Corte Suprema "había detectado en el Congreso una especie de inconstitucionalidad por omisión, al no regular los procesos colectivos y la *class action* encapsulados en el segundo párrafo del artículo 43 de la CN [...]".

96 Acordada 30/2007.

97 Acordada 7/2004.

98 Acordada 28/2004.

99 Resolución 217/2004, Fallos: 327:1378, del 24/02/2004.

100 Acordada 37/2003, del 18/12/2003.

101 Acordada 35/2003, del 11/12/2003.

a la celebración de cada acuerdo;[102] la asignación de trámite diferenciado para causas que involucren materias de trascendencia institucional,[103] tal que se debe "fijar la fecha del acuerdo en la que el asunto será considerado por el Tribunal".[104] Asimismo, se ha comenzado a posibilitar –varios clics mediante– el acceso a información relativa al cúmulo de sentencias descalificadas por arbitrariedad,[105] con relación al tribunal del cual hayan emanado, lo que es un incentivo válido para el control y la prevención de esa clase de sentencias.[106]

También ha detectado la Corte Suprema, como vimos antes, problemas propios del manejo de recursos extraordinarios y de queja cuando se carece de algún criterio de normalización o estandardización de dichas presentaciones. Ahora, la respuesta brindada mediante la Acordada 4/2007, como toda experiencia reguladora que en parte recoge costumbre y en parte innova,[107] es perfectible y requiere de revisiones. Consideremos, solamente, que la Suprema Corte estadounidense cuenta con sus propias *Rules* (que incluyen las formalidades de los pedidos de *certiorari*), pero esas reglas son objeto de permanente revisión y en promedio han sido modificadas cada cuatro años desde 1803,[108] y lo mismo tendríamos que esperar con relación a la precitada Acordada 4. Ello, en especial, de cara a objeciones relativas a la forma de establecimiento del tope en la extensión de los recursos en ella reglados.[109] Y, en general, ante la innega-

---

102 Resolución 642, del 17/04/2004.

103 Acordada 36/2003, del 18/12/2003.

104 Reglamento para la Justicia Nacional, artículo 84.

105 Resolución 801/2004, Fallos: 327:3004, del 13/05/2004, modificada por Acordada 51/2009, del 29/12/2009, artículo 8 (esta última, a su vez, fue modificada por la Acordada 31/2014, del 30/09/2014, y por la Acordada 4/2015, del 10/03/2015, pero ellas no alteraron el objetivo de transparencia prefijado).

106 Acerca de todas las soluciones brindadas mediante las acordadas y resoluciones enumeradas, ver, con provecho, Hockl y Duarte (2006, pp. 148-174).

107 Cfr. voto del juez Fayt en la Acordada 4/2007: "Que el ordenamiento aprobado en el presente acuerdo constituye un fiel catálogo de los diversos requisitos que conocidos y reiterados precedentes del Tribunal vienen exigiendo con respecto a los escritos de interposición del recurso extraordinario, y de la presentación directa ante la denegación de aquél [...]", aunque, en rigor, hay recaudos que no tenían antecedente, cual el límite de carillas.

108 La última versión de dichas Reglas rige desde el 1 de julio de 2019. Pero tengamos en cuenta la esencial modificabilidad de estas: la primera versión, de 1803, comprendía 18 reglas, que ocupaban tres carillas del *United States Reports*; a partir de allí, se produjeron, hasta 2019, más de medio centenar de modificaciones; cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos (s.f.-a). Hoy, las *Rules* constituyen un opúsculo de 81 carillas y se las puede consultar en: Suprema Corte de los Estados Unidos (2019).

109 Con todo acierto, han señalado Garay y Schvartzman (2007, p. 920), que: "existe otro tipo de causas que, por la complejidad del tema que se discute, los tropiezos habidos durante su trámite o los años de litigio, no será pasible de ser analizado, resumido y alegado en la extensión requerida,

ble eficiencia de fijar no un tope de renglones por página (renglones que tienen que ser contados por un operador judicial), sino un tope total de palabras en el documento (como se prevé en esas *Rules*, y que el procesador de palabras cuenta en forma infalible) o, alternativamente, un sencillo límite de renglones en el documento considerado integralmente, sin la carátula.

Respecto al problemático cúmulo de expedientes que recibe anualmente el máximo Tribunal, el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Corte Suprema –dentro de las limitaciones constitucionales, algunas de las cuales se resaltaron en el apartado 2.– podría permitirle centrarse en ser el Tribunal de los más importantes casos constitucionales. Sin apuntar a los guarismos que enfrenta la Suprema Corte estadounidense,[110] y atento al proceso que históricamente ha redundado en la discrecionalización de la jurisdicción de la Corte Suprema argentina[111] –amén de la tendencia a la sobrejudicialización de asuntos o conflictos (Rosatti, 2018)–,[112] entiendo que el Alto Tribunal argentino bien puede, bajo la Ley 25488 de modificación del CPCCN,[113] artículo 4, diseñar los medios para alcanzar aquel objetivo. Puede ilustrarse lo dicho con el supuesto de los planteos de arbitrariedad de sentencias y, en general, con las decisiones que son apeladas ante la Corte Suprema. Veamos.

Respecto a la administración judicial del cúmulo de planteos de sentencia arbitraria, vale tener presente propuestas concretas ya sugeridas por la doctrina

---

todo ello dentro del exiguo plazo de diez días". Esta opinión es recogida tanto en Sagüés (2018, p. 298), advirtiendo que podría llegar a haber lesión al derecho de defensa en juicio y un supuesto de inconstitucionalidad relativa, como en Gozaini (2010, pp. 898-911).

110 Estados Unidos tiene una población aproximada de 328 millones de habitantes; Argentina tiene una población aproximada de 44 millones de habitantes. La Suprema Corte estadounidense recibe entre 7000 y 8000 nuevos casos por año, de los cuales ameritan revisión plenaria, con alegatos orales de los letrados, alrededor de 80, y la Corte suele disponer de 100 o más casos por año sin revisión plenaria, cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos (s.f.-b). La Corte Suprema argentina, en cambio, recibió en 2018 no 1000 (que sería lo esperable, proporcionalmente), sino más de 27000 causas (incluyendo 15534 previsionales), cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación (2020).

111 Cfr. fallos citados en Bianchi (1997, pp. 923-941).

112 "La creciente litigiosidad, o –para decirlo de un modo más técnico– la creciente judicialización de los conflictos, es el reconocimiento de la incapacidad para resolver un problema antes de pisar un tribunal de justicia. Y lamentablemente (y tal vez paradójicamente) es un problema que no ha podido resolver la vigencia continuada del sistema democrático, pues los números de causas ingresadas y resueltas se ha incrementado notoriamente desde –cuando menos– 1991 hasta la fecha" (Rosatti, 2018, p. 988). Sobre la sobrejudicialización de asuntos, ver también Rosenkrantz (2018, p. 17): "Por otro lado, sin embargo, en nuestras democracias actuales también hay una tendencia creciente a la judicialización de absolutamente todos los asuntos, incluso de aquellos que dependen de visiones morales, religiosas o políticas".

113 Ley 25488, BO 22/11/2001, modificatoria del CPCCN.

especializada.[114] Desde una plataforma diversa, entiendo que la mera posibilidad de escrutinio público puede poseer la virtualidad de desincentivar el dictado de sentencias definitivas arbitrarias, y si bien las decisiones de las cámaras federales son accesibles mediante el Centro de Información Judicial, no ocurre lo mismo con la integralidad de los demás tribunales que son superior tribunal de la causa para la Corte Suprema.[115] Ello redunda en un parcial acceso, por parte del público, a aquellos decisorios, y, como tarea pendiente, obliga a volver sobre una aguda observación –de permanente vigencia– oportunamente formulada por la doctrina respecto a lo que se espera de esos tribunales y la realidad (Carrió, 1990, p. 23). Para los superiores tribunales remisos en publicar sus decisiones (y en plena era del acceso a la información pública, propia de una república), pueden propiciarse convenios entre dichos tribunales y la Corte Suprema en pos de la obligatoria publicación, bajo la modalidad de acceso abierto, en la página web de aquellos. Ello, con previo cumplimiento de los recaudos habituales respecto a datos no publicables, con disponibilidad de herramientas de búsqueda por palabra libre sin recaudo previo de registración personal o claves y con un mínimo de clics.

En general, más allá de los planteos de arbitrariedad y por razones de transparencia, el Alto Tribunal mismo podría proceder, respecto a *todas* las decisiones que son apeladas ante sus estrados, a la incorporación de una imagen bajo forma de *portable document format* de la decisión recurrida, cualquiera haya sido el superior tribunal de la causa. Tal proceder, de otra parte, en el caso de que se resolviera por aplicación del artículo 280 del CPCCN, brindará motivación al fallo respectivo y neutralizará las objeciones que se pudieran haber generado. Y, en general, tal proceder coadyuvará al rol docente del máximo Tribunal.

4. Conclusión

Si no fuera por algunos graves fenómenos que nos rodean, resultaría innegable el elevado propósito en torno al Decreto 635/2020 de fortalecimiento del Poder Judicial mediante la tarea de detección de problemas de su funcionamiento en pos de su superación. Es que toda república aspira a una rama judicial fuerte, bien erguida ante los poderes políticos y comprometida con la trascendente

114 Cfr. Carrió (1990, pp. 20-24), expresiones de llamativa actualidad; Garay (2010, pp. 27-39).

115 Si bien hay superiores tribunales provinciales que publican en forma óptima todas sentencias, facilitando la recuperación de documentos, ello dista de ser la regla. Para un informe actualizado a 2015, ver Elena y Ecker (2015).

labor de sembrar seguridad jurídica y confianza en las instituciones con la consiguiente retroalimentación a nivel nacional e internacional.

Empero, estimo que –al menos en lo que hace a la máxima instancia judicial argentina–, huelgan, a tal fin, las iniciativas legislativas impulsadas desde la rama ejecutiva de gobierno. Es que, en lo que hace a dicha máxima instancia judicial, nadie sabe más del funcionamiento de la Corte Suprema que la Corte Suprema misma.

Así las cosas, y como vimos, ya desde antaño ha puesto en práctica el Alto Tribunal –con verdadera actitud proactiva– las formidables herramientas reglamentarias que posee para autodetectar aquellos aspectos de su quehacer que ameritan enmiendas en pos de una producción jurisdiccional eficaz y eficiente con conciencia ética. Para ello, ya sea por asignación directa de competencia por el Constituyente como por delegación legislativa del Legislador, e incluso en el espacio para la ejecución de las leyes que sanciona este, la potestad reglamentaria que asiste al Tribunal ha demostrado ser clave en la elaboración de autodiagnósticos y adopción de medidas apropiadas. En el ejercicio de tal competencia, resultará esencial el respeto de las limitaciones de fuente constitucional o infraconstitucional, algunas de las cuales fueron puntualizadas en estos párrafos.

Bibliografía

Badeni, G. (2010). Tratado de Derecho constitucional (3ª ed., Tomo III). Buenos Aires: La Ley.

Bianchi, A. B. (1986). Justiciabilidad de las acordadas de la Corte Suprema de Justicia. El Derecho, 119, 181-185.

Bianchi, A. B. (1990). La delegación legislativa. Buenos Aires: Ábaco.

Bianchi, A. B. (1997). ¿Ha llegado la Corte Suprema al final de su lucha por una jurisdicción discrecional? (Perspectivas actuales y futuras del recurso extraordinario). El Derecho, 172, 923-941.

Bianchi, A. B. (2014). La Corte bajo la presidencia de Raúl Alfonsín. En Santiago, A. (h) (Dir.), Historia de la Corte Suprema argentina (Tomo III, pp. 1163-1293). Madrid/Barcelona/Buenos Aires/San Pablo: Marcial Pons.

Bidart Campos, G. (1993). Tratado elemental de Derecho constitucional Argentino (Tomo II). Buenos Aires: Ediar.

Bidart Campos, G. (1997). Manual de la Constitución reformada (Tomo III). Buenos Aires: Ediar.

Bielsa, R. (1959). Derecho constitucional. Buenos Aires: Depalma.

Cabral, J. E. (1986). Inconstitucionalidad de la Acordada 43/1995 de la CSJN. El Derecho, 119, 184-185.

Carrió, G. R. (1990). Sobre la competencia de la Suprema Corte argentina y su necesaria y urgente modificación. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, (5), 9-43.

Cassagne, J. C. (2018). Curso de Derecho administrativo (12ª ed., Tomo I). Buenos Aires: La Ley.

Cassagne, J. C. (2020). Derecho administrativo y Derecho público general. Montevideo/Buenos Aires: BdeF.

Castro Videla, D. y Maqueda Fourcade, C. S. (2018). La delegación legislativa y el Estado regulatorio. Buenos Aires: Ábaco.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2020). Datos estadísticos. Sentencias de la Corte Suprema. Año 2018. Cantidad de causas ingresadas por materia. https://www.csjn.gov.ar/datos-estadisticos/graficos-2018.

Elena, S. y Ecker, G. (2015). Índice de acceso a la información judicial de las provincias argentinas (edición 2015) (Documento de Políticas Públicas, Análisis Nº 152). Buenos Aires: CIPPEC. https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/1203.pdf.

Garay, A. F. (2010). El recurso extraordinario por sentencia arbitraria. Propuesta para un manejo más ágil. Suplemento Extraordinario Constitucional - 75 aniversario. Buenos Aires: La Ley.

Garay, A. F. (2015). La doctrina del precedente y la seguridad jurídica (Ponencias generales, procesal constitucional). XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Buenos Aires. https://www.aadproc.org.ar/pdfs/biblioteca_virtual/Congreso_2015/Ponencias%20Generales/Procesal%20Constitucional/GARAY%2C%20Alberto%20F..pdf.

Garay, A. F. y Schvartzman, S. (2007). El recurso extraordinario y su reglamentación por la acordada 4/2007. J.A., 2007-II, 918-926.

Gelli, M. A. (2008). Constitución *de la Nación argentina. Comentada y concordada* (4a ed., Tomo II). Buenos Aires: La Ley.

Gordillo, A. (2009). *Tratado de Derecho administrativo* (Tomo I). Buenos Aires: FDA.

Gozaini, O. A. (2010). La trascendencia en el recurso extraordinario frente a la Acordada 4/200. *La Ley, 2010-C*, 898-911.

Hockl, M. C. y Duarte, D. (2006). *Competencias y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires: Legis.

Luqui, R. (2005). *Revisión judicial de la actividad administrativa* (Tomo I). Buenos Aires, Astrea.

Marienhoff, M. S. (1990). *Tratado de Derecho administrativo* (4a ed., Tomo II). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Meador, D. J. (1995). Inherent Judicial Authority in the Conduct of Civil Litigation. *Texas Law Review, 73*, 1805-1820.

Mulligan, L. N. y Staszewski, G. (2012). The Supreme Court's Regulation of Civil Procedure: Lessons from Administrative law. *UCLA Law Review, 50*, 1188-1251.

Oyhanarte, M. (2015). Public Law Litigation in the U.S. and in Argentina: Lessons from a Comparative Study. *Georgia Journal of International and Comparative Law, 43*(2), 451-506.

Rivas, P. (2019). *En los márgenes del Derecho y el poder*. Valencia: Tirant.

Rosatti, H. D. (2018). La Corte Suprema: entre Escila y Caribdis. *La Ley, 2018-B*, 986-989.

Rosenkrantz, C. F. (2018). *Los jueces frente al desarrollo*. Conferencia Judicial de las Cor-

tes Supremas del G-20, octubre 2018. https://observatoriojudicial.org/wp-content/uploads/2019/06/OJO-Discursos-G20-1-1.pdf.

Sacristán, E. B. (2016). Amparo colectivo en la Argentina: opt-in, opt-out o tal vez nada. *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, (11), 199-213.

Sacristán, E. B. (2017). La Corte Suprema como intérprete final y el Consejo de la Magistratura. En Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *Justicia y transparencia. Justicia y división de poderes. Justicia y federalismo. Justicia y desarrollo humano. XXIII Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional* (pp. 143-151). Resistencia: ConTexto.

Sáenz, J. I. (2008). *La Corte Suprema como tribunal constitucional* (Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 4 de junio de 2008). Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. https://www.ancmyp.org.ar/user/files/Saenz-2008.pdf.

Sagüés, N. P. (2018). *Compendio de Derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

Sagüés, N. P. (2019). Reflexiones sobre la delegación legislativa en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En Gelli, M. A. (Dir.), *A 25 años de la reforma constitucional de 1994* (pp. 395-400). Buenos Aires: La Ley.

Santiago, A. (h). (2014). La Corte de los nueve (1990-2003). En Santiago, A. (h) (Dir.), *Historia de la Corte Suprema argentina* (Tomo III, pp. 1195-1676). Madrid/Barcelona/Buenos Aires/San Pablo: Marcial Pons.

Seco Villalba, J. A. (1943). *Fuentes de la Constitución argentina*. Buenos Aires: Depalma.

Suprema Corte de los Estados Unidos. (2019). *Rules of the Supreme Court of the United States. Adopted April 18, 2019. Effective July 1, 2019*. https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf.

Suprema Corte de los Estados Unidos. (2020). *Granted and Noted list. October Term 2020. Cases for Argument*. https://www.supremecourt.gov/orders/20grantednotedlist.pdf.

Suprema Corte de los Estados Unidos. (s.f.-a). *Historical Rules of the Supreme Court*. https://www.supremecourt.gov/ctrules/scannedrules.aspx.

Suprema Corte de los Estados Unidos. (s.f.-b). *The Term and Caseload*. https://www.supremecourt.gov/about/courtatwork.aspx.

Ullmann-Margalit, E. (1977). *The Emergence of Norms*. Oxford: Oxford University Press.

Whittington, K. E. y Iuliano, J. (2017). The Myth of the Nondelegation Doctrine. *University of Pennsylvania Law Review, 165*, 379-431.

Anexo 31

TRANSFERENCIA DE LA JUSTICIA NACIONAL A LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Deslinde de competencias•

Publicado en: LA LEY 2003-A , 1184

por Silvia B. Palacio de Caeiro

SUMARIO: ***I.- La Ciudad Autónoma De Buenos Aires. Su Problemática Jurídica. II.- La Constitucionalidad del Traspaso de los Tribunales Nacionales. Disposiciones que rigen el tema. - III.- Compatibilización de las normas. IV.- Deslinde de las competencias de los tribunales nacionales. V.- Conclusiones***

I.- LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. SU PROBLEMÁTICA JURÍDICA.

La nueva situación de la ciudad de Buenos Aires proyectada desde el art. 129 de la Constitución Nacional, que le atribuye facultades de legislación y jurisdicción, plantea algunos interrogantes, a saber:

1.- ***¿A qué tribunales corresponderá la aplicación del derecho común u ordinario en la Ciudad de Buenos Aires, conforme a la distribución de competencias establecida por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional y la Ley federal N° 24.588 ?***

2.- ¿Encuadran dentro del marco constitucional fijado por el art. 75, inc. 12 y 129 de la Constitución Nacional, las disposiciones de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la Ley local N° 7 ?

3.- ¿Cómo se dispondrá el traspaso de los tribunales nacionales y la de sus respectivas competencias?

4.- ¿Cuál será el criterio para deslindar la competencia ordinaria y la competencia federal que actualmente coexisten en algunos fueros de la justicia nacional de la Ciudad de Buenos Aires?

5.- ¿Cómo incidirá la modificación y el traspaso de la justicia nacional sobre la competencia de los tribunales federales que funcionan en la Ciudad de Buenos Aires ?

La cuestión que concitan estos problemas ha dado lugar a una abundante y nada pacífica bibliografía, [1] que ha configurado dos tesis principales: la restrictiva y la amplia.

• El presente es un resumen de la investigación que fuera incluida en el INFORME FINAL del trabajo en equipo dirigido por la Dra. Angelina Lidia Ferreyra, realizado en 2001 para el Programa Regional de Justicia – Proyecto Naciones Unidas - PNUD -, Asistencia Técnica en la Organización Integral del Modelo de Poder Judicial para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ver Anexo I: Opiniones de Expertos, p. 257/302.

[1] A continuación se efectúa una nómina de los trabajos publicados sobre el particular a partir del año 1995, con la salvedad que la enumeración es sólo enunciativa ya que en modo alguno agota la cantidad de otros valiosos estudios. Así pueden indicarse las investigaciones siguientes : De la Rúa, Jorge, "El nuevo status jurídico de la

a.- La **tesis restrictiva:** niega de modo terminante la posibilidad de extender la jurisdicción de los tribunales propios de la ciudad de Buenos Aires respecto a la aplicación del derecho privado, por no estar prevista esta situación en la Constitución Nacional, y limita la competencia de los órganos judiciales locales a las cuestiones contempladas por el art. 129 de la C.N.

Los tratadistas que adhieren a esta tesis restrictiva, se oponen a la posibilidad de equiparación de los tribunales locales de la ciudad de Buenos Aires a la de los órganos jurisdiccionales provinciales; ello, con fundamento en que aquella posee sólo autarquía, y no la autonomía de que gozan las provincias por razones históricas, políticas e institucionales. [2]

Dicha postura atiende a la diferente vertiente histórica y jurídica de los Estados provinciales, lo que lleva a circunscribir la jurisdicción y la competencia de los órganos de la Ciudad únicamente a los asuntos que le incumban en forma exclusiva y excluyente, No

---

Ciudad de Buenos Aires", La Ley, 1994 -E, 1122;Badeni, Gregorio "Reforma constitucional e instituciones políticas", Ed. Ad - Hoc, 1994, p. 446, 448 ; Bidart Campos, Germán "Tratado elemental de derecho constitucional argentino - La reforma constitucional de 1994", Ed. Ediar, Bs. As. 1995, T. VI, p. 543 ; Creo Bay, Horacio D. "Buenos Aires - Ciudad Autónoma _- Nuevo régimen jurídico institucional con el texto completo de la normas nacionales de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires", Ed. Ciencias de la Administración, Bs. As., 1996, p. 71 ; Hernández, Antonio Maria "Federalismo, Autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994", Ed. Depalma, Bs. As., 1997, p 227/228 ; De Giovanni, Julio "La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires - Comentario de su Estatuto Organizativo -", Colección "De Iure", Bs. As. 1997, p. 149 y ss. ; Mooney, Alfredo "Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Ediciones Lex, Córdoba, 1997, p. 20 y 41 ; Sagües, Néstor P. "Constitución de la Nación Argentina - Introducción y Comentario -", Ed. Astrea, Bs. As. 1998, p. 37 y 38 ; Losa, Néstor, "Reforma constitucional y nuevo perfil gubernativo: ciudad de Buenos Aires" J.A- 1996-III, p.606 ; Laplacette, Dora Rocío "Evolución histórica de la autonomía de la Capital" L.L. 1995-B, p. 1388 ; Spota, Alberto Antonio "Naturaleza político - institucional de la ciudad de Buenos Aires en el texto de la Constitución vigente a partir de agosto de 1994", L.L. 1995-A, 967 ; Bielsa, Rafael A. y Graña, Eduardo R. "Los futuros jueces de la ciudad de Buenos Aires", L.L. 1995 - A, 753, cit. ; De Giovanni, Julio A.R. "Algunos aspectos del proceso autonómico de la ciudad de Buenos Aires y la sanción por el Congreso de la ley de garantía ", L.L. 1995-E, p. 699 ; De Giovanni, Julio A.R. "Constitución de la ciudad de Buenos Aires. Generalidades. Temas polémicos", L.L. 1996-E, p. 868 ; Amadeo "Exclusión de la competencia federal de la Capital Federal : ley 14.180", J.A. 1996-A, p.1020 ; Masnatta, Héctor "La autonomía de la ciudad de Buenos Aires", L.L. 1996-D, 1465 ; Gauna, Juan Octavio. "Poder central y poder local", L.L. 1996-D, p. 1 ; Quiroga Lavie, Humberto "La constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", L.L. 1997-A, p.916 ; Bielsa, Rafael A. y Garber, Carlos A. "La transferencia a la ciudad de Buenos Aires de la función judicial de los tribunales nacionales con competencia ordinaria. Problemas y soluciones)",L.L. 1997-A, p. 1033 ; Kiper, Claudio M. Razones que impiden el traspaso de 1a justicia nacional ordinaria a la ciudad de Buenos Aires", L.L.1997-B, P. 862 ; Gelli, María Angélica, "La Constitución Estatuyente de la ciudad de Buenos Aires", L.L. 1997-B, p. 1022 ; Ottonello, Ricardo P. " La ciudad de Buenos Aires como provincia urbana" L.L. 1997-B, p. 1058 ; Colautti, Carlos E. "Reflexiones preliminares acerca de la transferencia de la Justicia Nacional de la Capital Federal a la ciudad de Buenos Aires" L.L. 1997- B, p. 1200 ; Lozano, Luis F. "Transferencia de. funciones jurisdiccionales a la ciudad autónoma de Buenos Aires ¿ Constituye la Constitución Nacional un obstáculo ?, L.L. 1997-B, p. 1446 ; Gil Dominguez, Andrés. "Constitución de la ciudad de Buenos Aires naturaleza y alcances normativos",L.L. 1997-D, p. 1131 ;Vicent, Jorge J. P. "La facultad de. la convención estatuyente de la ciudad de Buenos Aires de declarar inconstitucional cualquier ley que cercene la autonomía de ésta (proyecto Cafiero)", E.D. t. 163, p. 1219 ; Marienhoff, Miguel S. "La "autonomía' de la ciudad de Buenos Aires y la Constitución nacional de 1994" E.D. t. 164, p. 1113, cit. ; Barra, Rodolfo Carlos "Buenos Aires. El estatuto organizativo no es constitución", E.D. t. 168, p. 1117 ; Vincent, Jorge J.P. "La facultad de la convención constituyente de la ciudad de Buenos Aires de sancionar leyes" E.D. t. 168, p. 1214 ; Badeni, Gregorio. "El futuro normativo de la ciudad de Buenos Aires", E.D. t. 169, p- 1214 ; Vincent, Jorge J.P. "La administración de justicia y el organizativo de la ciudad de Buenos Aires", E.D. t. 169, p. 1218 ; Vanossi, Jorge Reinaldo "Autonomía ... "Ma non troppo", E.D. t. 165, p. 1358 ; Vicent, Jorge J.P. "La ciudad de Buenos Airres ¿Autonomía o autarquía ?" E.D. t. 165, p. 1153 ; Barcesat, Eduardo S. "Sobre la autonomía de la ciudad de Buenos Aires" E.D. t. 165, p. 1151 ; Sánchez Maríncolo, Miguel A. "Las dificultades en la designación de jueces en el "Poder Judicial" de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", L.L. Actualidad, 12/5/98; Rocco, Carlos G., "A propósito de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires", J.A., 1999-1, 798.

[2] Marienhoff, Miguel S. "La "autonomía' de la ciudad de Buenos Aires y la Constitución nacional de 1994" E.D. t. 164, p. 1113 ; Spota, Alberto Antonio "Naturaleza político - institucional de la ciudad de Buenos Aires en el texto de la Constitución vigente a partir de agosto de 1994", L.L. 1995-A, 967, entre otros destacados autores.

aceptan que la aplicación del derecho común pueda ser realizada en una jurisdicción distinta de la derivada del principio de reserva consagrado expresamente en el inc. 12, del art. 75 de la C.N., que limita el conocimiento del derecho privado a los tribunales federales y provinciales.[3]

Una de las voces más representativas de la tesis restrictiva, puede considerarse la del Dr. Alberto Spota,[4] quien con anterioridad a la sanción de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, negó que ella poseyera un *status* jurídico autónomo. Esta posición, que no admite que la Ciudad de Buenos Aires goce de la condición de autónoma, se funda - a criterio del autor -, en el origen y naturaleza de las autonomías en el sistema constitucional argentino, situación que difiere de la de dicha ciudad, dado que su existencia y personería jurídica no reconocen una razón histórica sino que, ella "ha nacido de la voluntad exclusiva del poder constituyente reformador nacional."[5]

Una postura análoga es la sostenida por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Nación y por la mayoría de los jueces nacionales.[6]

La otra posición sustentada, es:

b.- La **tesis amplia**: que admite y propicia el funcionamiento de la justicia ordinaria como integrante de los tribunales locales de la Ciudad de Buenos Aires. Para ello deberá traspasarse la competencia actual que comprende la aplicación del derecho privado o común por los tribunales nacionales existentes.

Esta tesis, mantenida por relevantes autores, entre otros por Badeni [7] y Sagües,[8] quienes consideran que atento a la situación de autonomía plena de que goza la Ciudad por imperio del art. 129 de la C.N., es indudable la pertinencia de contar con sus propios

---

[3] La cuestión de la delegación de la legislación de fondo efectuada por las provincias al Estado Nacional, concitó una histórica discusión en la Convención Constituyente del 28 de abril de 1853, entre los diputados constituyentes Zavalía y Gorostiaga. El primero se oponía a tal delegación pues consideraba que correspondía a la legislatura de cada estado provincial el dictado de los respectivos códigos, afirmando que de otro modo, quedaban cercenadas o restringida las respectivas soberanías locales. Gorostiaga, por el contrario, defendía la tesis favorable a la delegación de atribuciones a fin de evitar un laberinto de leyes, con los consiguientes males que de esa situación se derivaría, distinguiendo entre la tradición legislativa española instaurada en el país de la existente en los Estados Unidos de Norteamérica. Consideraba asimismo que, las costumbres y organizaciones locales quedarían aseguradas a través de los códigos o leyes de procedimientos que cada estado provincial podría darse a sí mismo. Esta última posición triunfó y por ello constituye la base que proporciona el sustento ontológico de la norma. El tema se puede estudiar en Ravagnani, "Asambleas Constituyentes Argentinas", T. IV, p. 528 y ss., citado por Legarre en op. cit. Ver Capítulo II, punto a).

[4] "Naturaleza político - institucional de la ciudad de Buenos Aires en el texto de la Constitución vigente a partir de 1994", LL. T. 1995 - A, 967, Sec. Doctrina.

[5] Ibídem, p. 973. Sostiene Spota, que la Ciudad de Buenos Aires, por su situación singular, se acerca más a un estado de autarquía que de autonomía, afirmando que debido a su regulación federal por su carácter de Capital de la República, los intereses locales de ella se hallan limitados a una jursdicción específica y propia, conforme lo indica el art. 129 de la C.N. Por ello, que "la justicia federal, y sobre todo la justicia local, debe continuar como hasta ahora con su condición de justicia nacional, en lo que se refiere a la ordinaria."

[6] Véase el trabajo de González, Carlos Alberto, (Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal), "Otra vuelta de tuerca sobre dos temas urticantes – El status jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su relación con el traspaso de la justicia nacional a su órbita", L.L, 2000 – B, 1257.

[7] Badeni, Gregorio, "Reforma constitucional e instituciones políticas", Ed, Ad – Hoc, op. cit., p. 448.

[8] Sagües, Néstor P., "Los jueces nacionales de la Justicia Ordinaria de la Capital Federal, ante el posible traspaso de sus fueros a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Doctrina Judicial, 2001-1, 379.

tribunales ordinarios de justicia, para lo cual debe disponerse la transferencia de la justicia nacional.

Comparten así la opinión de muchos de los autores citados, quienes basados en diversas razones, encuentran que ambos órdenes jurisdiccionales - el local y el provincial - se pueden equiparar o asimilar. Y, en mérito a diversas interpretaciones de la Constitución Nacional, formulan diferentes hipótesis y soluciones que habilitan a los tribunales de la ciudad de Buenos Aires para aplicar el derecho de fondo. Como lógica consecuencia, según ésta última postura, el traspaso de la competencia de los actuales tribunales nacionales hacia los locales de la Ciudad Autónoma constituye una circunstancia irreversible. [9]

Uno de los argumentos interesantes alegados a favor de esta posición, es el que relaciona la situación anterior que ostentaba la Ciudad de Buenos Aires por su condición de Capital Federal con un territorio federalizado, la cual necesariamente debía contar con una justicia nacional ordinaria para atender a las necesidades y requerimientos de sus habitantes. Pero, al haberse desfederalizado dicho territorio, merced a la autonomía conferida por el art. 129 de la C.N., es evidente que el carácter nacional de su justicia debe desaparecer, habilitándose el traspaso de tales tribunales a la órbita de la Ciudad.[10]

Bielsa y Graña, [11] luego de efectuar la reseña histórica de la Ciudad de Buenos Aires y de las diferentes posiciones asumidas por los Convencionales Constituyentes, encuentran reparos para que los jueces locales apliquen el derecho común en atención a la literalidad del art. 75, inc. 12 de la C.N. que reserva la aplicación del derecho común a los tribunales federales y a los provinciales, y dicen que la justicia local de la Ciudad Autónoma no se enmarca en el precepto constitucional "porque la reforma constitucional no ha transformado a la ciudad en provincia".[12]

Aunque los autores no se pronuncian sobre la situación originada, sino más bien proporcionan pautas de análisis y de reflexión en torno al posible traspaso de los jueces de la Nación al ámbito de la Ciudad, aconsejan que la prudencia guíe las decisiones.[13]

II.- ¿CONSTITUCIONALIDAD DEL TRASPASO DE LOS TRIBUNALES NACIONALES? Disposiciones que rigen el tema.

A continuación se resumen los instrumentos legales aptos para analizar lo relativo a la constitucionalidad del traspaso de los tribunales naciones, distinguiendo la legislación federal y la local de la Ciudad de Buenos Aires.

---

[9] Véase algunos de los trabajos citados *supra*.

[10] Calandrino, Alberto A. y Calandrino, Guillermo A., "Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires – Implicancias jurídicas", La Ley, 1998-D, 953.

[11] Bielsa, Rafael A. y Eduardo R. Graña "Los futuros jueces de la ciudad de Buenos Aires", LL 1995-A, 753, Sec. Doctrina.

[12] Ibídem, p. 760.

[13] Ibídem, p. 777.

Dentro de la legislación federal, la Constitución Nacional cuyo art. 129 dispone 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. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea Capital de la Nación.

Se recuerda que el texto constitucional reconoce en el art. 75, inc. 12, sólo dos órdenes de jurisdicción : la federal y la provincial, en función de la distribución de la competencia judicial en materia de derecho común u ordinario vigente en todo el territorio de la Nación. [14]

En concordancia con ese precepto, el art. 116 de la Constitución Nacional, establece que *"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 inciso 12 del artículo 75 : y por los tratados con las naciones extranjeras..."* .

Ambas normas, arts. 75, inc. 12 y 116, indicarían que conforme a la distribución dispuesta por la Carta Magna, en principio, el conocimiento y decisión de los pleitos fundados en el derecho común o de fondo, ello sólo se atribuye a la competencia de los tribunales federales y de los provinciales. [15]

Empero, en la opinión de Sagües,[16] tal estado de cosas se debería más a la imprevisión del legislador que a la real voluntad del constituyente de 1994, por lo cual propugna salvar tal omisión o laguna constitucional, mediante una interpretación acorde con la situación de autonomía que presenta la Ciudad de Buenos Aires.

La Ley N° 24.588, dictada en función del art. 129 de la Constitución Nacional en el año 1995, tuvo como objetivo declarado, deslindar perfectamente los intereses de la Nación y resguardar las facultades propias que a ella le competen. Esta ley constituye el programa operativo del Estado Nacional, en el que se asienta la base o plataforma del traspaso hacia la ciudad de Buenos Aires, conforme los términos del citado art. 129 de la C.N..

En ese orden, el art. 2° de dicha ley dispone, que la Nación conserva todo el poder no atribuido por la Constitución al gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires,

---

[14] En la doctrina actual hay autores como el Dr. Antonio María Hernández, op. cit., p. 196, quien sostiene que en el país existen cuatro órdenes jurisdiccionales : federal, provincial, autónomo de la ciudad de Buenos Aires y el municipal, pero la teoría del autor se relaciona con la jurisdicción que poseen los municipios y la ciudad autónoma de Bs.As. para dictar su propia normativa.

[15] Es interesante la afirmación hecha por Luis F. Lozano, "Transferencia de funciones jurisdiccionales a la ciudad autónoma de Buenos Aires ¿ Constituye la Constitución Nacional un obstáculo ?", en donde sostiene que la denominación de derecho común con la que se conoce a los códigos de fondo proviene de su situación de derecho uniforme o común a la Nación y a las provincias, conforme a la delegación practicada por éstas hacia aquella en la Constitución Nacional de 1853- 1860 ; situación que difiere del derecho estadounidense en el que la materia del derecho de fondo constituye una facultad de los respectivos estados : LL, 1997-B,1449. Ver también Legarre, Santiago "El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario", Ed. Abeledo - Perrot, Bs.As. 1994, p. 53.

[16] Sagües, Néstor P., "Los jueces nacionales de la Justicia Ordinaria de la Capital Federal, ante el posibles traspaso de sus fueros a la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", op. cit.

conservando la titularidad de los bienes, derechos, poderes y atribuciones que resulten necesarios para el ejercicio de sus funciones. Y, el art. 6° establece que el Estado Nacional y la ciudad de Buenos Aires, celebrarán convenios relativos a la transferencia de organismos, funciones, competencias, servicios y bienes.

En igual línea, el art. 8 establece que *"La justicia nacional ordinaria de la ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación. La ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso -administrativo y tributarias locales."* Se mantiene así, la actual jurisdicción y competencia del Poder Judicial de la Nación, con las excepciones enumeradas taxativamente.

La norma citada, se inscribe en la intención del Congreso de la Nación y del Poder Ejecutivo Nacional de conservar dentro del ámbito de la competencia del Poder Judicial de la Nación, la exclusiva jurisdicción en lo que respecta al conocimiento y aplicación de la legislación común u ordinaria, manteniendo incólume a la competencia federal de los tribunales del fuero, quienes indudablemente continúan sus facultades privativas y excluyentes de origen constitucional.

Se admite pues, que debe mantenerse el estado actual, en el que coexisten tribunales nacionales de competencia ordinaria o amplia, con los tribunales federales con competencia restringida, a los que se agregan los tribunales locales. A estos últimos les incumbe o compete realizar la interpretación y aplicación de la legislación propia, a dictarse de acuerdo al art. 129 de la Constitución Nacional.[17]

Luego, se dictó el Decreto N° 1417/96 del P.E.N. norma que revela una evidente premura y la imprevisión, pues fijó como plazo de ejecución del traspaso el plazo de noventa (90) días. [18] No cabe dudas que en la mencionada norma, no se contempla ni atiende en modo alguno, el estudio, análisis y planificación meditada y exhaustiva que debe preceder a una modificación de tal magnitud, como lo es la transferencia de los tribunales nacionales.

En lo que hace a la legislación local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se encuentra en primer lugar su Constitución, promulgada 10 de octubre de 1996, que organizó las instituciones locales, expresando que el Estado de la ciudad autónoma es sucesor de los derechos y obligaciones legítimas de la anterior Municipalidad y del Estado Nacional *"...en las competencias, poderes y atribuciones que se le transfieren por los arts. 129 y*

---

[17] En el caso "Juan O. Gauna", la CSJN tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de la constitucionalidad de las leyes federales 24.588 y 24.620, en lo referente a las disposiciones que ordenaban a la forma y modo en que debían elegirse y conformarse las autoridades constituyentes de la Ciudad Autónoma. Si bien la Corte, acotó en su pronunciamiento el análisis de las legislaciones citadas a las previsiones relativas a la elección de autoridades, no cabe dudas, que la doctrina allí sentada reconoce la preeminencia de la legislación federal en tanto resulta reglamentaria del art. 129 de la Constitución Nacional.
Fallos: 320,875; J.A.,1997-IV,415

[18] Bielsa, Rafael A. y Garber, Carlos A. "La transferencia a la ciudad de Buenos Aires de la función judicial de los tribunales nacionales con competencia ordinaria", cit., aluden a un proyecto parlamentario pendiente que contradice lo establecido en este Decreto, el que cuenta con la aprobación del Senado de la Nación. Sesión del 19 de diciembre de 1996.

concordantes de la Constitución Nacional y de la ley de garantía de los intereses del Estado Federal.." (art. 7°). La competencia territorial quedó fijada siguiendo los límites históricos que pertenecían a la Capital Federal, los que se mantienen.

En orden a la jurisdicción de los tribunales locales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires dispone en el art. 106 asignar al Poder Judicial de la Ciudad la aplicación del derecho común, a quien le compete *"el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales..."*.

El Poder Judicial queda integrado con el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Magistratura, el Ministerio Público y demás tribunales que las leyes establezcan, según lo determina el art. 107. El control de constitucionalidad se encarga al Tribunal Superior de Justicia, quien está facultado para conocer de los cuestionamientos de tal índole, por vía originaria o de apelación, en las condiciones fijadas en los diferentes incisos del art. 113.

Por la disposición transitoria Decimosegunda se faculta al Jefe de Gobierno de la ciudad de Buenos Aires para constituir los fueros contencioso - administrativo, tributario, contravencional y de faltas, mientras que la cláusula Decimotercera del mismo capítulo, autoriza al gobierno de la Ciudad a convenir con el Gobierno Federal la transferencia de los jueces nacionales de los fueros ordinarios, *"conservando su inamovilidad y jerarquía"*, cuando se disponga que la competencia sea asumida por los jueces locales.

Por su lado, la Ley N° 7 del 5 de marzo de 1998, "Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires", es la normativa que torna operativas las disposiciones de los arts. 106, 107, las cláusulas transitorias decimosegunda y decimoterceras y disposiciones concordantes de la Constitución local, pues instala los órganos del Poder Judicial, regula sobre las facultades, derechos y obligaciones que le competen y los recursos presupuestarios con los que cuenta para su funcionamiento.

En orden a la competencia dice el art. 8°, que los tribunales, jueces y juezas son competentes en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires *"según los límites que declara el art. 8° de la Constitución de la Ciudad, y en las materias que les atribuyen la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad y la presente ley."* [19]

Finalmente, debe mencionarse el Convenio de Trasferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, suscrito en el año 2000 entre el Presidente de la Nación y el Jefe de Gobierno de la Ciudad, en el cual se establecen pautas y modalidades para la solución de diversos aspectos relativos al derecho penal, principalmente, el problema que suscitan los delitos de tenencia de armas de uso civil, su suministro indebido y la portación pública de las mismas.

---

[19] Corresponde aclarar que por las Disposiciones Complementarias y Transitorias de la Ley N° 7, se encuentran suspendidos los arts. 27 a 36 y 38 al 47 que organizan y establecen los distintos órganos jurisdicionales.

III.- COMPATIBILIZACIÓN DE LAS NORMAS

A fin de responder al segundo interrogante inicial, acerca de si:

¿Encuadran dentro del marco constitucional fijado por el art. 75, inc. 12 y 129 de la Constitución Nacional, las disposiciones de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la Ley local N° 7 ?

Puede decirse que los antecedentes legislativos citados, han puesto en evidencia la manifiesta pugna existente, entre la interpretación que el Gobierno federal asigna al art. 129 de la Constitución Nacional a través de la Ley N° 24.588, con los mandatos de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 106 y 107) y de su Ley reglamentaria N° 7.

La discrepancia se constata por la circunstancia de haber dispuesto Ley federal N° 24.588, mantener la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales para la aplicación del derecho privado o común, desconociendo las facultades de la autoridad judicial local de la Ciudad de Buenos Aires, mientras que por el contrario, las normas locales de la Ciudad se autoatribuyen autoridad y prerrogativas para ello.

Hay allí un serio problema constitucional, cuya dilucidación requiere que necesariamente se establezca, si el art. 129 de la C.N. resulta correctamente interpretado y reglamentado a través de la Ley 24.588, a fin de verificar si esta legislación, encuadra en el marco institucional del art. 28 de la C.N., según el cual los principios, garantías y derechos reconocidos en la Carta Magna no pueden ser alterados por las leyes que los reglamenten.

La divergencia anotada entre la referida Ley 24.588 y las disposiciones locales, impone que deba realizarse una tarea armonizante entre éstas últimas y los contenidos de los arts. 75, inc. 12, y 129 de la C.N. y la Ley 24.588,[20] como bien se ha afirmado. [21]

Sagües, [22]también opina que el art. 129 de la C.N. plantea serios problemas de interpretación, no obstante afirma, que la Ciudad Autónoma puede contar con una administración de justicia ordinaria.

Considera que no es óbice para el funcionamiento de los tribunales ordinarios en la Ciudad, el argumento fundado en el art. 75, inc. 12 de la C.N., en tanto dicha norma no menciona a las jurisdicciones locales, pues sólo alude a los tribunales provinciales.[23] Sagües, dice al respecto: “Este argumento no es en definitiva convincente: el art. 75, inc. 12 contiene una evidente omisión (no fueron raros estos defectos en la reforma de 1994), ya que si el art. 129 otorga en términos amplios a la Ciudad Autónoma poderes de “jurisdicción”, tal norma específica y puntual debe prevalecer. No es sensato admitirle explícitamente tal competencia jurisdiccional, y después negársela (en lo civil, comercial, penal, minero, laboral y de la seguridad social), por no estar mencionada en otro precepto (el art. 75, inc. 12).

---

[20] No escapa a este examen que toda la cuestión resulta impregnada de un neto contenido político, que revela una puja de poder, pero esa perspectiva deliberadamente ha sido dejada de lado. Sólo que se ha querido brindar al lector un cuadro de la situación jurídica, desprovista de connotación alguna.

[21] Vitolo, Alfredo M. “El Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, L.L., 2000- B, 1213.

[22] Sagües, Néstor P., “Los jueces nacionales de la Justicia Ordinaria de la Capital Federal, ante el posibles traspaso de sus fueros a la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, op. cit.

Sagües, sostiene además, que el constituyente no previó debidamente la situación del traspaso de la justicia nacional, presentándose así una laguna constitucional, la que debe cubrirse a través de un procedimiento de *integración*, o de *construcción* del precepto ausente.[24] Para lo cual, recurre a distintas alternativas y proporciona las soluciones que a su criterio pueden instrumentarse.

La observaciones precedentes resultan ajustadas a lo que sucede en la realidad, pues aunque la Constitución Nacional no se refiera a la aplicación del derecho privado o común por parte de los tribunales locales de la Ciudad de Buenos Aires, es un hecho cierto que en la práctica, tanto el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma como los tribunales inferiores en materia contencioso – administrativa existentes, resuelven las cuestiones que le son sometidas, aplicando no sólo el derecho local sino también las normas de la Constitución Nacional, los códigos de fondo y las demás leyes nacionales, en lo que resultan pertinentes.

Pero no debe olvidarse – como más arriba se indicó -, que se encuentra en vigencia la Ley N° 24.588, quien a través de su art. 8° mantiene la jurisdicción y competencia de la justicia nacional ordinaria existente en la ciudad de Buenos Aires, la cual al ser reglamentaria directa de preceptos constitucionales resulta integrante del derecho federal y tiene supremacía constitucional por el art. 31 de la C.N.

Todo ello da cuenta de un enfrentamiento normativo evidente, por lo que, previo a disponerse la transferencia de la justicia nacional es indudable que deben derogarse las partes pertinentes de la citada Ley 24.588, en todo aquello que pueda resultar un obstáculo jurídico.

Como última reflexión de este análisis, corresponde precisar que las tesis que equiparan la situación jurídica de Buenos Aires a la de las provincias, no han reparado que esa posición también podría alterar la competencia originaria de la CSJN, pues siguiendo el razonamiento utilizado que le confiere a la ciudad autónoma un *status* no contemplado en la Constitución Nacional, nada se opondría a que también se extendiera la jurisdicción única del Alto Tribunal acordada por el art. 101 de la Carta Magna.

Evidentemente esa hipótesis es impensable por adolecer de un rasgo inconstitucional muy marcado y, su evidente improponibilidad es el signo de la carencia de fundamentos constitucionales de que adolecen las posiciones jurídicas que pretenden una suerte de provincialización de la ciudad autónoma de Buenos Aires.

IV.- DESLINDE DE LAS COMPETENCIAS DE LOS TRIBUNALES NACIONALES

El estudio del traspaso de la justicia nacional actual hacia la órbita local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, suscita varios interrogantes fundamentales, conforme fueron reseñados en de la Sección Primera, que por una razón metodológica ahora se reiteran:

1.-¿Cómo se dispondrá el traspaso de los tribunales nacionales y el de sus

---

[23] Este es el argumento principal que sostiene la Asociación de Magistrados y Funcionarios para oponerse al traspaso de la justicia Nacional.
[24] Op.cit.

respectivas competencias?

2.- ¿Cuál será el criterio para deslindar la competencia ordinaria y la competencia federal que actualmente coexisten en algunos fueros de la justicia nacional de la Ciudad de Buenos Aires?

3.- ¿Cómo incidirá la modificación y el traspaso de la justicia nacional sobre la competencia de los tribunales federales que funcionan en la Ciudad de Buenos Aires ?

Es indudable que la respuesta a tales interrogantes para facilitará el camino a seguir y marcará cuales son los mecanismos jurídicamente aptos, para establecer una transferencia adecuada y ajustada a la situación de la competencia que ejercen tanto los tribunales nacionales como los federales con en la Ciudad Autónoma, y la importante modificación que dicho traspaso implicará en la competencia de los tribunales federales que allí actúan, es un hecho que no puede ni debe soslayarse a la hora de examinar este tema.

Dicha transferencia no se advierte como una cuestión que implique un mero traspaso de los órganos jurisdiccionales desde la esfera nacional hacia la de la ciudad de Buenos Aires,[25] sino que la problemática es mucho más compleja, abarcativa y profunda, ya que implica *alterar la competencia de todos los tribunales existentes, y modificar y/o ampliar la competencia de los tribunales federales que allí funcionan.*.

El eje principal del asunto, reside en la circunstancia de que en algunos de los tribunales ordinarios nacionales, están habilitados en la actualidad para conocer simultáneamente en el derecho federal y en el derecho común, tal como acontece en el fuero penal económico y en el fuero nacional del Trabajo, que posee también competencia federal en aquellos procesos laborales en los que la Nación o algunas de sus entidades centralizadas, descentralizadas o autárquicas, sea parte en el pleito, como más adelante se especifica.

Una situación similar se presenta en los tribunales nacionales civiles y comerciales respecto a la competencia federal en razón de las personas que corresponde, cuando se invoca el fuero de vecindad y el de extranjería.

A continuación, y en un intento de aportar elementos de juicio para clarificar algunos puntos relacionados con la transferencia, se desarrollará la investigación realizada respecto a las respectivas competencias de la justicia nacional de la Ciudad de Buenos Aires, a fin de determinar cuales son las cuestiones que deberán volver al fuero federal por resultar de su particular incumbencia.

a) JUSTICIA NACIONAL DEL TRABAJO.

La Justicia Nacional del Trabajo que funciona en la Ciudad de Buenos Aires, se halla ordenada por la Ley de Organización y Procedimiento N° 18345,[26] normativa que contiene normas de competencia específicas en los arts. 19 a 23.

---

[25] En la forma en que surge del Decreto 1417/96.
[26] T.O. 1998 – Decreto 106/98 – B.O. 30/1/98.

El fuero laboral nacional, que actualmente se halla integrado por las Cámaras Nacionales del Trabajo y los Juzgados inferiores al producirse la transferencia experimentará sin dudas sustanciales reformas, en razón de que allí se tramitan numerosas causas que pertenecen a la órbita federal. En efecto, en dicho fuero se ventilan juicios en los que es parte el gobierno federal, sus entidades centralizadas, descentralizadas o cualquier otro ente público nacional y, ello determina la competencia federal por razón de las personas. En igual forma, dichos tribunales conocen en los temas referidos al encuadramiento sindical y a la personería gremial de las organizaciones de carácter nacional.

Ello demuestra que tales asuntos deberán ser deslindados y transferidos a la órbita federal,[27] debiendo ser asumidos por tribunales federales con competencia en derecho del trabajo.

Así, en la hipótesis de disponerse la transferencia de la justicia nacional del Trabajo hacia la de la Ciudad de Buenos Aires, cabe modificar el art. 20 de la Ley 18.345 en cuanto establece la competencia del fuero actual en aquellos asuntos laborales que se promuevan en contra de la Nación, sus reparticiones autárquicas, y cualquier ente público nacional, los que se tramitarán en el fuero federal de dicha ciudad; y en los pleitos laborales que se promuevan en contra de la Municipalidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los que se tramitarán por ante los tribunales en lo laboral de dicha ciudad.

Asimismo, debe modificarse el art. 21 en cuanto a **l**as causas que versen sobre el gobierno y la administración de las asociaciones profesionales cuando se tratare de organizaciones nacionales, así como, las que se susciten entre ellas y sus asociados en su condición de tales, las que se tramitarán en los tribunales federales, cuando ello fuere pertinente. Como así también, los recursos cuyo conocimiento se atribuía a los jueces nacionales de primera instancia del trabajo o a la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, los que se tramitarán ante los tribunales federales, en el supuesto de que se presentará un asunto de competencia federal.

En relación al art. 23 la reforma se dirigirá a los recursos previstos por las leyes que prevén recursos por las leyes contra resoluciones de la autoridad administrativa nacional que sancionen infracciones a las normas legales o reglamentarias del derecho del trabajo, pues esta cuestión deberá ser absorbidas por los tribunales federales correspondientes.

Lo demostrado precedentemente, ilustra acerca de que, previo a disponerse el traspaso corresponderá modificar algunas normas de la L.O.T. 18.345. Asimismo, incumbirá dictar las normas que correspondan, atribuyendo el conocimiento de las cuestiones laborales en las que se suscite alguna de las razones de la competencia federal, a los tribunales federales que funcionan en la Ciudad de Buenos Aires.

---

[27] Estos aspectos han sido expuestos en forma muy completa por Rafael A. Bielsa y Carlos A. Garber en "La transferencia a la ciudad de Buenos Aires de los tribunales nacionales con competencia ordinaria - (Problemas y Soluciones)", op. cit.

Por lo cual, pudiendo resultar voluminoso el caudal de procesos laborales que deberán absorber por los tribunales federales, debería estudiarse la conveniencia de la conversión de algunos de los juzgados de dicho fuero y algunas de las salas de la Cámara respectiva de la hoy justicia nacional del trabajo, en tribunales federales en lo laboral.

b) JUSTICIA NACIONAL EN LO CIVIL Y EN LO COMERCIAL

La competencia de los tribunales nacionales en lo civil y comercial, también será restringido a raíz de su traspaso a la Ciudad de Buenos Aires.

***Fueros de vecindad y extranjería**

En primer lugar, desaparecerán por tal circunstancia de su radio de acción, aquellas cuestiones que a pesar de resultar de competencia federal fueron admitidas en el mismo, merced a un criterio muy discutible.

Tales asuntos, son aquellos procesos en donde está presente el fuero de vecindad y el de extranjería, los que por imperio de los arts. 116 y 117 de la C.N., art. 2°, inc. 2° de la Ley 48 y art. 111, inc. 2° de la Ley 1893, pertenecen a la competencia de los tribunales federales, no obstante los cual, son tramitados y resueltos por ante los tribunales nacionales en lo civil o en lo comercial,[28] según fuere la naturaleza de la pretensión demandada. Como dato ilustrativo, puede indicarse, que las derogadas normas de la ley 13.998 siguen citandose innecesariamente en la actual jurisprudencia de la CSJN,[29] criterio que en un trabajo anterior se juzgó desacertado. [30]

Por lo dicho, al efectuarse la proyectada transferencia, tales asuntos volverán indefectiblemente a la competencia de los tribunales federales capitalinos.

*** Casos en los que es parte la Ciudad de Buenos Aires – ex Municipalidad de Bs.As. -**

En segundo lugar, es posible interpretar, que también corresponde apartar del fuero en lo civil y en lo comercial, a aquellos asuntos fundados en el derecho privado o común, en los cuales, actúe en calidad de parte la Ciudad de Buenos Aires, ex – Municipalidad de Buenos Aires.

El art. 97 de la Ley 19.987 – Régimen Municipal de la Ciudad de Buenos Aires -, en general estableció, que debían tramitarse por ante los tribunales nacionales de primera instancia en lo civil y en lo comercial de la Capital Federal, según corresponda, las causas en

---

[28] Se sigue en general el criterio sostenido principalmente por: Palacio, Lino E. "Derecho Procesal Civil y Comercial de la Nación", Abeledo – Perrot, 1969, T. II, p.520.

[29] Ver Dictamen del Procurador General en Fallos: 323,1534 y Fallos: 312,1495; 313,1467, entre muchos otros casos.

[30] Este criterio lo sostuve en mi comentario: "Algunas leyes derogadas, ¿Por qué se aplican en la competencia federal", La Ley, Columna de Opinión, 2/5/2001, p. 1 /2. Allí sostuve que no es acertado excluir de la competencia federal de los tribunales porteños a las razones de vecindad y de extranjería, pues dicha exclusión respondió a la Constitución Nacional de 1949 en donde habían desaparecido ambos fueros – vecindad y extranjería – del ámbito de la competencia federal. Pero, cuando la Constitución Nacional fue nuevamente reformada en 1957, la situación cambió y se retrotrajo al esquema constitucional de 1853, por lo que las razones de vecindad y extranjería siguen perteneciendo al fuero federal, lo que se mantuvo con la reforma constitucional operada en 1994.

las que la Municipalidad de Buenos Aires sea parte, ya fuere por pretensiones fundadas en el derecho público, en el privado o por hechos realizados, siendo de aplicación el procedimiento previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

También se estableció allí algunas excepciones, por las cuales se contemplaban diferentes hipótesis o alternativas litigiosas, en las que correspondía intervenir directamente a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil o a la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

Cabe destacar que merced a la creación de la justicia contravencional local por la Ley 10/98, dictada por el Gobierno de la Ciudad en función del art. 129 de la C.N. y de la Ley 24.588, las faltas y contravenciones son juzgadas ahora en dicho fuero.

Una disposición semejante a la de la Ley 19.987, contiene la Ley 23.637 que modificó el art. 43 del Decreto – Ley 1285/58, el cual prevé que los juzgados nacionales de primera instancia en lo civil de la Capital Federal, conocerán, entre otras causas, en los asuntos en los que resulte parte la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, excepto los que fueren de naturaleza penal.

Frente a este cuadro normativo, la problemática principal que hoy se advierte respecto a la continuidad de los procesos iniciados en contra de la ex – Municipalidad o de la actual Ciudad Autónoma en el fuero nacional en lo Civil, plantea un serio interrogante y que consiste en precisar, si corresponde que dicho fuero siga interviniendo o, si por el contrario tales asuntos, - pendientes o a iniciarse -, deberán ser absorbidos por la justicia en lo contencioso administrativo local.[31]

Cabe tener presente también, que la referida Ley 189/99 de la Ciudad, expresa que *"Se rigen por el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, los juicios, recursos y ejecuciones de sentencia que se inicien al día siguiente de su publicación, y también los juicios, recursos y ejecuciones de sentencia iniciados con anterioridad, que se encuentren radicados transitoriamente en tribunales del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires."*

El modo en que dichas normas deben interpretarse, ha sido materia de pronunciamiento por la Cámara Nacional en lo Civil, en juicios en donde es parte demandada la Ciudad de Buenos Aires y en pretensiones fundadas en el derecho común, en los que el gobierno de la Ciudad interpuso la excepción de incompetencia de los tribunales de primera instancia, (causas: "Souza, Norberto c. Helping Sistema de Salud y otros s/ daños y perjuicios

---

[31] Camerano, Angela I., "La nueva competencia en los juicios en que la Ciudad de Buenos Aires es parte", Columna de Opinión, La Ley, 7/5/01, p. 1 / 2. El comentario de la autora, pone de relieve el estado conflictivo actual, que suscita la asignación de la competencia en los procesos en donde la Ciudad sea parte. Afirma la autora que ellos deben ser girados al fuero contencioso – administrativo de la Ciudad, creado por la Ley 189/99 y reglamentado por el Decreto N° 1275/99, en virtud a lo dispuesto por el art. 16 de la Ley 24.588/95, la cual prevé que "*El Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires dispondrá la fecha a partir de la cual quedará derogada la Ley 19.987 y sus modificatorias, así como toda normas que se oponga a la presente y al régimen de autonomía para la ciudad de Buenos Aires."*

– Resp. Prof. Médicos y Auxiliares",[32] y "Cammarota, Estela y otra c. GCBA s/ daños y perjuicios -[33], entre otras).

Con ello se descarta que el elemento – *ratione personae* – sea determinante para precisar la competencia del fuero nacional en lo civil.

Finalmente, debe señalarse que si la transferencia del fuero en lo civil se concreta, al haber sostenido el Gobierno de la Ciudad que cuando es parte en un juicio le corresponde entender al fuero contencioso administrativo local, seguramente tales asuntos desaparecerán de la órbita cognoscitiva de los tribunales civiles. Idénticas consideraciones pueden realizarse en caso de ser competente un tribunal en lo comercial por la naturaleza de la pretensión que se ejercite.

c) JUSTICIA NACIONAL EN LO PENAL – ECONÓMICO.

El fuero nacional en lo Penal Económico conoce de los delitos de naturaleza federal que afectan directamente a los intereses del Estado Nacional como el contrabando, ilícitos tributarios y aduaneros, juntamente con otros delitos fundados en el derecho común (p.ej. delitos relativos a cheques, falsedad de balances, societarios, fraudes al comercio e industria).

El traspaso de los tribunales nacionales, demandará que se deba efectuar en primer término, una división tajante entre la materia federal y la ordinaria, llevando la primera hacia tribunales federales especializados en el rubro y, dirigiendo la ordinaria hacia los órganos judiciales locales.

Esta situación también modificará el radio de actuación de la Policía Federal Argentina y del Servicio Penintenciario Federal. [34]

d) JUSTICIA NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

El "Convenio de transferencia progresiva de competencia penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", suscrito en el año 2000 al que se hizo referencia en la Sección Primera, establece entre otras cuestiones:

---

[32] CNCiv., sala E, agosto 23-2000, E.D., 189-235.

[33] CNCiv., sala B, febrero 8-2001, E.D., 18/4/01, p. 5. En general, la Cámara Nacional en lo Civil desestimó la defensa de incompetencia, sosteniendo el siguiente criterio: Que a partir "...de la puesta en funcionamiento de los Tribunales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, en las causas en que no se haya trabado la litis, habrá que analizar a los fines de la competencia, si la materia en debate es contencioso administrativa, lo que impondrá la competencia de los Tribunales Contencioso Administrativo y Tributarios de la Ciudad de Buenos Aires." ("Cammarota"). Que la legislación local resulta inaplicable por violar la jerarquía normativa que fluye de los arts. 31 y 129 de la C.N., pues la ley 24.588, "...precisa en forma inequívoca que la competencia contencioso administrativa delegada en la justicia local se determina *ratione materiae* y no por el sujeto...", por lo que, "...cabe concluir que, aún cuando pueda aceptarse, en el ámbito doctrinario, la determinación por el sujeto de aquello que el legislador porteño entiende como jurisdicción contencioso administrativa, resulta inadmisible la aplicación efectiva de tales normas, en lo que importen contradecir los términos y límites de la ley citada, ya que ello llevaría a una extralimitación de la jurisdicción contencioso administrativa local a casos – como el presente – de total naturaleza civil." ("Souza", idem "Cammarota"). Que la Constitución Nacional sólo reconoció a la Ciudad de Buenos Aires facultades jurisdiccionales dentro del marco de una ley que garantice los intereses del Estado Nacional. De allí, que la Ley 24.588 mediante su art. 8°, fijó el marco de la competencia correspondiente a la Ciudad Autónoma, por lo que no es posible admitir que disposiciones contenidas en el Estatuto Organizador local, puedan oponerse a la normativa nacional. ("Souza").

[34] Estos aspectos han sido expuestos en forma muy completa por Rafael A. Bielsa y Carlos A. Garber en "La transferencia a la ciudad de Buenos Aires de los tribunales nacionales con competencia ordinaria - (Problemas y Soluciones)", op. cit.

1. Que la investigación de los hechos de tenencia y portación de armas de uso civil y su suministro a quien no fuera legítimo usuario que se cometan en el territorio de la Ciudad, sean investigados por el Ministerio Público Fiscal y juzgados por los jueces locales competentes, de acuerdo al procedimiento establecido por la Ley 12, con la aplicación supletoria del CPPN en todo lo que no se encuentre previsto en aquella y hasta tanto se dicten las normas procesales pertinentes (Artículo Primero).
2. Que los firmantes deberán acordar directamente la modalidad de la transferencia de la competencia de los tribunales nacionales en lo correccional, como también, el traspaso de todas las facultades de investigación de los restantes delitos ordinarios al Ministerio Público de la Ciudad, en el marco de las reglas convenidas (Artículo Quinto).

En consecuencia, el traspaso de la justicia nacional en lo criminal y correccional, se encuentra en estudio, y sólo corresponderá tener presente deslindar de su espectro aquellas causas que por razón de la materia, persona o lugar resulten de competencia de los tribunales federales capitalinos.

Cabe señalar que iguales consideraciones deberán tenerse en cuenta respecto a el área de actuación de la Policía Federal Argentina y del Servicio Penintenciario Federal, conforme fue resaltado en el apartado anterior.

e) COMPETENCIA DE LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL

La Cámara Nacional de Casación Penal como último tribunal de alzada, resulta el superior tribunal en dicha materia previo al conocimiento excepcional que pueda ejercer la Corte Suprema de Justicia de la Nación en puntuales y escasos supuestos.

La Cámara Nacional de Casación Penal, se halla habilitada para entender en los recursos de casación, de inconstitucionalidad, de inaplicabilidad de la ley y de revisión articulados en los procesos penales, tramitados ante los tribunales federales que se desempeñan en todo el territorio del país, y ante la justicia nacional en lo criminal y correccional que funciona en la Ciudad de Buenos Aires.

Por ello, al suceder el traspaso de los tribunales nacionales del fuero criminal y correccional, la labor de la Cámara Nacional de Casación Penal quedará sólo circunscripta a la materia federal y a los asuntos provenientes de los tribunales federales en lo penal y correccional que seguirán funcionando en la Ciudad Autónoma y en las provincias..

Así, de concretarse el traspaso de la justicia nacional penal, también deberá disponerse la transferencia de la alguna de las salas de la Cámara Nacional de Casación hacia la justicia local de la Ciudad Autónoma, pues resulta evidente que el ámbito cognoscitivo actual del tribunal de casación nombrado, es susceptible de quedar ampliamente restringido por las causas explicadas *supra*.

Además, deberá reformarse en este aspecto, el Código Procesal Penal de la Nación en cuanto asigna el marco de competencia a la referida Cámara de Casación Penal. Esta situación

da una idea acabada de la ingente tarea que habrá que efectuar para que la transferencia resulte factible y pueda concretarse.

f) NECESIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES DE DICTAR SUS CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS

Si se ubica la situación de la ciudad de Buenos Aires en el mismo plano que el de las provincias, que conservaron para sí la facultad de dictarse los códigos de forma, es indudable que la modificación de la competencia de los tribunales nacionales, dará lugar a un ajuste de los respectivos códigos de procedimientos.

De este modo, el funcionamiento de los nuevos tribunales locales de la Ciudad de Buenos Aires exige el dictado de los respectivos códigos procesales, en virtud de que en todos los fueros nacionales se aplican hoy las leyes procesales emanadas del Congreso de la Nación. Dichas normativas también se emplean en los tribunales federales de la Capital Federal y del interior del país.

V.- CONCLUSIONES

Sistematizando lo expuesto:

1.- La transferencia de la justicia nacional exige derogar y/o modificar las partes pertinentes de la Ley 24.588, en todos aquellos preceptos que se encuentren enfrentados a las disposiciones locales de la Ciudad Autónoma. Este obstáculo jurídico y legal debe ser de pronta y prioritaria subsanación.

2.- La transferencia de la justicia nacional hacia la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, implicará una absoluta reorganización de la competencia de los tribunales que en ella funcionan, y los más afectados serán los tribunales federales.

El traspaso de los tribunales nacionales hacia la justicia local de la Ciudad de Buenos Aires ocasionará una profunda transformación en la competencia de los tribunales federales capitalinos, **pues su actual ámbito cognoscitivo deberá ser considerablemente ampliado y extendido a otras hipótesis de conflictos y litigios, ya señalados y, que hoy tramitan ante los tribunales nacionales**.

3.- Las respectivas leyes orgánicas nacionales y federales, que marcan y delimitan la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales de la Ciudad de Buenos Aires, deberán ser modificadas, adecuándoselas a la altura de la transformación que se proyecta

4.- Los códigos procesales actuales que rigen los correspondientes procedimientos en los tribunales nacionales también deberán ser modificados y adecuados.

5.- La Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá dictar sus códigos de procedimientos respectivos.

6.- La transferencia, el deslinde de la competencia ordinaria y de la federal de los tribunales nacionales exige un cabal conocimiento previo de la calidad y cantidad de procesos que se van a traspasar, y ello sólo se logrará mediante de una actividad eficiente y

meditada, apuntalada en una correcta planificación de la tarea a realizar.

Como primer medida, se exige realizar un exhaustivo relevamiento en todos los juzgados y cámaras nacionales que funcionan en la Ciudad de Buenos Aires, mediante datos estadísticos que permitan conocer y verificar las siguientes variables: a) calidad y cantidad de procesos en trámite; b) ¿qué el porcentaje de causas que resulten de competencia federal y de competencia ordinaria?; y c) todo otro dato que contribuyan a una correcta planificación del traspaso, como ser recursos humanos disponibles y/o infraestructura con que se cuenta.

Ello permitirá determinar lo siguiente:

- Que en la reglamentación de los trámites o juicios pendientes, puede seguirse lo que en su momento dispuso el art. 11 de la Ley 23.637, que unificó la ex Justicia Nacional Especial en lo Civil y Comercial con la Civil de la Capital Federal. En dicho art. 11 se estableció que las causas en trámite ante la justicia especial, al tiempo de entrar en vigencia esa ley, debían continuar sustanciándose ante los juzgados en los que se estaban tramitando, aún cuando no se encontrara trabada la *litis*. Por lo que, en el caso, podría adoptarse igual criterio.
- Que en forma contemporánea al traspaso deberá organizarse lo concerniente a los juicios pendientes que sean de competencia de los tribunales federales. A este respecto, podría disponerse su continuación por algunos juzgados nacionales "residuales" mantenidos a ese efecto o, girarse al tribunal federal que corresponda, según el procedimiento que se concierte con las respectivas Cámaras Federales de Apelación;[35] un criterio semejante podría adoptarse también respecto a la Cámara Nacional de Casación Penal.
- Que en lo referente a los funcionarios y empleados, también podría imitarse la regla que oportunamente instauró el art. 12 de dicha Ley 23.637, según la cual, la redistribución debería realizarse manteniendo el cargo, jerarquía y funciones.

7.- Deberá tenerse en cuenta, que la Ley Orgánica de Ministerio Público N° 24.946,[36] que rige para el fuero nacional y el federal de la Ciudad de Buenos Aires y para los tribunales federales de provincias, también deberá ser adecuada a las normas que dispongan el traspaso, para evitar caer en un estado de caos normativo.

8.- Un criterio semejante deberá observarse respecto a la Policía Federal y al Servicio Penitenciario Nacional.

Todas las reflexiones precedentes procuran hacer hincapié en que la transferencia de los tribunales nacionales no es tarea fácil ni sencilla, sino que exige la formulación de un cuidadoso plan estudiado y meditado y, para confeccionarlo resultan imprescindibles los datos estadísticos provenientes de los juzgados y de las cámaras. La operatividad y eficiencia de los mecanismos que se adopten es lo que le proporcionará eficacia a la labor judicial que se desea encarar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

---

[35] Ver la opinión de Bielsa y Garber, "La transferencia a la Ciudad de Buenos Aires...", op. cit., p. 1056 y sus notas.

[36] B.O. 23/3/98.

No puede dejar de advertirse asimismo, que el proyectado traspaso incidirá seriamente en la labor del Consejo de la Magistratura de la Nación, organismo creado por la reforma constitucional de 1994, ya que su tarea de selección y enjuiciamiento de magistrados como la concerniente a la administración y organización del sistema de justicia nacional y federal, se verá sensiblemente mermada o acotada. Toda vez que la transferencia importará reducir el ámbito del Poder Judicial de la Nación, es lógico concluir que el citado Consejo también verá menguadas sus funciones.

Como se ha visto, **la cuestión de la transferencia no sólo involucrará el punto referido a la inamovilidad de los jueces y su independencia que tantas controversias despierta, sino que implicará una de las modificaciones de instituciones judiciales nacionales, con mayor trascendencia de los últimos tiempos.** [37]

[37] Como lo ha puesto en evidencia la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional en su solicitada publicada en el diario "La Nación", el 3/3/98 ; el "Informe sobre las gesiones realizadas con referencia al pretendido traspaso de la Justicia Ordinaria de la Capital", Rev. de la Asociación de Magistrados y Funcionarios "Y Considerando", mayo de 1998, p. 15 ; la opinión de la Dra. Hortensia D. T. Gutierrez Posse en "El Estado de Derecho y una "Transferencia" de la Judicatura", Rev. "Y Considerando", cit. p. 5.

Anexo 32

COMITE CONSULTIVO DE FORES

EVALUACIÓN DEL MINISTERIO PUBLICO POR LA INICIATIVA DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL - DECRETO NRO. 635/2020

***Miguel Ángel Caminos**

Al aceptar la invitación del Comité Consultivo de FORES para evaluar, de manera técnica e independiente, la iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional de reforma de la justicia que plasmó con la creación, por Decreto nro 635/2020, del "Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público", concordamos en tratar lo atinente al Ministerio Público y al sistema de juicios por jurados de acuerdo a los contenidos enunciados en los puntos 4 y 5 del mencionado decreto.

Al respecto el Poder Ejecutivo encomendó al Consejo consultivo la realización de un análisis sobre su ge que incluya: a) la conveniencia o no de modificar el actual régimen legal de designación de sus titulares y la posibilidad de que sus mandatos sean temporarios; b) Respecto del Ministerio Público Fiscal, realizar una evaluación acerca de la posibilidad y conveniencia, o no, de incorporar a su estructura la actual Oficina Anticorrupción y Unidad de Información Financiera; c) respecto del Ministerio Público de la Defensa, analizar la posibilidad de integrar, mediante convenios, al servicio de defensa oficial a los Colegios Públicos de Abogados de las respetivas jurisdicciones; y d) incorporación de perspectiva de género en la composición del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa y en los actos que hacen a su funcionamiento.

En ese orden presentamos nuestras conclusiones con los límites propios de no haber contado con la información técnica ofrecida en dicho decreto al Consejo Consultivo

I) ANÁLISIS SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL MINISTERIO PÚBLICO Y, EN PARTICULAR, LA CONVENIENCIA O NO, DE MODIFICAR EL ACTUAL RÉGIMEN LEGAL DE DESIGNACIÓN DE SUS TITULARES Y LA POSIBILIDAD DE QUE SUS MANDATOS SEAN TEMPORARIOS.

Se trata de aspectos medulares que se vinculan directa y fundamentalmente con la manda constitucional de preservar la independencia, autonomía funcional y autarquia financiera del Ministerio Público como órgano extra poder, objetivos sobre los que se sustentarán los términos de nuestra evaluación y propuestas.

Antecedentes y leyes vigentes

a) La ley 24.946, sancionada el 11 de marzo de 1998, trató en forma conjunta los aspectos comunes a ambos Ministerios, mas allá de regular las cuestiones específicas relativas a cada uno de ellos.

Definió en el art. 3° que el Ministerio Público Fiscal se integraba con: a) El Procurador General de la Nación; b) los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas; c) los Fiscales Generales ante los tribunales colegiados de Casación, de segunda instancia, de instancia única, los de la Procuración General y los de Investigaciones Administrativas; d) los Fiscales Generales Adjuntos ante los tribunales y organismos enunciados en el inc. c); e) los Fiscales ante los Jueces de 1a instancia, Fiscales de la Procuración General y Fiscales de Investigaciones Administrativas, Fiscales Auxiliares de los Fiscales de 1ra. Instancia y de la Procuración General de la Nación.

El Ministerio Publico de la Defensa (art 4°) se integraba con: a) el Defensor General de la Nación; b) los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación; c) los Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante los Tribunales de Segunda Instancia, de Casación y ante los Tribunales Orales en lo Criminal y sus adjuntos; Defensores Públicos Oficiales ante la Cámara de Casación Penal, Adjuntos ante la Cámara de Casación Penal, ante los Tribunales Orales en lo Criminal, Adjuntos ante los Tribunales Orales en lo criminal, de Primera y Segunda Instancia del interior del país, ante los Tribunales Federales de la Capital Federal y de la Defensoría General de la Nación; d) los Defensores Públicos de Menores e Incapaces Adjuntos de Segunda Instancia y Defensores Públicos Oficiales Adjuntos de la Defensoría General de la Nación; e) los Defensores Públicos e Incapaces de Primera Instancia y Defensores Públicos ante los Jueces y Cámaras de Apelaciones. f) Defensores Auxiliares de al Defensoría General de la Nación. Integraron el Ministerio Público de la Defensa los Tutores y Curadores Publicos cuyas actuaciones regula la ley. (art. 4°)

Estableció en el artículo 5° que al Procurador General de la Nación y al Defensor Oficial de la Nación, los designa el Poder Ejecutivo Nacional con el acuerdo del Senado por dos tercios de los miembros presentes. Gozan de estabilidad, mientras dure su buena conducta, hasta los 75 años y quedan sujetos a un nuevo nombramiento por cinco años que podía ser repetido indefinidamente (art.13). Sólo pueden ser removidos por las causales y mediante el procedimiento establecido por los arts. 53 y 59 de la Constitución Nacional (art.18).

A los magistrados inferiores los designa el Poder Ejecutivo con acuerdo de la mayoría simple del Senado, en base a una terna presentada sea por el Procurador General, sea por el Defensor General (art. 5°) y gozan de la estabilidad prevista en el art. 13. Sólo prestando conformidad pueden ser trasladados a otras jurisdicciones territoriales (art. 15).

El Tribunal del Concurso público de oposición y antecedentes para elaborar las ternas es convocado por el Procurador General de la Nación o el Defensor General de la Nación y se integra con 4 magistrados de jerarquía no inferior a los cargos previstos en los incs. c) de los artículos 3 y 4 y presidido por un magistrado de los mencionados en los incisos b y c de los citados artículos salvo los casos de concursos para cubrir cargos de Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas, Fiscal General, Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación o Defensor Público ante los tribunales colegiados, supuestos en los cuales el tribunal examinador debe ser presidido por el Procurador General o por el Defensor General de la Nación, según el caso (art. 6°).

Al Procurador General de la Nación y al Defensor General de la Nación los reemplaza el Procurador Fiscal o el Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según el caso, con mayor antigüedad en el cargo (art. 11).

Se integra el Tribunal de Enjuiciamiento con siete miembros: a) tres vocales que deben reunir los requisitos constitucionales para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y son designados, uno por el Poder Ejecutivo, otro por el Senado y otro por la Corte Suprema; b) dos vocales abogados de la matrícula federal que reúnan los requisitos constitucionales para ser miembro de la Corte Suprema, que serán designados, uno por la Federación Argentina de Colegios de Abogados y otro por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; c) dos vocales elegidos por sorteo, uno entre los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación o Fiscales Generales y otro entre los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema o Defensorías Públicas ante tribunales colegiados (art 19).

b) La ley 24.946 fue reemplazada, en junio de 2015, por otras dos, actualmente vigentes, que independizaron la regulación de cada uno de los ministerios públicos.

1°) La nro. 27.148 -Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal-, deroga toda norma, acordada, resolución o cualquier disposición reglamentaria, total o parcialmente contraria a la presente ley. Sus artículos 11, 62 y 76, mantienen, respecto del Procurador General de la Nación, las mismas fórmulas de nombramiento, estabilidad y causales y modo de remosión, que las contempladas en la ley 24. 946. Las funciones y atribuciones del Procurador General son regladas en el capítulo 2, arts. 11 a 14. En caso de licencia, recusación, excusación impedimento o vacancia, sus funciones serán ejercidas por un fiscal coordinador de distrito. A falta de designación intervendrá el que tenga más antigüedad en el cargo (arts. 12 y 13).

Tras establecer las funciones y los principios generales y actuación, determina que el Ministerio Público Fiscal es una organización jerárquica cuya máxima autoridad es el Procurador General de la Nación . En su actuación es único e indivisible y estará representado en la actuación de cada uno de sus funcionarios. La organización y estructura se regirá bajos criterios de flexibilidad y dinamismo en miras a atender las

necesidades que la complejidad y conflictividad social le demanden. (art. 9 ptos. a) y b).

Define en el art.10 que son órganos permanentes, sin perjuicio de los que se creen por resolución del procurador general para atender un conjunto de casos o un fenómeno criminal en particular: a) el Procurador General de la Nación; b) el Consejo General del Ministerio Publico Fiscal de la Nación; c) las Fiscalías de Distrito (no fueron habilitadas); d) las Fiscalías en materia no penal en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; e) las Unidades fiscales de fiscalía de distrito (no fueron habilitadas); f) las Procuradurías especializadas; g) Unidades fiscales especializadas; y h) Direcciones generales.

El Consejo General del Ministerio Público asesora al procurador general en el diseño de la política de persecución penal y en otros temas que solicite, a la vez que propone medidas de corrección o instrucciones generales para el mejor funcionamiento de la institución, convoca a personas e instituciones que, por su experiencia profesional o capacidad técnica, estime conveniente escuchar, y dictamina cuando una instrucción general o una disposición reglamentaria fuese objetada por un magistrado del Ministerio Publico Fiscal (15). Lo integran el Procurador General de la Nación, que lo preside, y seis vocales con cargo de fiscal general (art. 16), que durarán dos años en la funcion y elegidos por el sufragio directo de los magistrados del Ministerio Público y reelegido por un solo período consecutivo. Sesionará ordinariamente al menos dos veces al año y, extraordinariamente cuando la presidencia los convoque. Sus decisiones se tomarán por mayoría de sus miembros (art.16).

Se determina que la Procuración General de la Nación contará con las siguientes procuradurías especializadas: Procuraduría de Investigaciones Administrativas; Procuraduría de Defensa de la Constitución; de Crímenes contra la Humanidad; Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos; Procuraduría de Narcocriminalidad; Procuraduría de Trata y Explotación de Personas; y Procuraduría de Violencia Institucional (art. 22).

El artículo 44 determina que son magistrados y funcionarios de carrera del Ministerio Público Fiscal de la Nación quienes detenten los siguientes cargos: a) Procuradores fiscales, b) Fiscales Generales; c) Fiscales Generales de la Procuración General de la Nación; d) Fiscal de Investigaciones administrativas; e) Fiscales; f) Fiscales de la Procuración General de la Nación; g) Auxiliares fiscales; h) Asistentes Fiscales.

Para la designación de los procuradores fiscales, Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas, fiscales generales, fiscales generales de la Procuración General, fiscales y fiscales de la Procuración General, se llevarán adelante concursos públicos de oposición y antecedentes, de los cuales surgirán las ternas de candidatos que el Procurador General de la Nación presentará al Poder Ejecutivo quien eligirá a uno de ellos, cuyo nombramiento requerirá el acuerdo de la mayoría simple de los miembros presentes del Senado. El Procurador General de la Nación podrá cubrir interinamente el

cargo de que se trate hasta la designación definitiva de su titular. (art.48).

El concurso de oposición y antecedentes será sustanciado ante un tribunal convocado por el Procurador General de la Nación de conformidad con la reglamentación que se dicte al respecto. La prueba de oposición oral será pública y versará sobre temas y/o casos, estos últimos elegidos por sorteo previo.El procedimiento no incluirá, en ningún caso, entrevistas personales y estará regido por los principios de objetividad, igualdad de oportunidades y transparencia (art. 49).

El tribunal será presidido por el Procurador General de la Nación o por un magistrado del Ministerio Público Fiscal de la Nación, de conformidad a la reglamentación que se dicte al respecto. Estará integrado por tres magistrados del Ministerio Público Fiscal de la Nación y un jurista invitado. Los juristas invitados de cada concurso serán elegidos de una lista de académicos o juristas de reconocida trayectoria previamente confeccionada de acuerdo con la reglamentación que se dicte al respecto. La composición del tribunal procurará garantizar la diversidad geográfica, funcional y de género de quienes lo integren (art. 50).

Gozan de estabilidad mientras dure su buena conducta y hasta los 75 años de edad, a partir de lo cual quedarán sujetos a un nuevo nombramiento por el término de cinco años, que podrá ser reiterado por el mismo procedimiento (art. 62) y de inmunidades funcionales y se garantiza la imposibilidad de traslado fueran de las provincias o de la ciudad autónoma, sin su consentimiento (arts. 62 y 63). El régimen disciplinario y las faltas previstas se estipulan en los arts. 65 a 75, y comprende la intervención del Consejo Evaluador, que se integrará conforme la reglamentación que se dicte, a fin de que emita opinión no vinculante sobre el objeto de las actuaciones (art. 73).

En los supuestos de remoción, el Procurador General elevará el caso al Tribunal de Enjuiciamiento (art. 74 y 76), integrado por siete miembros: a) tres vocales designados, uno por el Poder Ejecutivo, otro por la mayoría de la Cámara de Senadores y otro por el Consejo Interuniversitario Nacional, b) dos abogados de la matrícula federal, designados uno por la Federación Argentina de Colegios de Abogados y otro por el Colegio Público de abogados de la Capital Federal y c) dos vocales elegidos por sorteo, uno entre los fiscales generales y otro entre los fiscales (art.77).

2°) La 27.149 -Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa- deroga la ley 24.946 y sus modificatorias en lo pertinente al Ministerio Público de la Defensa y las disposiciones referentes a sus integrantes, salvo lo expresamente dispuesto por el art. 75 de la presente ley que es el relativo a la implementación progresiva del Código Procesal Penal de la Nación sancionado por ley 27.063 (art. 79).

En el título I establece los principios generales y resguardos institucionales y define que el Ministerio Público de la Defensa es una institución de defensa y

protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos indiviudales y colectivos, de acuerdo a los principios, funciones y previsiones establecidas en la presente ley. Promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situaciones de vulneravilidad (art. 1° a 7°).

Son órganos del Ministerio Público de la Defensa: a) La Defensoría General de la Nación, que administra y gestiona la provisión del servicio de Defensa Pública, garantiza su prestación efectiva y adecuada y diseña y ejecuta sus políticas públicas. Es la sede del Defensor General de la Nación. b) La Defensoría Pública es responsable primaria de la representación y asistencia de casos ante diversos fueros e insancias. c) El Consejo Asesor del Ministerio Público de la Defensa es el órgano consultivo del Defensor General de la Nación (art. 8°). Los arts. 10 a 13 describen las funciones atinentes a cada uno de esos órganos.

Los cargos de Defensores Públicos, en calidad de magistrados, se consignan en el artículo 15, cuyas denominaciones, a excepción de la del Defensor General, fueron transformadas conforme se detalla el artículo 73. Se les reconoce inmunidades y estabilidad mientras dure su buena conducta y hasta los 75 años a partir de lo cual quedan sujetos a la exigencia de un nuevo nombramiento precedido de igual acuerdo por el termino de cinco años que puede ser reiterado por el mismo procedimento (art. 21 y 22).

El Defensor General es designado por el Poder Ejecutivo Nacional con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes (art. 26). Sólo puede ser removido por las causales y mediante el procedimiento establecido en los arts. 53 y 59 de la Constitución Nacional (art. 57).

Los restantes magistrados previstos son designados mediante concurso público de oposición y antecedentes del cual surgirá una terna que el Defensor General presentará al Poder Ejecutivo, quien elegirá a un candidato cuyo nombramiento requerirá el acuerdo de la mayoría simple de los miembros presentes del Senado (art. 27). Al Jurado del Concurso lo preside el Defensor General y lo integran además tres magistrados del Ministerio Público de la Defensa con rango no inferior a Juez de Cámara y tres años de antigüedad en el cargo, y un jurista invitado (arts.27 y 30).

Tales Defensores sólo pueden ser removidos de sus cargos por el Tribunal de Enjuiciamiento integrado por siete miembros: tres vocales, que deben cumplir los mismos requisitos que para ser Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, designados uno por el Poder Ejecutivo, uno por el Senado y uno por el Consejo Interuniversitario Nacional; dos vocales abogados de la matricula federal, designados uno por la Federación Argentina de Colegios de Abogados y otro por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; dos vocales elegidos por sorteo público entre los Defensores Públicos Oficiales que tengan un rango no menor a Juez de

Cámara y tres años de antigüedad en el cargo, uno entre quienes se desempeñan en el interior del país y uno entre quienes se desempeñan en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 58 y 62 de la ley 27.149)

c) El 24 de diciembre de 2015, mediante **decreto 257**, el Poder Ejecutivo sustituyó el artículo 39 y derogó el Título VI (arts. 81 al 88) todos de la ley 27148, a la vez que sustituyó el artículo 65 y derogó los arts. 75 al 81 y 83, y el anexo I de la ley 27.149, relacionados con la implementación del nuevo código procesal cuya entrada en vigencia se modificó de acuerdo a un cronograma progresivo. Se fundamentó la disposición en que ambas leyes rediseñaron la estructura y funcionamiento de los ministerios públicos para adaptarlos a las necesidades del sistema procesal acusatorio por lo que las reformas, que encontraban su razón de ser y operatividad en la efectiva puesta en marcha del código sancionado por ley 27.063, debían ser dejadas sin efecto ante el diferimiento de la entrada en vigencia. El decreto fue aprobado por mayoría de la Comisión Bicameral Permanente en febrero de 2016.

d) El 5 de abril de 2016 el Poder Ejecutivo Nacional presentó un **proyecto de reforma de la ley 27.148**, orgánica del Ministerio Público Fiscal.

En el mensaje se destaca que el proyecto impulsado tiende a armonizar ciertos aspectos de las modificaciones introducidas por la anterior reforma, unificando los criterios vigentes para los dos órganos que componen el Ministerio Público, toda vez que, si bien resultan independientes entre sí, fueron pensados por el constituyente con un mismo fin de defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad. Es por eso que el marco normativo que los regula debe responder a criterios comunes en ciertos aspectos troncales que son compartidos.

Entre los objetivos propuestos figuran: el asegurar la independencia de Ministerio Público Fiscal, como órgano extra-poder y efectivizar la autarquía financiera para viabilizar su autonomía funcional (art. 120 CN); fortalecerlo como organismo fundamental del sistema de justicia y mejorar su institucionalidad; establecer límites y controles al ejercicio del poder unipersonal del PGN.; flexibilizar su estructura organizacional para la implementación del sistema acusatorio (CPPF, ley 27.063); favorecer la especialización para el desarrollo de políticas institucionales en materias complejas; mejorar la transparencia y otorgar estabilidad a los procesos de selección y remoción de fiscales y garantizar su autonomía funcional conforme a los principios de independencia y objetividad.

A efectos de asegurar la independencia del MPF se estimó indispensable que la designación del Procurador General cuente con el consenso de la mayoría de las fuerzas políticas y se respete la estabilidad y autonomía de los fiscales para investigar. No se propuso reformar el sistema de designación previsto en el artículo 11 de la ley 27.148, al considerar que garantizaba la objetividad en el ejercicio del cargo. Dado que se trata de una magistratura unipersonal, no sujeta a escrutinio popular, el ejercicio del

cargo, al igual que el de los Subprocuradores (cargos éstos cuya creación propone el proyecto) debe ser temporal sin reelección por un segundo mandato ininterrumpido para evitar incentivar la complacencia con el poder político. Se propone el plazo de 4 años de duración, que se estimó suficiente para el desarrollo de una política criminal, de desempeño institucional y la debida coordinación con las políticas públicas establecidas por el poder ejecutivo en materia de justicia y seguridad.

En cuanto al proceso de remoción, se apartó del sistema de juicio político previsto en la ley 27.148, al entender que, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los precedentes " Molinas, Ricardo Francisco" (Fallos 314:1091) y "Solá, Roberto" (Fallos 320:2509), el procedimiento reglado por el art. 53 de la CN es taxativo para los sujetos contemplados en esa norma. Se propuso, en consecuencia, que la remoción fuera a solicitud del Poder Ejecutivo o de la Cámara de Diputados, por mayoria simple, y por resolución de dos tercios de los miembros presentes del Senado, previa audiencia del interesado.

Entre otros rasgos salientes se contempla el sistema de reemplazo del Procurador General acudiendo al magistrado de mayor antigüedad dentro de la estructura. A fin de diferenciar las funciones de administración y representación del MPF del impulso de la acción judicial, se crean las figuras de los subprocuradores generales en derecho penal, en delito organizado, en derecho público y en derecho privado. Los subprocuradores son los responsables del cumplimiento de las funciones del Ministerio Público Fiscal dentro del ámbito de sus competencias y su autoridad se extiende a todo el territorio nacional. Se mantienen las procuradurias especializadas.

Se abandona la función meramente consultiva del Consejo General del Ministerio Público al otorgársele el rol de gestión y desempeño institucional previéndose su intervención vinculante a fin de evitar la absoluta discrecionalidad en la creación de nuevas dependencias que pudiera dar lugar a abusos y arbitrariedades Se integra con el Procurador General, los cuatro subprocuradores, dos fiscales generales y dos fiscales. El Procurador General ejerce la presidencia pero no vota salvo en caso de empate.

Se prevé la evaluación de los candidatos a ocupar cargos de magistrados del MPF, mediante instancias orales y públicas, grabadas en soporte de imagen sonido para otorgarle difusión publica. Se asegura la estabilidad de los magistrados inferiores con el nombramiento por el Poder Ejecutivo y con acuerdo del Senado por mayoría simple de sus miembros, hasta los 75 años de edad y renovable por cinco más. Establece, como principio general, que los magistrados no puedan ser trasladados a una jurisdicción o distrito diferente de aquel para el que hubieran sido nombrados, a fin de evitar mecanismos espurios orientados a tergiversar el acuerdo otorgado por el Senado.

Se impulsa el abordaje del trabajo en equipo con colaboración de las unidades de apoyo especializadas en desmedro de la relación jerárquica entre los magistrados, permite la coordinación e intercambio de información y el diseño de

estrategias de investigación para alcanzar una mayor efectividad orientada a requerir el juzgamiento de los delitos o salidas alternativas al proceso. La estabilidad del fiscal a cargo de la investigación asegura su independencia y autonomía en relación al poder político, económico o a cualquier otra interferencia que pudiera sufrir. Asimismo le permite al magistrado impulsar en el juicio la imputación que surja de la investigación que él mismo realizó.

En definitiva se resalta que, respetando y profundizando el camino emprendido por la ley 27.148 en la búsqueda de una adecuación de la organización del Ministerio Público Fiscal a las funciones propias de los sistemas acusatorios, se pretende dotarlo de mayor transparencia, flexibillidad y dinamismo, distribuyendo las diferentes funciones en órganos específicos que permitan un mayor equilibrio y control en la toma de decisiones trascendentes, así como la especialización y el trabajo en equipo que se adapte a las distintas circunstancias que se presenten, para la más efectiva y eficiente consecución de los objetivos del organismo.

Este proyecto, que finalmente no prosperó, fue objeto de críticas por sectores políticos y académicos , en particular porque, si bien existía coincidencia en modificar la naturaleza vitalicia del cargo de Procurador General, el plazo de cuatro años se estimaba insuficiente para diseñar un plan estratégico de política criminal, amén de que la posible coincidencia con plazos electorales podia afectar la independencia del órgano al vincularse con las elecciones del poder ejecutivo y del congreso. Desde otra óptica, la controversia fincó en las restricciones a las facultades propias del Procurador General de diseñar y fijar la política general del Ministerio Público que se transfiere a los Subprocuradores. Por lo demás, el Consejo de Fiscales pasaba a ser un órgano de gobierno lo que también representaba un cercenamiento de facultades.

En la Comisión pertinente de la Cámara de Diputados se recogieron algunas de aquellas críticas y así se corrigió el proyecto de manera que, entre otros aspectos, se eliminaron las Subprocuradurias y se extendió a cinco años el plazo del mandato del Procurador General. No obstante, se le otorgó a la Comisión Bicameral de Control y Seguimiento del Ministerio Público funciones de gestión y de aprobar nombramienos, lo que también suscitó fuertes críticas.

e) En noviembre de 2017 se presentó un **proyecto de reforma** consensuado entre los Senadores del oficialismo y oposición, Pinedo, Pichetto, Rozas, Guastavino y Urtubey, que propuso, entre otros puntos centrales, sustituir el ejercicio vitalicio de los cargos de Procurador General y de Defensor General, por un período de cinco años, con posibilidad de una reelección por dos años más. La designación la realizaría el Poder Ejecutivo Nacional con el acuerdo de la mayoría absoluta de los miembros del Senado. Se reemplaza el sistema de juicio político por un proceso de remoción con de la mayoría absoluta de ambas Cámaras del Congreso, a la vez que habilita la iniciativa, por resolución fundada, del Poder Ejecutivo, a partir de lo cual se produciría la suspensión de oficio en el ejercicio del cargo por un plazo de 180 días.

Elimina las procuradurías especiales y las direcciones generales e impone la obligación de brindar un informe anual a la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación.

Desde distintos sectores, incluida la Asociación de Fiscales, cuestionaron el proyecto en el entendimiento que afectaba severamente las garantías de estabilidad y de desempeño independiente de los Ministerios Públicos.

La Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, que también se expresó de manera critica, encargó un dictámen al abogado constitucionalista, Dr. Andrés Gil Dominguez, respecto de la interpretación y alcance del artículo 120 de la Constitución Nacional, específicamente con relación a: naturaleza del órgano, atribuciones y garantías, duración del mandato del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación, sistema de remoción y designación de los titulares y demás miembros de los Ministerios Públicos y relaciones con el Poder Judicial y Poder Legislativo. Los puntos del dictámen que consideramos más relevantes por guardar relación con los aspectos aquí tratados, se puntualizarán y transcribirán textualmente en el punto siguiente.

f) El dictamen del Dr. Gil Domínguez destacó, en primer término, el carácter de órgano extra-poder del Ministerio Público, conforme fue definido al concretar, en la Convención reformadora de 1994, su incorporación al texto constitucional. En palabras del Convencional Masnatta: "*la regulación parte de la premisa contenida en dicha ley* (en referencia a la ley que declaró la necesidad de la reforma)*, según la cual debe incorporarse con carácter de órgano extra poder, previendo un artículo en un nuevo capítulo de la segunda parte de la Constitución Nacional. Así se da cauce a la constitucionalización de un órgano con carácter independiente de los poderes Ejecutivo y Judicial...Tal vez, no es una terminología apta para ser incluida expresi verbis en el lenguaje de la Constitución, pero su significación semántica es fácilmente alcanzable. Se quiere expresar que no tiene que estar sometido al Poder Ejecutivo pero tampoco al Poder Judicial ya que tiene que actuar con independencia de los dos....".* (Diario de Sesiones, Convención Nacional Constituyente 34° Reunión, 3° Sesión Ordinaria (Continuación), 19 de agosto de 1994, p. 4662 y 4663) Con el mismo sentido, utilizaron idéntica expresión los Convencionales Alegre y De la Rúa (ibídem p.4672 y 4676 respectivamente).

Referenció que el Ministerio Público se ubica dentro de la segunda parte de la Constitución, destinada a las autoridades de la Nación en una sección propia -la cuarta- y distinta de las secciones destinadas a regular a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Como elemento comparativo, remarcó la diferencia sustancial entre la ubicación constitucional del Ministerio Público en el organigrama constitucional y otros órganos que también fueron incorporados por la reforma de 1994, tales como el Defensor del Pueblo y la Auditoría General de la Nación, los cuales se ubican en la sección respectiva del Poder Legislativo.

En el acápite siguiente, trata las atribuciones y garantías constitutivas

del órgano.

Sostiene que el art. 120 de la Constitución argentina establece como *atribución funcional* promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, como *garantía institucional* la independencia, la autonomía funcional y la autarquía financiera, como *obligacional en su carácter de órgano extrapoder* la coodinación con las demás autoridades de la Nación, como *organización estructural* un esquema bicéfalo encabezado por un Procurador General a cargo del Ministerio Público Fiscal y un Defensor General a cargo del Ministerio Público de la Defensa y como *garantía funcional* la inmunidad en el ejercicio de sus prerrogativas y la intangibilidad de las remuneraciones.

La independencia, la autonomía y la autarquía financiera del Ministerio Público, advierte, configuran una garantía institucional que trasciende las decisiones que pudiera adoptar una mayoría circunstancial. Son plenamente operativas, aplicables a toda circunstancia, se vinculan con la ética de la verdad más allá de todo rigorismo formal o error material y el legítimo ejercicio legislativo por parte del Congreso no impide su plena aplicación y eficacia. Las garantías institucionales se enrolan en el modelo que define a los derechos fundamentales como instituciones jurídicas. Son posiciones de derecho fundamental que tienen como objeto una específica abstención: *"prescriben a los poderes del Estado el deber de abstenerse de abolir o desnaturalizar una determinada institución"* (Bernal Pulido, Carlos, "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p 81).

Resaltó que la autonomía funcional traza una frontera que impide cualquier injerencia en los otros poderes, lo cual implica independizar al Ministerio Público de toda subordinación a cualquier otro poder del Estado.La autarquía financiera supone que el Ministerio Público debe contar con los recursos necesarios para desarrollar plenamente la autonomía funcional asignados por la ley de presupuesto en forma separada y que tiene a su entera disposición los recursos del Tesoro Nacional como así también, los recursos propios (Bidart Campos, Germán J, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Tomo II-B, -Eidar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2005,p.441).

Sobre esa base explicó que el tríptico independencia-autonomía funcional-autarquía financiera se enlaza con las garantías funcionales establecidas por las Constitución. En primer lugar, los miembros del Ministerio Público tienen las mismas inmunidades que detenta el Defensor del Pueblo que, conforme lo establece el artículo 86 de la Constitución argentina son las mismas que ostentan los legisladores conforme lo establecen los arts. 68, 69 y 70 de la Constitución. En segundo lugar, la intangibilidad de las remuneraciones remite al contenido establecido por el art. 110 de la Constitución argentina. En la Convención Constituyente de 1994, el Convencional Masnatta expresó: "*¿Cuáles son las garantías? se ha señalado que debe tener inmunidad funcional a imagen y semejanza de la que se le ha otorgado al Defensor del*

Pueblo. Además debe asegurársele, como ocurre con los jueces, la intangilidad de las remuneraciones (Diario de Sesiones p. 4663).

Explicó que las garantías institucionales y funcionales convergen de manera estática y dinámica con el objeto de poder hacer efectivo el mandato de promover a través de su estructura bicéfala la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la Nación. El primer objetivo implica que no representa al Gobierno ni al Estado y que debe defender los intereses de la sociedad cuando son agredidos por el Estado o por los particulares. La segunda función se vincula con hacer efectiva la fuerza normativa de la regla de reconocimiento constitucional y convencional en todos los procesos en los que deba actuar.

En su criterio, La obligación constitucional de coordinación con los demás poderes de la Nación implica que el Ministerio Público debe concertar medios y esfuerzos con los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial a efectos de poder alcanzar un accionar común en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad teniendo en permanente consideración que sus miembros no son mandatarios de mayorías ni minorías electorales, sino representantes de la sociedad en su conjunto, ajeno a los cambios y humores circunstanciales de los partidos que disputan el gobierno del Estado (Ortiz Pellegrini, Miguel A."El Ministerio Público Fiscal en la Constitución Nacional").

Recordó el autor del dictámen que en la Convención Constituyente se produjo un interesante debate respecto de las omisiones en las que incurría el texto que se estaba sancionando respecto a otros aspectos relevantes de las garantías institucionales del Ministerio Público.

En ese órden el Convencional Alegre expresó: *"Personalmente hubiese deseado que este Ministerio Publico establezca en forma concreta la designación del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación. Según los criterios utilizados permanentemente para establecer los otros órganos de control, hubiese preferido que se estipule la forma de designación y que la ley posterior a la que se remita sea aprobada por una mayoría especial, es decir la mitad mas uno de los miembros de ambas Cámaras o con los dos tercios como se ha previsto para el caso del Defensor del Pueblo y otros órganos de control que prevé la nueva Constitución. De todas maneras , esta es una aspiración personal. Voy a apoyar este dictamen de mayoría porque constituye un visible avance para el sistema que está estructurado en la actualidad, y espero que la ley orgánica que cite el Congreso en el futuro tenga la inmediatez necesaria para que la sociedad en su conjunto pueda ver defendidos sus valores permanentes."* En idéntica línea argumental se explayaron los Convencionales Achem y De la Rúa (Diario de Sesiones, pags. 4672,4668 y 4676 respectivamente).

Se preguntó entonces el Dr. Gil Domínguez si las omisiones del Convencional Constituyente podían considerarse como un "cheque en blanco" a favor del legislador para que pueda terminar de configurar la estructura del Ministerio Público

como un órgano extrapoder, o bien, existía un vinculo no susceptible de ser escindido entre las garantías funcionales e institucionales o por la Convención Constituyente y la ley orgánica que debía dictarse? Entendió que la segunda opción era la constitucionalmente adecuada, puesto que de lo contrario, el poder constituido estaría habilitado para configurar la estructura final del Ministerio Público de una manera distinta o aún opuesta a la concretada por el poder constituyente reformador en el texto constitucional.

Las leyes orgánicas que se dicten como consecuencia de los contenidos funcionales e institucionales emergentes del artículo 120 de la Constitución Nacional, están resguardadas por el principio de progresividad y no regresividad institucional, el cual opera especialmente respecto de los órganos que tiene como objeto y función hacer efectivo el sistema de derechos previstos por la regla de reconocimiento constitucional y convencional. En este sentido, las leyes 24.946 y 27.148 adquieren respecto de varios elementos estructurales del Ministerio Público el carácter de piso consolidado que no puede ser vulnerado con una normativa regresiva posterior.

En cuanto a la duración del mandato, destacó que en el ámbito de la Convención Constituyente se suscitó un debate entre el dictamen propuesto por mayoría y la alternativa que ofrecía el dictamen de la minoría en torno al plazo del mandato del Procurador General y del Defensor General.

Mientras que el dictamen de minoría (Diario de Sesiones p.4661) proponía un plazo de cinco años renovable por un período similar, el dictamen de mayoría (suscripto entre otros por el actual miembro de la Corte Suprema Dr. Juan Carlos Maqueda) rechazó la posibilidad de establecer un plazo al mandato. Esto implica que la voluntad del Convencional Constituyente fue no establecer un plazo determinado, lo cual condice con la lógica de la Constitución puesto que cada vez que ha querido establecer un plazo de duración del mandato lo hizo de forma expresa.

En consonancia con lo expuesto, concluyo, el artículo 13 de la ley 24.946, el artículo 62 de la ley 27.148 y el artículo 21 de la ley 27.149 establecieron que los miembros del Ministerio Público gozan de estabilidad mientras dure su buena conducta y hasta los 75 años de edad, pudiendo ser designados por períodos sucesivos de cinco años mediante la exigencia de un nuevo nombramiento precedido de igual acuerdo.

En el debate producido en el Senado de la Nación en oportunidad de la sanción de la ley 24.946, el Senador Yoma (que fuera Convencional Constituyente de 1994) sostuvo: *" Sin estabilidad, todo el espíritu de la norma se cae. Por eso, este proyecto de ley viene a legislar algo que no legisló la Convención Constituyente. Esto se omitió en aquella oportunidad dejándolo para que lo reglamentara el Congreso de la Nación.."* (Diario de Sesiones, Cámara de Senadores de la Nación, 64° Sesión Ordinaria, 30 de octubre de 1996, pag 6310), en tando el Senador Aguirre Lanari expresó: *"..El artículo 120 de la Constitución Nacional establece que los integrantes*

del Ministerio Público gozan de inmunidad funcional. Esta inmunidad, para ser efectiva, requiere de la estabilidad, que en el caso de los jueces la trae el art. 110 de la Constitución" (ibidem p. 6332).

La regulación normativa sucesiva expuesta se condice con la voluntad expresada por el Convencional Constituyente de 1994 respecto de la duración del mandato del Procurador General y del Defensor General, con lo cual toda norma que intente fijar un plazo incurriría en una situación de inconstitucionalidad regresiva. A la vez si se estableciera un plazo para esos cargos y se mantuviese la estabilidad para el resto de los miembros esto representaría una incoherencia orgánica y sistemática imposible de justificar.

En cuanto a los sistemas de designación y remoción expresó que, en su carácter de órgano extra poder, la designación de Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación debe realizarse mediante un acto complejo institucional donde participen el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo y se requieran mayorías agravadas por cuanto ambos cargos constitucionales, al no ser cubiertos por elección popular, requieren la construcción de sólidos consensos cruzados. La equiparación a la designación prevista por la Constitución respecto de los jueces de la Corte Suprema de Justicia tiene su fundamento en el carácter de órgano extra poder que ostenta el Ministerio Público y de cabeza de dicho órgano que detentan el Procurador General y el Defensor General. Como titulares de dicho órgano la mayoría requerida debe ser la misma que la exigida para designar a los miembros de la Corte Suprema de Justicia.

La eventual remoción de los titulares de los Ministerios Públicos debe contar con la máxima garantía disponible por la Constitución argentina a efectos de garantizar su independencia y autonomía funcional. Es que sin una tutela institucional adecuada en dicho aspecto, las funciones encomendadas por la Constitución argentina pierden virtualidad y sentido. Como cabeza del órgano deben contar con las mismas garantías en torno a la remoción que las atribuidas a los miembros de la Corte Suprema de Justicia.

Se pregunta si el art. 53 de la Constitución argentina establece una especie de *numerus clausus* respecto de los sujetos que son pasibles de ser sometidos a juicio político?. Con cita de Bidart Campos (Op. cit. p.232), sostiene que el Congreso está habilitado, cuando regula mediante la sanción de una ley orgánica los aspectos omitidos por el Convencional Constituyente, a incluir a los miembros del Ministerio Público como sujetos susceptibles de ser removidos de sus cargos mediante el juicio político con el objeto de asegurarles sus inmunidades funcionales. A lo que cabe agregar que el art. 53 no establece ninguna limitación o prohibición en cuanto a incluir dentro del espectro del juicio político a otros sujetos, en otras palabras no implica que solamente los sujetos expresamente nombrados aquellos que pueden ser sometidos a juicio político.

En consonancia con lo expuesto, señaló, el art. 18 de la ley 24.946, el art. 76 de la ley 27148 y el art. 57 de la ley 27.149 establecen que el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación deben ser removidos por las causales y mediante el procedimiento establecido en los arts. 53 y 59 de la argentina, sin que ésto genere una situación de inconstitucionalidad (cita a Rosatti, Horacio, "Tratado de derecho constitucional, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, p. 515), (también cita a Ekmekdjian, Miguel Ángel, "Tratado de derecho constitucional" Tomo V, Depalma, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1999, p.688). La extensión de las garantías a efectos de asegurar el funcionamiento de un órgano constitucional que no depende institucionalmente de ninguno de los tres poderes previstos por la Constitución, destinado a promover la actuación de la justicia ante el Poder Judicial y que mantiene relaciones de coordinación con los poderes Ejecutivo y Legislativo, no producen ninguna clase de agravio o afectación de la legalidad constitucional. Por ello, dice, todo intento de modificación de la normativa vigente respecto a quienes puedan acusar, o bien, en torno a la disminución de las mayorías requeridas para poder acusar y destituir, colocaría a dicha norma en una objetiva situación de inconstitucionalidad; siendo aquella que alcance mayor intensidad la que atribuya al Poder Ejecutivo la facultad de acusar puesto que en la práctica se ubicaría al Ministerio Público en una posición de sometimiento institucional y debilidad política frente a dicho órgano.

Agregó, por último, que el resto de los miembros del Ministerio Público también deben contar con un mecanismo de remoción que objetivamente garantice el efectivo cumplimiento de sus funciones y la consecución del objetivo constitucional. En este punto es de fundamental importancia que las decisiones que se adopten a los efectos de la remoción tengan que reunir una mayoría agravada de los miembros del tribunal que sustancie el juicio, puesto que la mera exigencia de una mayoría simple obturaría la existencia de una garantía efectiva. El artículo 80 inc. g) de la ley 27.148 y el art. 62 inc. g) de la ley 27.149 al establecer que se necesita de una mayoría de cinco votos positivos sobre siete miembros para dictar condena se adecuan al mandato constitucional exigido en esta materia.

ANÁLISIS Y PROPUESTAS

En cumplimiento de la tarea encomenada hemos creído oportuno presentar la evolución de los antecedentes legislativos, los proyectos de reformas, las objeciones que suscitaron y el dictamen de un destacado constitucionalista que condensa no sólo el espíritu que animó a los convencionales constituyentes del 1994 sino que, respecto de los puntos fundamentales que interesan para este trabajo, expone fundadas conclusiones con las que, en líneas generales, coincidimos.

Resulta inocultable que el Poder Ejecutivo Nacional promueve una consulta con miras a introducir reformas en el Poder Judicial y el Ministerio Público en un momento muy particular del país, conmovido por una severa crisis económica y

sanitaria, por posiciones que evidencian desacuerdos políticos difílmente conciliables entre oficialismo y oposición y por una sociedad dividida y atravesada por la incertidumbre y la desconfianza. Frente a tal estado de cosas, no se presenta ésta como la oportunidad más propicia para llevar adelante modificaciones sustanciales, pues la consolidación de las instituciones fundamentales de la República reclama una política de Estado, apartada de ideologías partidarias, de visiones sesgadas y de intereses guiados por una coyuntura que, en el balance final, terminen por debilitar y desnaturalizar los objetivos más elevados.

El Ministerio Público, se ubica entre esas instituciones fundamentales al ser caracterizado por la Constitución Nacional como órgano independiente de los otros poderes del Estado, con autonomía funcional y autarquía financiera, y definida por sus funciones de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Esa categoría de órgano extra poder reconocida en la Convención Constituyente, otorga a sus cabezas -el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación- garantías funcionales e institucionales asimilables a las de los otros poderes del Estado.

Es por eso que toda reforma que al respecto se pretenda llevar adelante deberá contar, dada su ubicación consitucional, con el respaldo de una amplia participación de sectores sociales y académicos y con los imprescindibles acuerdos o consensos políticos en pos de obtener el mejor producto que garantice una verdadera estabilidad para el futuro, más atendiendo a que en las leyes vigentes, nros. 27.148 y 27.149, sancionadas en junio de 2015 durante un gobierno del mismo signo político que el actual, continuadoras de la ley 24.946, se encuentran contenidas, en líneas generales, adecuadas respuestas a los puntos sometidos a la consulta.

Coincidimos con lo expuesto en el dictámen del Dr. Gil Domínguez, en cuanto afirmó que "*las leyes orgánicas que se dicten como consecuencia de los contenidos funcionales e institucionales emergentes del art. 120 de la Consttución Nacional, están resguardadas por el principio de progresividad y no regresividad institucional, el cual opera especialmente respecto de los órganos que tienen por objeto y función hacer efectivo el sistema de derechos previstos por la regla de reconocimiento constitucional y convencional. En ese sentido las leyes mencionadas adquieren respecto de varios elementos estructurales del Ministerio Público el carácter de piso consolidado que no puede ser vulnerado con una normativa regresiva posterior*".

Estimamos, en consecuencia, que el actual sistema de designación del Procurador General y del Defensor General, por parte del Poder Ejecutivo con el acuerdo del Senado por dos tercios de los miembros presentes, debe mantenerse pues el requisito de una mayoría agravada representa el mejor sistema para seleccionar a quien cuente con el respaldo de un amplio consenso político y cumpla con los requisitos de idoneidad técnica y moral. Un organismo que ejerce el control de la legalidad constitucional y se encarga del diseño de la política criminal no puede estar

condicionado por mayorías políticas circunstanciales. Los acuerdos transversales o cruzados, necesarios para alcanzar el nombramiento, fortalecen el ejercicio independiente de la función.

En cuanto al nombramiento de los magistrados inferiores del Ministerio Público, la mayoría simple de los miembros presentes del Senado para otorgar acuerdo a la propuesta del Poder Ejecutivo realizada sobre la base de una terna previamente seleccionada**,** resulta adecuada atendiendo a que los concursos de oposición, escrito y oral, -este último de carácter público- permite verificar la reunión de aquellos requisitos de idoneidad.

En lo atinente a los jurados para los concursos de dichos magistrados, entendemos necesario una composición amplia que asegure el equilibrio entre sus componentes**.** En ese sentido estimamos que el número de jurados, de distinta jerarquía expresamente determinada, conforme la manera prevista en el artículo 6° de la ley 24.946, reúne los requisitos de mayor amplitud con relación a los previstos en las leyes actuales, los que deberían, por caso, completarse con la participación de un jurista invitado dado el aporte que significa una visión distinta de los jurados integrantes del órgano. Se deberá garantizar la diversidad geográfica y de género de quienes lo integren.

Debe mantenerse el criterio de no incluir entrevistas personales para evitar alteraciones en el resultado de los concursos, en un procedimiento que debe regirse por los principios de objetividad, igualdad de oportunidades y transparencia.

La cobertura interina prevista en el art. 48 de la ley 27.158 debe realizarse por sorteo entre magistrados de la misma jerarquía, y por el plazo de un año al cabo del cual corresponderá realizar un nuevo sorteo y así hasta la designación definitiva; ello con el fin de transparentar el sistema de subrogancias evitando mantener al reemplazante en el cargo, sin término, hasta la cobertura definitiva.

Resulta adecuado mantener, para los magistrados inferiores, el plazo del mandato previsto en las leyes actuales, mientras dure la buena conducta, hasta los 75 años de edad y la posibilidad, a partir de ello, de quedar sujeto a un nuevo nombramiento por el término de cinco años precedido de un nuevo acuerdo, que podrá ser reiterado por el mismo procedimiento.

Entendemos necesario, sin embargo, modificar sistema de traslado de los magistrados del Ministerio Público Fiscal, establecido en el art. 64 de la ley 27.148, en idénticos términos que los previstos en el art. 33 de la ley 27.149, es decir establecer una prohibición de traslado con consentimiento del interesado, por el término de dos años a partir del nombramiento para evitar manejos que impliquen desnaturalizar el sistema, como sería concursar en una provincia con miras inmediatas a desempeñar el cargo en otra o en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Creemos que idéntico plazo de mandato o sea hasta los 75 años mientras dure la buena conducta quedando sujeto a partir de ello a un nuevo nombramiento por el término de cinco años, que podrá ser reiterado por el mismo procedimiento, es coherente mantener con relación al Procurador General de la Nación y al Defensor Oficial General de la Nación. Modificarlo, dejaría abierta la cuestionable posibilidad de fijar en el futuro uno acotado también para los fiscales y defensores en general. Ello, sin dejar de advertir los efectos negativos que implicaría, para una actuación independiente, someter los cargos, por períodos acotados, a las negociaciones, discusiones, intereses y hasta enfrentamientos políticos ante cada posible nominación, amén de la incidencia negativa que cada cambio podria tener para el desarrollo y la previsibilidad de materias e instrucciones que reclaman continuidad y estabilidad.

Es que como bien recordó el Dr. Gil Dominguez en su dictamen, la Convención reformadora derivó en la ley la posibilidad de establecer el plazo del mandato y fue en base a ello que, a los dos años, en oportunidad de discutirse la ley 24.906, el Senador Yoma (que fue Convencional) vale reiterarlo, expresó: " *Sin estabilidad, todo el espíritu de la norma se cae. Por eso, este proyecto de ley viene a legislar algo que no legisló la Convención Constituyente. Esto se omitió en aquella oportunidad dejándolo para que lo reglamentara el Congreso de la Nación.*." En tanto que el Senador Aguirre Lanari, sostuvo:" *El artículo 120 de la Constitución Nacional establece que los integrantes del Ministerio Público gozan de inmunidad funcional. Esta inmunidad para ser efectiva requiere de la estabilidad , que en el caso de los jueces la trae el art. 110 la Constitución*".

Los debates de la Convención Constituyente exhibieron la trascendencia de resguardarlo, como órgano de la máxima jerarquía, de posibles avasallamientos y embates de los poderes políticos del Estado. Por esa razón la citada ley, al reglamentar lo relativo a las autoridades y funcionamiento del Ministerio Público, asimiló la duración del mandato a la estabilidad prevista para los jueces. De ahí que apartarse del espíritu con el que fue concebido su diseño importaría una regresión que debilitaría una de las garantías básicas legisladas en protección de la autonomía e inmunidad funcional.

No desconocemos, sin embargo, que entre las propuestas de reforma prevalece la idea de acortar ese mandato. Se argumenta que ello se corresponde con la función de actuar en "defensa de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República", lo que alude a un concepto - los intereses de la sociedad-que no es estático sino que se modifica en el tiempo con cambios que dependen de las prioridades que definen los poderes políticos del Estado para cada momento histórico y no un organismo de carácter técnico como es el Ministerio Público. Se argumenta también que el sistema acusatorio incorporado al nuevo codigo de procedimientos federal, concentraría en una sola persona, el jefe de los fiscales, un extraordinario poder, inconveniente para un ejercicio vitalicio.

De avanzar esa propuesta consideramos, a todo evento, que el plazo de

ocho años, similar al del Ministerio Público Fiscal de la República de Chile, resultaría el más adecuado para el desarrollo y ejecución de planes estratégicos. Sin posibilidad de renovación para evitar que la búsqueda de acuerdos políticos comprometan la futura autonomía del órgano.

En punto a la eventual remoción del Procurador General y del Defensor General cabe resaltar que el sistema de juicio político en los términos de los artículos 53 y 59 de la Constitución Nacional, previsto en las leyes tratadas, garantiza los principios de estabilidad e independencia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la Nación. Es que así como la mayoría agravada para la designación resulta ser un requisito que tiende asegurar la idoneidad técnica y moral, el prever idéntica mayoría para la remoción asegura la independencia y autonomía del Ministerio Público.

Acertadamente, a nuestro juicio, el Dr. Gil Domínguez resaltó que el triptico independencia- autonomía funcional- autarquia financiera se enlaza con las garantías funcionales establecidas en la Constitución. Ello significa que debe existir correspondencia entre las inmunidades que detentan los titulares del Ministerio Público con aquellas que el artículo 86 de la Constitución Nacional otorga al Defensor del Pueblo al definirlo como un órgano independiente, instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad y que determina su eventual remoción por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Precisamente esa idea fincó en el espíritu de la Convención Constituyente, tal como resulta de las palabras del Convencional Masnatta cuando al referirse al Ministerio Público expresó que "*debe tener inmunidad funcional a imagen y semejanza de la que se le ha otorgado al Defensor del Pueblo*".

Por eso, agregó, que en su carácter de órgano extrapoder, la eventual remoción del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación debe contar con la máxima garantía disponible a efectos de garantizar su independencia y autonomía funcional. Sin una tutela institucional adecuada en dicho aspecto, las funciones encomendadas por la Constitución argentina pierden virtualidad y sentido. Como cabeza del órgano deben contar con las mismas garantías en torno a la remoción que las atribuidas a los miembros de la Corte Suprema de Justicia. En su criterio, con cita de lo que sostuvieran en sus respectivos tratados Rosatti,Horacio y Ekmekdjian, Miguel Ángel -mencionados en el apartado precedente-, la extensión de las garantías a efectos de asegurar el funcionamiento de un órgano constitucional que no depende institucionalmente de ninguno de los tres poderes previstos por la Constitución, destinado a promover la actuación de la justicia y que mantiene relaciones de coordinación con los Poderes Ejecutivo y Judicial, no producen ninguna clase de agravio o afectación de la legalidad constitucional.

No desconocemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció respecto de la improcedencia del sistema de juicio político instituido por ley en el entendimiento de que los únicos y funcionarios que podían ser sometidos a esa

forma de remoción eran los enumerados en el actual artículo 45 -actual 53- de la Constitución y que una ley de rango inferior no podía extender inmunidades no previstas en aquella. Dicha doctrina dio sustento, en lo atinente al proceso de remoción, al proyecto de reforma presentado por el Poder Ejecutivo Nacional, conforme se reseñó en el apartado anterior.

En el sentido expuesto la Corte Suprema falló, por mayoría, el 24 de septiembre de 1991, en los autos "Molinas, Ricardo Francisco c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo. En el caso, Molinas dedujo la acción contra el decreto 265/91 del Poder Ejecutivo Nacional que dispuso separarlo del cargo de Fiscal General de Investigaciones Administrativa. Al resolver, el rechazo de la vía intentada, la Corte expresamente se apartó del antecedente decidido por ese Tribunal, en su composición anterior, en los autos 82.XXII "Cagliotti, Carlos N. s/ querella c/ Molinas, Ricardo F., por el delito de injurias" rta. el 1° de noviembre de 1988, cuyas conclusiones no compartió en cuanto a los alcances que le otorgaba al art. 45 y concordantes de la Constitución Nacional.

Así señalaron que el Fiscal General no gozaba de inmunidades en los términos del art. 45 de la Constitución Nacional, porque los únicos magistrados y funcionarios que podían ser sometidos a juicio político eran los enumerados en aquella norma, por lo que una ley de rango inferior no podía crear otras inmunidades. En tales condiciones era forzoso admitir que la remoción de quien ocupaba el cargo tratado podía ser dispuesto por un acto emanado del Poder Ejecutivo Nacional, a quien la ley orgánica acuerda la potestad de designarlo (abrt. 2° de la ley 21.383), ya que no era posible considerar que se trataba de un funcionario absolutamente inamovible a perpetuidad.

La minoría, que propició la procedencia del amparo, se integró con los votos de los los Dres. Carlos S. Fayt, Augusto Cesar Bellucio y Enrique Santiago Petrachi.

En su disidencia el Juez Fayt reseñó, en primer término, que la Cámara de Apelaciones en lo Federal Contencioso Administrativo había confirmado la sentencia que hizo lugar a la demanda de amparo y declarado la nulidad del decreto 265/91.

En cuanto al fondo de la cuestión sostuvo que los arts. 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional resultaban aplicables al Fiscal General de Investigaciones administativas, no sólo por el reenvio del art. 21 del decreto ley 1285/58, sino por los mismos antecedentes legales de su creación. Y, entre otros conceptos, destacó que el establecimiento por vía legal del mismo mecanismo que el previsto por la Constitución Nacional respecto al modo de remoción de ciertos agentes publicos, no implicaba exceder los límites derivados de ella. La forma y las causales de remoción del Fiscal General de Investigaciones Administrativas previstas por el legislador tienen la obvia finalidad de preservar su independencia del único modo posible de garantizar la delicada tarea que le había sido encomendada. Parece francamente un despropósito,

afirmó, incluir al Fiscal General de Investigaciones Administrativas entre los "empleados de la administración" enunciados por el inc. 10 del artículo 86 de la Constitución Nacional, no sólo por su jerarquía institucional, sino más bien porque una de sus primordiales funciones consiste, precisamente, en "promover las investigaciones de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la administración nacional" (art. 3°, inc. a) de la ley 21.383). Garantías de índole constitucional aseguran la no remoción del Fiscal General de Investigaciones administrativas, sino por la vía del juicio político.

Por su parte, el Juez Bellucio, entre los múltiples argumentos dirigidos a descalificar el decreto del Poder Ejecutivo, sostuvo que resultaría un contrasentido que los fiscales adjuntos estuvieran sometidos al procedimiento de remoción mediante juicio político y el Fiscal General de Investigaciones Administrativas sea removido por decisión administrativa.

Por último, el Juez Petrachi, que también abundó en consideraciones acerca de la improcedencia del decreto del Poder Ejecutivo que dispuso la cesantía,y remarcó que las elevadas" funciones que debía cumplir el Fiscal de Investigaciones Administrativas, lo ponían en un plano de marcada relevancia institucional.

Cabe puntualizar que de los fundamentos dados en el caso "Cagliotti, Carlos N. s/ querella c/ Molinas, Ricardo F" rta. el 1° de noviembre de 1988, resulta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación consagró la constitucionalidad del régimen legal que reconoce aplicable al titular de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, las inmunidades aludidas en el entonces artículo 45 de la Constitución Nacional.

En el caso Solá, "Roberto y otros c/ Estado Nacional" rta. el 25/11/97, nro. interno S 1413XXXII", la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los considerandos de la mayoría reiteró a la doctrina sustentada en "Molinas", en el sentido de que una ley de rango inferior no podía crear inmunidades no previstas en la Constitución Nacional, no obstante declaró la nulidad del decreto del Poder Ejecutivo que dispuso la cesantía Fiscal Adjunto por considerarlo arbitrario.

Los actores habían promovido demanda ordinaria contra el Estado Nacional solicitando la declaración de nulidad del decreto 290/91, por el que se dispuso el cese de las funciones de los Fiscales Adjuntos. La Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo confirmó lo decidido en 1ra. Instancia, en cuanto a la nulidad de decreto mencionado. La Corte Suprema en los considerandos de su fallo reiteró la doctrina del caso "Molinas" respondiendo los argumentos, en sentido contario ,de uno de los camaristas, aún cuando no se trataba de una cuestión introducida a la litis, por lo que la referencia a la citada doctrina constituyó un obiter dictum. A consecuencia de ello en su voto el Juez Bellucio sostuvo que el art. 2° de la ley 21.383 sometía a los Fiscales Adjuntos al procedimiento de remoción establecido para los jueces nacionales que, en tanto no entrara en funcionamiento el Consejo de la

Magistratura era el juicio político.

Entendemos que la decisión adoptada en el caso Molinas, no puede considerarse una doctrina con un peso específico tal que obste considerar la procedencia legal del juicio político como sistema de remoción de los titulares del Ministerio Público. Ello, en primer lugar, porque amén de apartarse, por mayoría de sus miembros, de lo decido en contrario tres años antes por ese Tribunal, aunque con distinta composición, otorgó facultades de remoción al Poder Ejecutivo de un funcionario que, como lo destacó el Juez Fayt, tenía entre sus funciones primordiales precisamente la de promover la investigación de la conducta administrativa de los integrantes de ese Poder del Estado.

Por lo demás a ese tiempo aún no se había reformado la Constitución Nacional lo que implicó que en el análisis de la Corte, al resolver en el sentido que lo hizo, no estuvo presente la condición de órgano extrapoder al que, tres años mas tarde fue elevado el Ministerio Público, condición que lo titulariza con las máximas tutelas en resguardo de su independencia y autonomía funcional.

Por tales razones, y para evitar injerencias indebidas y la posibilidad de avasallamiento de los poderes políticos, propiciamos que se mantenga vigente el sistema de remoción por juicio politico para el Procurador General de la Nación y para el Defensor General de la Nación, en los términos de los articulos 53 y 59 de la Constitución Nacional.

Respecto de los restantes magistrados consideramos adecuado el mecanismo de remoción previsto en los arts. 74, 76, 77 y 80 de la ley 27.148 y 58 y 62 de la ley 27.149, en especial la composición del Tribunal de enjuiciamiento de siete miembros, tal como estan previstos en la ley, dado que se asegura la mayor garantía funcional al exigirse el número de cinco votos, o sea mayoría agravada, para el supuesto de condena.

Por último entendemos necesario recomendar que, en el supuesto de una futura reforma, se, mantenga el carácter permanente de las procuradurías especializadas por la importancia de las materias a cargo de las mismas, así como también el Consejo General, conforme el diseño de la ley 27.148 en cuanto a su integración y funciones de asesoramiento.

En suma, proponemos:

1°) mantener el actual sistema de designación del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación, al igual que el de los restantes magistrados del Ministerio Público.

2°) que la composición de los jurados encargados de los concursos de oposición y antecedentes para los magistrados inferiores, se integre de manera amplia y

equilibrada y se completen con un jurista invitado. Deberá mantenerse el criterio de no incluir entrevistas personales.

3°) que la cobertura interina prevista en el artículo 48 de la ley 27.158 se realice por sorteo, entre magistrados de la misma jerarquía, y por el plazo de un año al cabo del cual debería realizarse un nuevo sorteo.

4°) se modifique el art. 64 de la ley 27.148, en los términos previstos en el art.33 de la ley 27.149, esto es que los traslados voluntarios de los magistrados del Ministerio Público Fiscal, para desempeñarse en una dependencia del mismo o en otro distrito territorial que se encuentre vacante, resulten procedentes siempre que el interesado tenga una antigüedad no menor a dos años en el efectivo ejercicio del cargo que ocupa al momento del traslado, que no se encuentre sometido a procesos disciplinarios y que no se haya dispuesto la convocatoria a un concurso público de oposición y antecedentes para cubrir el cargo vacante.

5°) mantener para el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación, en principio, el plazo del mandato hasta los 75 años de edad, mientras dure la buena conducta, quedando sujeto a un nuevo nombramiento por el término de cinco años, que podrá ser reiterado por el mismo procedimiento.

No obstante, para el supuesto de prevalecer la idea de acortar el mandato, el plazo de 8 años, sin posibilidad de reelección, resultaría el más aconsejable.

6°) mantener para los demás magistrados del Ministerio Público el plazo de mandato previsto en las leyes vigentes.

7°) mantener el sistema de remoción para el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación, en los términos de los arts. 53 y 59 de la Constitución Nacional.

8°) mantener para el resto de los magistrados el sistema de remoción previsto en los arts. 74,76, 77 y 80 de la ley 27.148, y 58 y 62 de la ley 27.149 y la composición de siete miembros de los tribunales de enjuiciamiento, tal como encuentran denominados en las respectivas leyes.

9°) Mantener el carácter permanente de las procuradurías especializadas, así como también el Consejo General, conforme el diseño de la ley 27.148, en cuanto a su integración y funciones de asesoramiento.

I) RESPECTO DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, REALIZAR UNA EVALUACIÓN ACERCA DE LA POSIBILIDAD Y CONVENIENCIA DE INCORPORAR A SU ESTRUCTURA LA UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA.

La ley 25.246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Ilícito, sancionada el 13 de abril de 2000, crea la Unidad de Información Financiera (UIF), encomendándole el análisis, tratamiento y transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir el lavado de activos provenientes de delitos graves. La ley 26.268 extendió la actividad de la UIF al análisis de operaciones sospechosas de financiamiento de terrorismo.

Hasta mayo de 2026, funcionó en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, y a partir de ese año pasó a depender de Ministerio de Hacienda.

La Unidad de Información Financiera de la República Argentina, es el organismo con autonomía y autarquía financiera que tiene a su cargo el análisis, tratamento y transmisión de información con el objeto de prevenir el lavado de activos (LA), provenientes de delitos de la comercialización de estupefacientes, contrabando de armas, actividades de una asociación ilícita terrorista, fraudes y otros delitos contra la administración pública, protitución de menores, pornografía infantil, la financiación del terrorismo (FT) y los delitos económico financieros complejos (DEFC). Entre sus facultades se encuentra la de solicitar informes, documentos y antecedentes a organismos públicos.

Desde el año 2000, la República Argentina es miembro pleno del Grupo de Acción Financiera (GAFI), organización internacional creada en 1989, para fijar los estándares internacionales y promover la efectiva implementación de políticas, leyes regulatorias y operativas para prevenir y combatir el lavado de activos, la financiación de terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva (LA, FE, FPADM) así como también otras amenazas relacionadas con la integridad del sisema financiero internacional internacional, la seguridad y la paz mundial.

Actualmente el GAFI cuenta con 39 miembros (37 jurisdicciones y dos organizaciones regionales: la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación para los Estados Árabes del Golfo), 9 miembros asociados y 23 organizaciones observadoras.

Para el cumplimiento de sus objetivos el GAFI emite recomendaciones conocidas como estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, la financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva. A su vez el organismo evalúa el progreso de sus miembros en la efectiva implementación de los medios y requerimientos específicos asociados a cada una de las recomendaciones, así como también el grado de efectividad de los resultados considerados fundamentales para combatir el LA/FT/FPADM.

En la Recomendación GAFI 29 sobre Unidades de Inteligencia Financiera, puede leerse que los paises deben establecer una Unidad de Inteligencia Financiera que sirva como un centro nacional para la recepción y análisis de

información relevantes para los objetivos que define. Entre otros puntos de relevancia establece que la UIF debe ser independiente y autónoma operativamente, lo que significa que debe contar con autoridad y capacidad para desemeñar sus funciones con libertad, incluyendo la decisión autónoma de analizar, solicitar y/o comunicar información específica. En todos los casos, ello signific que la UIF tiene el derecho independiente de remitir o comunicar información a las autoridades compentes.

Destaca que la UIF se puede establecer como parte de una autoridad existente. Cuando una UIF esté ubicada dentro de la estructura existente de otra autoridad, las funciones centrales de la UIF deben distinguirse de las de la otra autoridad.

Ahora bien, expuestos a modo de síntesis los objetivos y naturaleza, fundamentalmente independiente, de la UIF, sobre la base de un trabajo que tuvo la gentileza de proporcionarnos el Dr. Santiago Otamendi, que fuera presidente del GAFI desde el 1° de julio de 2017 al 30 de junio de 2018, estamos en condiciones de sintetizar las ventajas y las desventajas de incorporar la UFI a la estructura del Ministerio Público Fiscal, ello sin perjuicio de resaltar que en la región, a excepción de la República del Salvador, no existen UIF dentro de la órbita del Ministerio Público, por lo que no existen datos que permitan evaluar su desempeño.

En órden a las potencialidades ventajosas cabe puntualizar: a) al no existir un mandato o recomendación sobre la ubicación, se fortalecería el desarrollo de análisis e investigaciones orientadas a tener resultados positivos en la etapa de prosecución penal, garantizando su viabilidad; b) se agilizaría la obtención de información patrimonial y financiera de fuentes externas de forma más directa, sin necesidad de requerirla a través de MPF en los casos en que ésta esté protegida o requiera autorización judicial; c) al ser el MPF un órgano extra poder, la UIF se aseguraría una independencia sustancial de Poder Ejecutivo; d) de resultar la UIF la única representante del MPF, se evitaría la concurrencia del Estado al proceso penal con distintas representaciones con el riesgo de estrategias distintas o intereses contrapuestos dentro del mismo Estado.

Entre las desventajas cabe consignar: a) el trabajo de la UIF se recostaría más en la faz represiva / acusatoria, apartándose de su diseño originario como órgano de regulación y prevención de LA/FT. Las funciones centrales de la UIF deberían distinguirse nítidamente de las naturales del MPF, b) se corre el riesgo de que la impronta de la UIF resulte la recolección de prueba para sostener acusaciones y su participación como parte en todos los procesos penales, menguando sus responsabilidades primarias de regulación, supervisión y análisis financiero; c) siendo su titular un Fiscal, se plantearían algunos desafíos en torno a su independencia respecto del Procurador General de la Nación; d) toda vez que la UIF resultaría parte del proceso penal por su carácter de órgano del MPF, se corre el riesgo de que concurra en el proceso con el Fiscal natural, en una representación bicéfala; e) debería evaluarse la eventual procedencia que el MPF pueda, a través de su UIF, emitir regulaciones en

materia de regímenes antilavado y contra el financiamiento del terrorismo y con destinatarios externos al MPF (instituciones financieras y actividades profesionales no financieras).

Al sopesar los posibles efectos positivos y negativos reseñados, concluimos en que no sería aconsejable concretar la eventual incorporación sobre la que se consulta, ante el riesgo cierto de afectar, en alguna medida, la esencial autonomía de la UFI y desnaturalizar sus funciones de órganismo de inteligencia financiera encargado del análisis, tratamiento y transmisión de información, claramente distinguibles de las preponderantemente represiva/acusatoria del Ministerio Público Fiscal. Al funcionar en el seno de este último la Procudaría de Criminalidad Económica y Lavados de Activos (PROCELAC),las acciones de cooperación, respaldo, coordinación e integración mútua pueden continuar fortaleciendose a través de convenios, sin necesidad de una incorporación cuyo resultado podría finalmente ser contraproducente.

II) EVALUACIÓN ACERCA DE LA POSIBILIDAD O CONVENIENCIA DE INCORPORAR LA OFICINA ANTICORRUPCIÓN A LA ESTRUCTURA DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La Oficina anticorrupción fue creada por el artículo 13 de la denominada ley de Ministerios, registrada con el **nro, 25.233**, de diciembre 10 de 1999, en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La norma dispuso que el organismo tuviera a su cargo la elaboración y coordinación de programas de lucha contra la corrupción en el sector público nacional y, en forma concurrente con la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, la competencia y atribuciones establecidas en los arts. 26, 45 y 50 de la ley 24.946, es decir lo invistió de facultades de investigación propias del Ministerio Público y de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas.

El decreto 102/99, estableció que la Oficina Anticorrupción funcionaría en el ámbito del Ministerio de Justicia como organismo encargado de velar por la prevención e investigación de aquellas conductas que, acorde con la reglamentación, se consideren comprendidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por ley 24.759.

Su ámbito de aplicación comprende la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada, empresas, sociedades y todo otro ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuentes de recursos el aporte estatal.

El artículo 2° fijó las competencias del órgano las que, en virtud de la diferente naturaleza de las mismas, pueden dividirse en dos grupos: uno que abarca funciones netamente de investigación y la facultad de constituirse en querellante (incs.

del a) al d) y otro, aquellas relacionadas con políticas de transparencia, que abarca el registro de las declaraciones juradas y la evaluación de las mismas, la elaboración de programas de prevención de la corrupción y promoción de la transparencia en la gestión pública y el asesoramiento a los organismos del Estado para implementar políticas o programas preventivos de hechos de corrupción (incs. del e) al i).

Para el cumplimiento de tales funciones el art.10 crea dos Direcciones, según la materia: la de Investigaciones y la de Planificación de Políticas de Transparencia.

Por **Decreto 54/2019**, modificatorio del mencionado 102/99, se dispuso que la Oficina Anticorrupción tendría carácter desconcentrado de la Presidencia de la Nación, a la vez que elevó al titular de la misma a un rango equivalente a ministro.

Las regulaciones expuestas permiten afirmar que la Oficina Anticorrupción desarrolla dos funciones claramente diferenciadas: la de investigación, relacionada con actos de corrupción cometidos por agentes de la Administración Pública y la de promoción y desarrollo de políticas de transparencia.

Ahora bien, en los considerandos de la **resolución dictada en fecha reciente -19/10/20-** según "carpeta Sisa nro. 8472 y demás, las recomendaciones y el estudio de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) sobre integridad pública", se afirmó que "*la tarea de la Oficina Anticorrupción desde su creación se integró con dos facetas claramente diferenciadas: una dirigida a la prevención de los hechos de corrupción y otra a investigar tales hechos. En lo atinente a la investigación, la Oficina cumple funciones que en buena medida se superponen con las especificas del Ministerio Público Fiscal, especialmente en su órgano específico en la materia, la Procuraduría de Investigaciones administrativas (art. 25 de la ley 27.248), ya reconocida en la ley de creación (ley 25.233)*". Más adelante agregó " *en lo que atañe al litigio, la Oficina anticorrupción ha asumido el rol de querellante en numerosos juicios, lo que resulta redundante con el Ministerio Público Fiscal por lo que se dispone su desestimiento".*

El sentido de dicha resolución, así como también afirmado en recientes declaraciones públicas por el titular de la Oficina acerca de que ese organismo dejaría las actividades de litigio, permite concluir que, de hecho, se ha decidido la incorporación de la actividad de investigación al Ministerio Público Fiscal, manteniendo en la órbita de aquella lo atinente a las políticas de transparencia, lo cual, en nuestro criterio, torna superfluo emitir opinión sobre el punto frente a la posición ya adoptada por la autoridad respectiva, que lo hizo sin aguardar el dictámen del Consejo Consultivo convocado por el Poder Ejecutivo.

IV) POSIBILIDAD DE INTEGRAR, MEDIANTE CONVENIOS, AL SERVICIO DE DEFENSA OFICIAL A LOS COLEGIOS DE ABOGADOS DE LAS DISTINTAS JURISDICCIONES.

El Ministerio Público de la Defensa se integra con los Defensores Auxiliares de la Defensoría General de la Nación, entre los que se encuentran los Defensores Públicos Coadyuvantes, que son nombrados por la Defensoría General, que dicta los reglamentos que establecen los requisitos de idoneidad para la designación y el ejercicio de la función, sus derechos, obligaciones y la remuneración correspondiente (art. 15 inc.10 pto. b) y 35 de la ley 27.149).

Sobre esa base, la Defensoría General de la Nación ha suscripto múltiples convenios con el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y con la Federación Argentina de la Magistratura (FACA) para la selección de Defensores Coadyuvantes, con el fin de atender en forma eficaz el servicio de la Defensa Pública. Al respecto cabe resaltar que en fecha reciente el Colegio Público de Abogados ha emitido un convocatoria a profesionales de la matrícula, que reúnan los requisitos exigidos en el convenio respectivo, para la cobertura durante el año 2020 de los cargos mencionados.

Por lo demás la ley 27.372, de Derechos y Garantías de las Víctimas de Delitos, cuyas disposiciones son de orden público y su objeto es reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial el derecho al asesoramiento, asistencia, representación, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación y todos los demás derechos consagrados en la Constitución Nacional, establece que la víctima tiene derecho a recibir gratuitamente el patrocinio jurídico que solicite para ejercer sus derechos, y en su caso querellar, si por sus circunstancias personales se encontrare imposibilitada de solventarlo (arts. 1°, 3° y 11). El anexo de la ley establece que el servicio de patrocinio jurídico será brindado en los delitos de competencia federal y en los delitos de competencia ordinaria en la Ciudad de Buenos Aires, por la Defensoría General de la Nación, lo cual complementa, a su vez, lo dispuesto por el art. 11 de la ley 27.149, en punto a la asistencia y patrocinio jurídico de víctimas de delito, normas que otorgan base suficiente para la concreción de convenios que coadyuven a una atención eficaz de esos fines.

Así las cosas, el marco legislativo descripto, así como también la profusa actividad de la Defensoría General de la Nación en materia de convenios con los colegios de abogados para la designación de Defensores Coadyuvantes, exhiben una plausible integración facilitadora del acceso a la Justicia, todo lo cual conforma, desde nuestro punto de vista, una adecuada respuesta positiva al punto planteado en la convocatoria.

V) INCORPORACIÓN DE PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA COMPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL Y DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA Y EN LOS ACTOS QUE HACEN A SU FUNCIONAMIENTO.

Para evitar una extensión en el tratamiento que exceda el marco de este trabajo proponemos visitar en internet los sitios relacionados con los Ministerios Públicos para así dimensionar la profusa actividad que desarrollan en punto a la incorporación, tratamiento y evaluación de políticas de género.

Con ese criterio entonces, nos limitaremos simplemente a destacar algunos de los aspectos centrales de las gestiones, en tanto evidencian "per se" la permanente actividad de preparación, docencia, reformas reglamentarias, monitoreo de resultados, y honda preocupación por el tema y su vigencia.

Simplemente a título de ejemplo cabe traer a colación que en la organización del Ministerio Público de la Defensa se destaca la puesta en funcionamiento de diferentes áreas de promoción y ejecución para la protección de sectores vulnerables, a las que se incorporó en 2007, la Comisión de Temáticas de Género que tiene por misión favorecer la implementación de estrategias de defensa con perspectiva de género, en particular los casos vinculados a mujeres víctimas de violencia o en conflicto con la ley penal, además de participar en la elaboración de estrategias de defensa a requerimiento de todos los defensores públicos del país.

La Defensora General de la Nación aprobó recientemente un protocolo interno para prevenir e intervenir en casos de discriminación por motivos de género para todo el personal que integra ese Ministerio Público. Dispuso que los magistrados, funcionarios y empleados, en ejercicio de sus funciones deberán actuar de manera respetuosa y sin discriminación alguna respecto de los demás integrantes. Entre otros puntos dispuso medidas de protección y licencia por violencia de género. El protocolo considera como hechos de discriminación por motivos de género, aquellas acciones u omisiones que excluyen, degraden u ofendan a las personas en razón de su sexo, género, identidad o expresión de género u orientación sexual, y restrinja, limiten o anulen el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos. A la vez, habilitó un registro que permitirá contar con información para reorientar los esfuerzos institucionales para garantizar espacios libres de violencia y discriminación y un mecanismo específico para la presentación de las denuncias y tramitación de los procesos disciplinarios en violencia de género. Recepta los lineamientos nacionales e internacionales en la materia.

En la actual gestión, la titular del Ministerio Público de la Defensa dirige esfuerzos en preparar al personal del organismo en la perspectiva de género, tanto en la práctica interna como en el servicio que presta. Con esa finalidad dispuso que todos los integrantes del organismo deban capacitarse en materia de género, derechos humanos de las mujeres y diversidad sexual.

En lo que hace al Ministerio Público Fiscal cabe destacar que mediante Resolución PGN n° 1960/15, se dispuso la conversión del Programa de Políticas de Género -creado por Resolución PGN n° 533/12- en la Dirección General de Políticas de Género (DGPG), cuyo objetivo es incorporar la perspectiva de género en el diseño e

implementación de las políticas públicas con el fin de eliminar la discriminación y la violencia contra la mujer, en observancia de las obligaciones suscriptas por el Estado argentino, al tiempo que adopta medidas de perspectiva de género para mitigar las desigualdades en las políticas internas de acceso y permanencia de las mujeres dentro del Ministerio Público Fiscal y la remoción de obstáculos que impiden a las mujeres víctimas de violencia el acceso efectivo a mecanismos judiciales eficaces y respetuosos de sus derechos.

Conforme la Resolución PGN n° 427, son funciones de la Dirección General de Políticas de Género, entre otras: a) Realizar un continuo seguimiento de las reglamentaciones y prácticas internas a fin de facilitar que el funcionamiento del organismo se adecúe a los estándares nacionales e internacionales sobre igualdad de género y respeto a la diversidad sexual e identidad de género, especialmente en el campo disciplinario y técnico, de ingreso democrático, recursos humanos y bienestar laboral; b) articular con distintas áreas de la Procuración General para enriquecer con perspectiva de género, el abordaje de las problemáticas tratadas en cada una de ellas; c) brindar a los fiscales asesoramiento y asistencia técnica sobre cuestiones de género que se presenten en el desarrollo de sus funciones y que no se vinculen directamente con la intervención en casos; d) elaborar informes exigidos por los organismos de control, nacionales e internacionales; e) medir el desempeño del organismo a través del desarrollo de estudios y/o investigaciones con relación a los estándares nacionales de internacionales sobre igualdad entre varones y mujeres y protección de las mujeres involucradas en el sistema de administración de justicia.

En septiembre de 2018 la DGPG presentó un extenso informe que tituló " *El impacto del género en el proceso de selección de fiscales- análisis de la situación de las aspirantes a los espacios de decisión y mayor jerarquía del Ministerio Público Fiscal*". El estudio abarcó el período 2000 -designación del primer concurso realizado en 1998- y 2016.

Entre los muchos conceptos, resaltó que el funcionamiento de selección por concurso en un período de 16 años no mejoró significativamente la proporción femenina de fiscales en comparación con el anterior sistema de designación. De este modo, a lo largo del período la cantidad de mujeres se mantuvo por debajo del 30%, lo que puso de relieve la persistencia de una brecha de género que crece aún más en el caso de los puestos de mayor relevancia.

Señaló que a lo largo del período estudiado, la mujer quedó excluida en un promedio del 41% de las ternas integrando el51% restante, proporción que se reduce drásticamente a más de la mitad (27%) luego de que el Poder Ejecutivo Nacional realiza la nominación de los tres postulantes y el Senado da su acuerdo.

En cuanto al reglamento de concursos advierte que aunque diversos aspectos relativos al funcionamiento del proceso y las ponderaciones requeridas han variado a lo largo del tiempo, no se han incorporado de manera explícita criterios

relevantes que puedan impactar sobre una representación de género más equilibrada.

En definitiva, como es dable deducir de cuanto se lleva expuesto, tanto el Ministerio Público de la Defensa como el Ministerio Público Fiscal en sus respectivos ámbitos han incorporado, de manera satisfactoria, la perspectiva de género en todos sus actos funcionales siendo poco entonces lo que se puede observar al respecto. Por lo tanto, desde esta Comisión, haciéndonos eco del informe producido por la DGPG, proponemos que, en materia de reglamentos de concursos se exija preparación en política de género y herramientas que permitan tomar decisiones con esa perspectiva; que en la conformación de los tribunales evaluadores de los concursos se mantenga un equilibrio entre hombres y mujeres, así como también que, en igualdad de condiciones, la nominación de ternados por parte del Poder Ejecutivo, se realice bajo parámetros de mérito y perspectiva de género.

Anexo 33

CONSTITUCION NACIONAL

Ley Nº24.309

Declaración de la necesidad de su reforma.

Sancionada: Diciembre 29 de 1993

Promulgada: Diciembre 29 de 1993

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de Ley:

ARTICULO 1º-Declárase necesaria la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957.

ARTICULO 2º-La Convención Constituyente podrá:

a) Modificar los siguientes artículos: 45, 46, 48, 55, 67 (inciso 27), 68, 69, 70, 71, 72, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86 (incisos 1, 3, 5, 10, 13, 20), 87 y 99.

b) Reformar el Capítulo IV, Sección II, Parte Segunda de la Constitución Nacional.

c) Incorporar dos nuevos incisos al artículo 67, un nuevo inciso al artículo 86, un nuevo artículo en un nuevo capítulo de la Sección IV de la Parte Segunda de la Constitución Nacional y un nuevo artículo en el Capítulo I de la Sección III de la Parte Segunda de la Constitución Nacional.

d) Sancionar las cláusulas transitorias que fueren necesarias. La finalidad, el sentido y el alcance de la reforma que habilita este artículo 2 se expresa en el contenido del Núcleo de Coincidencias Básicas que a continuación se detalla:

NUCLEO DE COINCIDENCIAS BASICAS

A.-ATENUACION DEL SISTEMA PRESIDENCIALISTA.

Se promueve la creación de un jefe de Gabinete de Ministros, nombrado y removido por el Presidente de la Nación, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, que podrá también removerlo mediante un voto de censura.

a) Sus atribuciones serán:

1. Tener a su cargo la administración general del país.

2. Efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al Presidente.

3. Ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el Presidente de la Nación, resolviendo en acuerdo de gabinete ciertas materias si así lo indicara el Poder Ejecutivo o por su propia decisión cuando, por su importancia, lo estime necesario.

4. Coordinar, preparar y convocar las reuniones del gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del Presidente.

5. En acuerdo de gabinete de ministros, decidir el envío al Congreso Nacional del proyecto de ley de ministerios y del presupuesto nacional, previa aprobación del Poder Ejecutivo.

6. Hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional.

7. Expedir los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye este artículo y aquellas que le delegue el Presidente de la Nación.

8. Refrendar los decretos reglamentarios de las leyes, los decretos que dispongan la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso o la convocatoria a sesiones extraordinarias y los mensajes del Presidente que promuevan la iniciativa legislativa.

9. Concurrir en forma mensual al Congreso Nacional, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar sobre la marcha del gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 63.

10. Concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar.

11. Una vez que se inicien las sesiones ordinarias del Congreso, presentar junto con los restantes ministros una memoria detallada del estado de la Nación, en lo relativo a los negocios de los respectivos departamentos.

12. Producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo.

13 Cumplir las obligaciones que le impone la disposición relativa a los decretos de necesidad y urgencia.

b) El jefe de gabinete puede ser interpelado, a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada una de las Cámaras.

c) La ley fijará el número y la competencia de los ministros.

* A los efectos de introducir las modificaciones propuestas se aconseja habilitar la reforma del Capítulo IV, Sección II, Parte Segunda de la Constitución Nacional, que pasará a denominarse "Del jefe de gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo".

* Con el fin de adecuar las atribuciones del Poder Ejecutivo a las modificaciones señaladas, se aconseja también la reforma de los incisos pertinentes del artículo 86 de la Constitución Nacional, del modo que sigue:

Inciso 1: Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno, y responsable político de la administración general del país.

Inciso 10: ... por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete y a los demás ministros del despacho ... (el resto del inciso sin modificaciones).

Inciso 13: Supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de gabinete de ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión con arreglo a la ley o presupuestos de gastos nacionales.

Inciso 20: Puede pedir al jefe de gabinete de ministros y a los jefes de todos los ramos y departamentos de la administración, y por su conducto a los demás empleados, los informes que crea convenientes, y ellos son obligados a darlos.

B.-REDUCCION DEL MANDATO DE PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE DE LA NACION A CUATRO AÑOS CON REELECCION INMEDIATA POR UN SOLO PERIODO, CONSIDERANDO EL ACTUAL MANDATO PRESIDENCIAL COMO UN PRIMER PERIODO.

* Para lograr estos objetivos se aconseja la reforma del actual artículo 77 de la Constitución Nacional.

C.-COINCIDENTEMENTE CON EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CULTOS SE ELIMINARA EL REQUISITO CONFESIONAL PARA SER PRESIDENTE DE LA NACION.

* Se propone modificar el artículo 76 de la Constitución Nacional en el párrafo pertinente; y el artículo 80 en cuanto a los términos del juramento.

D.-ELECCION DIRECTA DE TRES SENADORES, DOS POR LA MAYORIA Y UNO POR LA PRIMERA MINORIA, POR CADA PROVINCIA Y POR LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, Y LA REDUCCION DE LOS MANDATOS DE QUIENES RESULTEN ELECTOS.

a) Inmediata vigencia de la reforma, a partir de 1995, mediante la incorporación del tercer senador por provincia, garantizando la representación por la primera minoría.

* Para llevar a cabo lo arriba enunciado se aconseja la reforma de los artículos 46 y 48 de la Constitución Nacional.

b) Una cláusula transitoria atenderá las necesidades resultantes de:

1. El respeto de los mandatos existentes.

2. La decisión de integrar la representación con el tercer senador a partir de 1995. A tal fin, los órganos previstos en el artículo 46 de la Constitución Nacional en su texto de 1853 elegirán un tercer senador, cuidando que las designaciones, consideradas en su totalidad, otorguen representación a la primera minoría de la Legislatura o del cuerpo electoral, según sea el caso.

E.-ELECCION DIRECTA POR DOBLE VUELTA DEL PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE DE LA NACION.

El Presidente y el Vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo en doble vuelta, según lo establece esta Constitución. A este fin el territorio nacional conformará un distrito único.

La elección se efectuará dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del Presidente en ejercicio.

La segunda vuelta electoral se realizará entre las dos fórmulas de candidatos más votadas, dentro de los treinta días.

Sin embargo, cuando la fórmula que resulte ganadora en la primera vuelta hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como Presidente y Vicepresidente de la Nación. También lo serán si hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor a diez puntos, porcentuales, respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos, sobre la fórmula que le sigue en número de votos.

* A tales efectos se aconseja la reforma de los artículos 81 a 85 de la Constitución Nacional.

F.-LA ELECCION DIRECTA DEL INTENDENTE Y LA REFORMA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.

a) El pueblo de la ciudad de Buenos Aires elegirá directamente su jefe de gobierno.

b) La ciudad de Buenos Aires será dotada de un status constitucional especial, que le reconozca autonomía y facultades propias de legislación y jurisdicción.

c) Una regla especial garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.

* Para llevar a cabo estas modificaciones se aconseja la reforma al artículo 67, inciso 27, y al artículo 86, inciso 3 de la Constitución Nacional.

d) Disposición transitoria. Hasta tanto se constituyan los poderes que surjan del nuevo régimen de autonomía de la ciudad de Buenos Aires, el Congreso ejercerá sobre la capital de la República las facultades establecidas en el inciso 27, del artículo 67.

G.-REGULACION DE LA FACULTAD PRESIDENCIAL DE DICTAR REGLAMENTOS DE NECESIDAD Y URGENCIA Y PROCEDIMIENTOS PARA AGILIZACION DEL TRAMITE DE DISCUSION Y SANCION DE LAS LEYES.

a) Decretos de necesidad y urgencia.

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

Cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución, el ejercicio de atribuciones propias del Congreso por razones de necesidad y urgencia será decidido en acuerdo general de ministros, con el refrendo del jefe de gabinete y los restantes ministros.

El jefe de gabinete, personalmente y dentro de los diez (10) días de su sanción, someterá la medida a consideración de una comisión bicameral permanente, cuya composición deberá respetar las proporciones de las minorías.

* Por agregado del inciso 23 al artículo 86 de la Constitución Nacional.

b) Legislación delegada.

Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública y con plazos fijados para su ejercicio.

Es necesario el refrendo del jefe de gabinete para el dictado de decretos por el Poder Ejecutivo que ejerzan facultades delegadas por el Congreso Nacional. Esos decretos se hallan sujetos al control de la comisión bicameral permanente mencionada en el apartado anterior.

La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio, caducará automáticamente a los cinco (5) años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso Nacional ratifique expresamente por una nueva ley.

La caducidad resultante del transcurso de los plazos previstos en los párrafos anteriores no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

* Se propone un nuevo inciso agregado al artículo 67 de la Constitución Nacional.

c) Reducción a tres las intervenciones posibles de las Cámaras.

Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras, podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora. Si el proyecto fuese objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a efectos de especificar si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría simple o por las dos terceras partes de sus miembros. La Cámara de origen podrá por simple mayoría aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o mediante insistencia de la redacción originaria, excepto que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora con la indicada mayoría de las dos terceras partes. En este último caso el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, requiriendo la Cámara de origen para insistir en su redacción originaria del voto de las dos terceras partes de sus miembros. La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora.

* Se postula la reforma del artículo 71 de la Constitución Nacional.

d) Proyectos desechados parcialmente.

Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas sólo podrán ser promulgadas si constituyen porciones escindibles del texto primitivo, y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso.

En este caso, será de aplicación el procedimiento previsto respecto de los decretos de necesidad y urgencia.

* Se postula la reforma del artículo 70 de la Constitución Nacional.

e) Extensión de sesiones ordinarias del Congreso.

Las sesiones ordinarias del Congreso se extenderán entre el 1º de marzo y el 30 de noviembre de cada año.

* Se propone la reforma del artículo 55 de la Constitución Nacional.

f) Procedimientos de aprobación de leyes en general en plenario y en particular en comisiones; y la compatibilización de las posiciones de las Cámaras por comisiones de enlace bicameral. Exclusión de la sanción ficta de proyectos legislativos.

De común acuerdo se ha resuelto excluir reformas tendientes a introducir la sanción tácita, tanto en proyectos de leyes de necesidad y urgente tratamiento, como en casos de proyectos aprobados por una de las Cámaras.

* Se propone habilitar el artículo 69 de la Constitución Nacional a los efectos de introducir reformas con el sentido y reservas indicados, cuya redacción quedará librada a la Convención Constituyente.

H.-CONSEJO DE LA MAGISTRATURA.

Un Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente, de modo que 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. Será integrado, asimismo, por otras personalidades 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 dupla o terna) 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.

5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados.

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 del servicio de justicia.

* Todo ello por incorporación de un artículo nuevo y por reforma al artículo 99 de la Constitución Nacional.

I.-DESIGNACION DE LOS MAGISTRADOS FEDERALES.

1. Los jueces de la Corte Suprema serán designados por el Presidente de la Nación con acuerdo del Senado por mayoría absoluta del total de sus miembros o por dos tercios de los miembros presentes, en sesión pública convocada al efecto.

2. Los demás jueces serán designados por el Presidente de la Nación por una propuesta vinculante (en dupla o 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.

La designación de los magistrados de la ciudad de Buenos Aires se regirá por las mismas reglas, hasta tanto las normas organizativas pertinentes establezcan el sistema aplicable.

* Por reforma al artículo 86, inciso 5 de la Constitución Nacional. Las alternativas que se expresan en el texto quedan sujetas a la decisión de la Convención Constituyente.

J.-REMOCION DE MAGISTRADOS FEDERALES.

1. Los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán removidos únicamente por juicio político, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes.

2. Los demás jueces serán removidos, por las mismas causales, por un Jurado de Enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados , abogados y personalidades independientes, designados de la forma que establezca la ley.

La remoción de los magistrados de la ciudad de Buenos Aires se regirá por las mismas reglas, hasta tanto las normas organizativas pertinentes establezcan el sistema aplicable.

* Por reforma al artículo 45 de la Constitución Nacional.

K.-CONTROL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.

El control externo del sector público nacional, en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, es una atribución propia del Poder Legislativo.

El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública está sustentado en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.

Este organismo, con autonomía funcional y dependencia técnica del Congreso de la Nación, se integra del modo que establezca la ley que reglamente su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara; la Presidencia del organismo está reservada a una persona propuesta por el principal partido de la oposición legislativa.

Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuere su modalidad de organización.

Intervendrá en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.

* Se propone la incorporación a través de un artículo nuevo, en la Segunda Parte, Sección IV, en un nuevo capítulo.

L.-ESTABLECIMIENTO DE MAYORIAS ESPECIALES PARA LA SANCION DE LEYES QUE MODIFIQUEN EL REGIMEN ELECTORAL Y DE PARTIDOS POLITICOS.

Los proyectos de leyes que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos actualmente vigente deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de cada una de las Cámaras.

* Por agregado al artículo 68 de la Constitución Nacional.

LL.-INTERVENCION FEDERAL.

La intervención federal es facultad del Congreso de la Nación. En caso de receso, puede decretarla el Poder Ejecutivo Nacional y, simultáneamente, convocará al Congreso para su tratamiento.

* Por inciso agregado al artículo 67 de la Constitución Nacional.

ARTICULO 3º-Se habilitan también para su debate y resolución en la Convención Constituyente los puntos que se explicitan y los artículos que se discriminan a continuación:

A tal efecto la Convención Constituyente podrá:

a) Modificar los artículos 63, 67, 106, 107 y 108.

b) Incorporar un nuevo capítulo a la Primera Parte de la Constitución Nacional con cuatro artículos y un nuevo capítulo a la Segunda Parte de la Constitución Nacional con cuatro artículos y un nuevo inciso al artículo 86 de la Constitución Nacional.

c) Sancionar las disposiciones transitorias necesarias.

En todos los casos esa habilitación está referida a los siguientes:

TEMAS QUE SON HABILITADOS POR EL CONGRESO NACIONAL PARA SU DEBATE POR LA CONVENCION CONSTITUYENTE

A.-FORTALECIMIENTO DEL REGIMEN FEDERAL.

Distribución de competencias entre la Nación y las provincias respecto de la prestación de servicios y en materia de gastos y recursos. Régimen de coparticipación.

b) Creación de regiones para el desarollo económico social.

c) Jurisdicción provincial en los establecimientos de utilidades nacionales.

d) Posibilidad de realizar por las provincias gestiones internacionales en tanto no afecten las facultades que al respecto corresponden al Gobierno Federal, no sean incompatibles con la política exterior que éste conduce y no importen la celebración de tratados de aquel carácter.

* Por incisos agregados y por reformas a incisos del artículo 67 y a los artículos 107 y 108 de la Constitución Nacional.

B.-AUTONOMIA MUNICIPAL.

* Por reforma al artículo 106 de la Constitución Nacional.

C.-POSIBILIDAD DE INCORPORACION DE LA INICIATIVA Y DE LA CONSULTA POPULAR COMO MECANISMOS DE DEMOCRACIA SEMIDIRECTA.

* Por habilitación de un artículo nuevo a incorporar en un capítulo segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

D. - POSIBILIDAD DE ESTABLECER EL ACUERDO DEL SENADO PARA LA DESIGNACION DE CIERTOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS DE CONTROL Y DEL BANCO CENTRAL, EXCLUIDA LA AUDITORIA GENERAL DE LA NACION.

* Por nuevo inciso al artículo 86 de la Constitución Nacional.

E.-ACTUALIZACION DE LAS ATRIBUCIONES DEL CONGRESO Y DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL PREVISTAS EN LOS ARTICULOS 67 Y 86, RESPECTIVAMENTE, DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

F.-ESTABLECER EL DEFENSOR DEL PUEBLO.

* Se postula su incorporación por un artículo en la Segunda Parte, en el nuevo capítulo.

G.-MINISTERIO PUBLICO COMO ORGANO EXTRAPODER.

* Por habilitación de un artículo a incorporarse en la Segunda Parte, en el nuevo capítulo.

H.-FACULTADES DEL CONGRESO RESPECTO DE PEDIDOS DE INFORMES. INTERPELACION Y COMISIONES DE INVESTIGACION.

* Por reforma al artículo 63 de la Constitución Nacional.

I.-INSTITUTOS PARA LA INTEGRACION Y JERARQUIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

* Por incisos nuevos al artículo 67 de la Constitución Nacional.

J.-GARANTIAS DE LA DEMOCRACIA EN CUANTO A LA REGULACION CONSTITUCIONAL DE LOS

PARTIDOS POLITICOS, SISTEMA ELECTORAL Y DEFENSA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL.

* Por habilitación de artículos nuevos a incorporar en el capítulo segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

K.-PRESERVACION DEL MEDIO AMBIENTE.

* Por habilitación de un artículo nuevo a incorporar en el capítulo segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

L.-CREACION DE UN CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL CON CARACTER CONSULTIVO.

* Por habilitación de un artículo a incorporarse en la Segunda Parte, en el nuevo capítulo.

LL.-ADECUACION DE LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES A FIN DE GARANTIZAR LA IDENTIDAD ETNICA Y CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDIGENAS.

* Por reforma al artículo 67, inciso 15 de la Constitución Nacional.

M.-DEFENSA DE LA COMPETENCIA, DEL USUARIO Y DEL CONSUMIDOR.

* Por incorporación de un artículo nuevo en el capítulo segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

N.-CONSAGRACION EXPRESA DEL HABEAS CORPUS Y DEL AMPARO.

* Por incorporación de un artículo nuevo en el capítulo segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

Ñ.-IMPLEMENTAR LA POSIBILIDAD DE UNIFICAR LA INICIACION DE TODOS LOS MANDATOS ELECTIVOS EN UNA MISMA FECHA.

* Por habilitación de una cláusula transitoria de la Constitución Nacional.

ARTICULO 4º-La Convención Constituyente se reunirá con el único objeto de considerar las reformas al texto constitucional incluidas en el núcleo de coincidencias básicas y los temas que también son habilitados por el Congreso Nacional para su debate, conforme queda establecido en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración.

ARTICULO 5º-La Convención podrá tratar en sesiones diferentes el contenido de la reforma, pero los temas indicados en el artículo 2º de esta ley de declaración deberán ser votados 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.

ARTICULO 6º-Serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración.

ARTICULO 7º-La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Unico de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

ARTICULO 8º-El Poder Ejecutivo nacional convocará al pueblo de la Nación dentro de los ciento veinte (120) días de promulgada la presente ley de declaración para elegir a los convencionales constituyentes que reformarán la Constitución Nacional.

ARTICULO 9º-Cada provincia y la Capital Federal elegirán un número de convencionales constituyentes igual al total de legisladores que envían al Congreso de la Nación.

ARTICULO 10º-Los convencionales constituyentes serán elegidos en forma directa por el pueblo de la Nación Argentina y la representación será distribuida mediante el sistema proporcional D'Hont con arreglo a la ley general

vigente en la materia para la elección de diputados nacionales.

A la elección de convencionales constituyentes se aplicarán las normas del Código Electoral Nacional (t.o. decreto 2135/83, con las modificaciones introducidas por las leyes 23.247, 23.476 y 24.012); se autoriza al Poder Ejecutivo, a este solo efecto, a reducir el plazo de exhibición de padrones.

ARTICULO 11º-Para ser convencional constituyente se requiere haber cumplido 25 años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella, siendo incompatible este cargo únicamente con el de miembro del Poder Judicial de la Nación y de las provincias.

ARTICULO 12º-La Convención Constituyente se instalará en las ciudades de Santa Fe y Paraná e iniciará su labor dentro de los sesenta (60) días posteriores a las elecciones generales a las que hace mención el artículo 8 de esta ley de declaración. Deberá terminar su cometido dentro de los noventa (90) días de su instalación y no podrá prorrogar su mandato.

ARTICULO 13º-La Convención Constituyente será juez último de la validez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros y se regirá por el reglamento interno de la Cámara de Diputados de la Nación, sin perjuicio de la facultad de la Convención Constituyente de modificarlo a fin de agilizar su funcionamiento.

ARTICULO 14º-Los convencionales constituyentes gozarán de todos los derechos, prerrogativas e inmunidades, inherentes a los Diputados de la Nación, y tendrán una compensación económica equivalente.

ARTICULO 15º-La Convención Constituyente tendrá la facultad de realizar la renumeración de los artículos y compatibilizaciones de denominación de los títulos, de las secciones y de los capítulos de la Constitución Nacional que resulten después de la reforma.

ARTICULO 16º-Autorízase al Poder Ejecutivo nacional a realizar los gastos necesarios que demande la ejecución de esta ley de declaración. También se lo faculta a efectuar las reestructuraciones y modificaciones presupuestarias que resulten necesarias a este fin.

ARTICULO 17º-Comuníquese al Poder Ejecutivo.-ALBERTO R. PIERRI-EDUARDO MENEM-Juan Estrada-Edgardo Piuzzi.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS VEINTINUEVE DIAS DEL MES DE DICIEMBRE DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES.

Anexo 34

LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PUBLICO

Ley 24.946

Organización e integración. Funciones y actuación. Disposiciones complementarias.

Sancionada: Marzo 11 de 1998.

Promulgada Parcialmente: Marzo 18 de 1998.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de Ley:

LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PUBLICO

TITULO I

ORGANIZACION E INTEGRACION DEL MINISTERIO PUBLICO

CAPITULO I

PRINCIPIOS GENERALES

ARTICULO 1° — El Ministerio Público es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

Ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura.

El principio de unidad de actuación debe entenderse sin perjuicio de la autonomía que corresponda como consecuencia de la especificidad de las funciones de los fiscales, defensores y tutores o curadores públicos, en razón de los diversos intereses que deben atender como tales.

Posee una organización jerárquica la cual exige que cada miembro del Ministerio Público controle el desempeño de los inferiores y de quienes lo asistan, y fundamenta las facultades y responsabilidades disciplinarias que en esta ley se reconocen a los distintos magistrados o funcionarios que lo integran.

COMPOSICION

ARTICULO 2° — El Ministerio Público esta compuesto por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa.

ARTICULO 3° — El Ministerio Público Fiscal esta integrado por los siguientes magistrados:

a) Procurador General de la Nación.

b) Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas.

c) Fiscales Generales ante los tribunales colegiados, de casación, de segunda instancia, de instancia única, los de la Procuración General de la Nación y los de Investigaciones Administrativas.

d) Fiscales Generales Adjuntos ante los tribunales y de los organismos enunciados en el inciso c).

e) Fiscales ante los jueces de primera instancia: los Fiscales de la Procuración General de la Nación y los Fiscales de

Investigaciones Administrativas.

f) Fiscales Auxiliares de las fiscalías de primera instancia y de la Procuración General de la Nación.

ARTICULO 4° — El Ministerio Público de la Defensa esta integrado por los siguientes magistrados:

a) Defensor General de la Nación.

b) Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

c) Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante los Tribunales de Segunda Instancia, de Casación y ante los Tribunales Orales en lo Criminal y sus Adjuntos; y Defensores Públicos Oficiales ante la Cámara de Casación Penal, Adjuntos ante la Cámara de Casación Penal, ante los Tribunales Orales en lo Criminal, Adjuntos ante los Tribunales Orales en lo Criminal, de Primera y Segunda Instancia del Interior del País, ante los Tribunales Federales de la Capital Federal y los de la Defensoría General de la Nación.

d) Defensores Públicos de Menores e Incapaces Adjuntos de Segunda Instancia, y Defensores Públicos Oficiales Adjuntos de la Defensoría General de la Nación.

e) Defensores Públicos de Menores e Incapaces de Primera Instancia y Defensores Públicos Oficiales ante los Jueces y Cámaras de Apelaciones.

f) Defensores Auxiliares de la Defensoría General de la Nación.

Integran el Ministerio Público de la Defensa en calidad de funcionarios los Tutores y Curadores Públicos cuya actuación regula la presente ley.

CAPITULO II

RELACION DE SERVICIO

DESIGNACIONES

ARTICULO 5° — El Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación serán designados por el Poder Ejecutivo nacional con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes. Para la designación del resto de los magistrados mencionados en los inciso b), c), d), e) y f) de los artículos 3° y 4°, el Procurador General de la Nación o el Defensor General de la Nación, en su caso, presentara una terna de candidatos al Poder Ejecutivo de la cual éste elegirá uno, cuyo nombramiento requerirá el acuerdo de la mayoría simple de los miembros presentes del Senado.

CONCURSO

ARTICULO 6° — La elaboración de la terna se hará mediante el correspondiente concurso público de oposición y antecedentes, el cual será sustanciado ante un tribunal convocado por el Procurador General de la Nación o el Defensor General de la Nación, según el caso. El tribunal se integrará con cuatro (4) magistrados del Ministerio Público con Jerarquía no inferior a los cargos previstos en el inciso c) de los artículos 3° y 4°, los cuales serán escogidos otorgando preferencia por quienes se desempeñen en el fuero en el que exista la vacante a cubrir. Será presidido por un magistrado de los enunciados en el artículo 3° incisos b) y c) o en el artículo 4° incisos b) y c), según corresponda; salvo cuando el concurso se realice para cubrir cargos de Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas, Fiscal General, Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación o Defensor Público ante tribunales colegiados, supuestos en los cuales deberá presidir el tribunal examinador, el Procurador General o el Defensor General de la Nación, según el caso.

REQUISITOS PARA LAS DESIGNACIONES

ARTICULO 7° — Para ser Procurador General de la Nación o Defensor General de la Nación, se requiere ser

ciudadano argentino, con título de abogado de validez nacional, con ocho (8) años de ejercicio y reunir las demás calidades exigidas para ser Senador Nacional.

Para presentarse a concurso para Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación; Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas; Fiscal General ante los tribunales colegiados, de casación, de segunda instancia, de instancia única, de la Procuración General de la Nación y de Investigaciones Administrativas; y los cargos de Defensores Públicos enunciados en el artículo 4° incisos b) y c), se requiere ser ciudadano argentino, tener treinta (30) años de edad y contar con seis (6) años de ejercicio efectivo en el país de la profesión de abogado o de cumplimiento —por igual término— de funciones en el Ministerio Público o en el Poder Judicial con por lo menos seis (6) años de antigüedad en el título de abogado.

Para presentarse a concurso para ser Fiscal General Adjunto ante los tribunales y de los organismos enunciados en el artículo 3° inciso c) Fiscal ante los Jueces de primera instancia; Fiscal de la Procuración General de la Nación; Fiscal de Investigaciones Administrativas; y los cargos de Defensores Públicos enunciados en el artículo 4° incisos d) y e), se requiere ser ciudadano argentino, tener veinticinco (25) años de edad y contar con cuatro (4) años de ejercicio efectivo en el país de la profesión de abogado o de cumplimiento — por igual término — de funciones en el Ministerio Público o en el Poder Judicial con por lo menos cuatro (4) años de antigüedad en el título de abogado.

Para presentarse a concurso para Fiscal Auxiliar de la Procuración General de la Nación. Fiscal Auxiliar de Primera Instancia y Defensor Auxiliar de la Defensoría General de la Nación, se requiere ser ciudadano argentino, mayor de edad y tener dos (2) años de ejercicio efectivo en el país de la profesión de abogado o de cumplimiento — por igual término — de funciones en el Ministerio Público o en el Poder Judicial de la Nación o de las provincias con por lo menos dos (2) años de antigüedad en el título de abogado.

JURAMENTO

ARTICULO 8° — Los magistrados del Ministerio Público al tomar posesión de sus cargos, deberán prestar juramento de desempeñarlos bien y legalmente, y de cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional y las leyes de la República.

El Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación prestarán juramento ante el Presidente de la Nación en su calidad de Jefe Supremo de la Nación. Los fiscales y defensores lo harán ante el Procurador General de la Nación o el Defensor General de la Nación — según corresponda — o ante el magistrado que estos designen a tal efecto.

INCOMPATIBILIDADES

ARTICULO 9° — Los integrantes del Ministerio Público no podrán ejercer la abogacía ni la representación de terceros enjuicio, salvo en los asuntos propios o en los de su cónyuge, ascendientes o descendientes, o bien cuando lo hicieren en cumplimiento de un deber legal. Alcanzan a ellos las incompatibilidades que establecen las leyes respecto de los jueces de la Nación.

No podrán ejercer las funciones inherentes al Ministerio Público quienes sean parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los jueces ante quienes correspondiera desempeñar su ministerio.

EXCUSACION Y RECUSACION

ARTICULO 10. — Los integrantes del Ministerio Público podrán excusarse o ser recusados por las causales que — a su respecto — prevean las normas procesales.

SUSTITUCION

ARTICULO 11. — En caso de recusación, excusación, impedimento, ausencia, licencia o vacancia, los miembros del Ministerio Público se reemplazarán en la forma que establezcan las leyes o reglamentaciones correspondientes. Si el impedimento recayere sobre el Procurador General de la Nación o el Defensor General de la Nación, serán reemplazados por el Procurador Fiscal o el Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su caso, con mayor antigüedad en el cargo.

De no ser posible la subrogación entre si, los magistrados del Ministerio Público serán reemplazados por los integrantes de una lista de abogados que reúnan las condiciones para ser miembros del Ministerio Público, la cual será conformada por insaculación en el mes de diciembre de cada año. La designación constituye una carga pública para el abogado seleccionado y el ejercicio de la función no dará lugar a retribución alguna.

REMUNERACION

ARTICULO 12. — Las remuneraciones de los integrantes del Ministerio Público se determinarán del siguiente modo:

a) El Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación recibirán una retribución equivalente a la de Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

b) Los Procuradores fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, percibirán un 20% más, de las remuneraciones que correspondan a los Jueces de Cámara, computables solamente sobre los ítems sueldo básico, suplemento, remuneración Acordada C.S.J.N. 71/93, compensación jerarquice y compensación funcional.

c) El fiscal nacional de Investigaciones Administrativas y los magistrados enumerados en el inciso c) de los artículos 3º y 4º de la presente ley, percibirán una remuneración equivalente a la de un juez de Cámara.

d) Los magistrados mencionados en los incisos d) y e) de los artículos 3° y 4° de la presente ley, percibirán una retribución equivalente a la de juez de primera instancia.

e) Los fiscales auxiliares de las fiscalías ante los juzgados de primera instancia y de la Procuración General de la Nación, y los defensores auxiliares de la Defensoría General de la Nación percibirán una retribución equivalente a la de un secretario de Cámara.

f) Los tutores y curadores designados conforme lo establece la presente ley, percibirán una remuneración equivalente a la retribución de un secretario de primera instancia.

Las equiparaciones precedentes se extienden a todos los efectos patrimoniales, previsionales y tributarios, idéntica equivalencia se establece en cuanto a jerarquía, protocolo y trato.

ESTABILIDAD

ARTICULO 13. — Los magistrados del Ministerio Público gozan de estabilidad mientras dure su buena conducta y hasta los setenta y cinco (75) años de edad. Los magistrados que alcancen la edad indicada precedentemente quedarán sujetos a la exigencia de un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo. Estas designaciones se efectuarán por el término de cinco (5) años, y podrán ser repetidas indefinidamente, mediante el mismo procedimiento.

INMUNIDADES

ARTICULO 14. — Los magistrados del Ministerio Público gozan de las siguientes inmunidades:

No podrán ser arrestados excepto en caso de ser sorprendidos en flagrante delito.

Sin perjuicio de ello, en tales supuestos, se dará cuenta a la autoridad superior del Ministerio Público que corresponda, y al Tribunal de Enjuiciamiento respectivo, con la información sumaria del hecho.

Estarán exentos del deber de comparecer a prestar declaración como testigos ante los Tribunales, pudiendo hacerlo. En su defecto deberán responder por escrito, bajo juramento y con las especificaciones pertinentes.

Las cuestiones que los miembros del Ministerio Público denuncien con motivo de perturbaciones que afecten el ejercicio de sus funciones provenientes de los poderes públicos, se sustanciarán ante el Procurador General de la Nación o ante el Defensor General de la Nación, según corresponda, quienes tendrán la facultad de resolverlas y, en

su caso, poner el hecho en conocimiento de la autoridad judicial competente, requiriendo las medidas que fuesen necesarias para preservar el normal desempeño de aquellas funciones.

Los miembros del Ministerio Público no podrán ser condenados en costas en las causas en que intervengan como tales.

TRASLADOS

ARTICULO 15. — Los integrantes del Ministerio Público sólo con su conformidad y conservando su jerarquía, podrán ser trasladados a otras jurisdicciones territoriales. Solo podrán ser destinados temporalmente a funciones distintas de las adjudicadas en su designación, cuando se verifique alguno de los supuestos previstos en los artículos 33, inciso g), y 51, inciso f).

PODER DISCIPLINARIO

ARTICULO 16. — En caso de incumplimiento de los deberes a su cargo, el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación, podrán imponer a los magistrados que componen el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, respectivamente, las siguientes sanciones disciplinarias:

a) Prevención.

b) Apercibimiento.

c) Multa de hasta el veinte por siento (20 %) de sus remuneraciones mensuales.

Toda sanción disciplinaria se graduará teniendo en cuenta la gravedad de la falta, los antecedentes en la función y los perjuicios efectivamente causados.

Tendrán la misma atribución los Fiscales y Defensores respecto de los magistrados de rango inferior que de ellos dependan.

Las causas por faltas disciplinarias se resolverán previo sumario, que se regirá por la norma reglamentaria que dicten el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación, la cual deberá garantizar el debido proceso adjetivo y el derecho de defensa en juicio.

En los supuestos en que el órgano sancionador entienda que el magistrado es pasible de la sanción de remoción, deberá elevar el sumario al Tribunal de Enjuiciamiento a fin de que evalúe la conducta reprochable y determine la sanción correspondiente.

Las sanciones disciplinarias que se apliquen por los órganos del Ministerio Público serán recurribles administrativamente, en la forma que establezca la reglamentación. Agotada la instancia administrativa, dichas medidas serán pasibles de impugnación en sede judicial.

CORRECCIONES DISCIPLINARIAS EN EL PROCESO

ARTICULO 17. — Los jueces y tribunales solo podrán imponer a los miembros del Ministerio Público las mismas sanciones disciplinarias que determinan las leyes para los litigantes por faltas cometidas contra su autoridad o decoro, salvo la sanción de arresto, las cuales serán recurribles ante el tribunal inmediato superior.

El juez o tribunal deberá comunicar al superior jerárquico del sancionado la medida impuesta y toda inobservancia que advierta en el ejercicio de las funciones inherentes al cargo que aquel desempeña.

Cuando la medida afecte al Procurador o al Defensor General de la Nación, será comunicada al Senado de la Nación.

MECANISMOS DE REMOCION

ARTICULO 18. — El Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación sólo pueden ser removidos por las causales y mediante el procedimiento establecidos en los artículos 53 y 59 de la Constitución

Nacional.

Los restantes magistrados que componen el Ministerio Público sólo podrán ser removidos de sus cargos por el Tribunal de Enjuiciamiento previsto en esta ley, por las causales de mal desempeño, grave negligencia o por la comisión de delitos dolosos de cualquier especie.

TRIBUNAL DE ENJUICIAMIENTO

ARTICULO 19. — El Tribunal de Enjuiciamiento estará integrado por siete (7) miembros: a) Tres (3) vocales deberán cumplir con los requisitos constitucionalmente exigidos para ser miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y serán designados uno por el Poder Ejecutivo, otro por el Senado y otro por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. b) Dos (2) vocales deberán ser abogados de la matrícula federal y cumplir con los requisitos constitucionalmente exigidos para ser miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y serán designados uno por la Federación Argentina de Colegios de Abogados y otro por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. c) Dos (2) vocales deberán ser elegidos por sorteo: uno entre los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación o Fiscales Generales y otro entre los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación o Defensores Públicos ante tribunales colegiados. A los efectos de su subrogación se elegirá igual número de miembros suplentes. El Tribunal de Enjuiciamiento será convocado por el Procurador General de la Nación o el Defensor General de la Nación, según corresponda, o por su presidente en caso de interponerse una queja ante una denuncia desestimada por alguno de aquellos. Tendrá su asiento en la Capital Federal y se podrá constituir en el lugar que considere más conveniente para cumplir su cometido. Los integrantes del Tribunal de Enjuiciamiento durarán tres (3) años en sus funciones contados a partir de su designación. Aun cuando hayan vencido los plazos de sus designaciones, los mandatos se considerarán prorrogados de pleno derecho en cada causa en que hubiere tomado conocimiento el tribunal, hasta su finalización. Una vez integrado el Tribunal designará su presidente por sorteo. La presidencia rotará cada seis (6) meses, según el orden del sorteo. Ante este Tribunal actuarán como fiscales magistrados con jerarquía no inferior a Fiscal General o Defensor Público ante los tribunales colegiados, designados por el Procurador General de la Nación o el Defensor General de la Nación, según la calidad funcional del imputado. Como defensor de oficio, en caso de ser necesario, actuará un Defensor Oficial ante los tribunales colegiados de casación, de segunda instancia o de instancia única, a opción del imputado. La intervención como integrante del Tribunal, Fiscal o Defensor de Oficio constituirá una carga pública. Los funcionarios auxiliares serán establecidos, designados y retribuidos en la forma que determine la reglamentación que conjuntamente dicten el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.909 B.O. 28/7/2004).

REGLAS DE PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DE ENJUICIAMIENTO

ARTICULO 20. — El Tribunal de Enjuiciamiento desarrollará su labor conforme a las siguientes reglas:

a) La instancia ante el Tribunal de Enjuiciamiento será abierta por decisión del Procurador General de la Nación o el Defensor General de la Nación, según corresponda, de oficio o por denuncia, fundados en la invocación de hechos que configuren las causales de remoción previstas en esta ley.

b) Toda denuncia en la que se requiera la apertura de instancia ante el Tribunal de Enjuiciamiento, deberá ser presentada ante el Procurador General de la Nación a el Defensor General de la Nación, quienes podrán darle curso conforme el inciso precedente o desestimarla por resolución fundada, con o sin prevención sumaria. De la desestimación, el denunciante podrá ocurrir en queja ante el Tribunal de Enjuiciamiento, dentro del plazo de diez (10) días de notificado el rechazo. La queja deberá presentarse ante el Procurador General de la Nación o el Defensor General de la Nación, en su caso, quienes deberán girarla dentro de las cuarenta y ocho (48) horas al Tribunal de Enjuiciamiento para su consideración.

c) El procedimiento ante el Tribunal se realizará conforme la reglamentación que dicten conjuntamente el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación, que deberá respetar el debido proceso legal adjetivo y defensa en juicio, así como los principios consagrados en el Código Procesal Penal de la Nación. Sin perjuicio de ello, la reglamentación deberá atenerse a las siguientes normas:

1. El juicio será oral, público, contradictorio y continuo. El denunciante no podrá constituirse en parte.

2. La prueba será íntegramente producida en el debate o incorporada a este si fuere documental o instrumental, sin perjuicio de la realización de una breve prevención sumaria en caso de urgencia que ponga en peligro la comprobación de los hechos, salvaguardando en todo caso el derecho de defensa de las partes.

3. Durante el debate el Fiscal deberá sostener la acción y mantener la denuncia o acusación, sin perjuicio de solicitar la absolución cuando entienda que corresponda. El pedido de absolución no será obligatorio para el Tribunal, pudiendo condenar aún en ausencia de acusación Fiscal.

4. La sentencia deberá dictarse en el plazo no mayor de quince (15) días que fijará el presidente del Tribunal al cerrar el debate.

5. Según las circunstancias del caso, el tribunal podrá suspender al imputado en el ejercicio de sus funciones y, de estimarlo necesario, adoptar otras medidas preventivas de seguridad que considere pertinentes. Durante el tiempo que dure la suspensión, el imputado percibirá el setenta por ciento (70 %) de sus haberes y se trabará embargo sobre el resto a las resultas del juicio.

Si fuese absuelto y hubiera sido suspendido, se lo reintegrará inmediatamente a sus funciones y percibirá el total de lo embargado, atendiendo al principio de intangibilidad de las remuneraciones.

6. El Tribunal lesionará con la totalidad de sus miembros y la sentencia se dictara con el voto de la mayoría de sus integrantes.

7. La sentencia será absolutoria o condenatoria. Si el pronunciamiento del Tribunal fuese condenatorio, no tendrá otro efecto que disponer la remoción del condenado. Si se fundare en hechos que puedan configurar delitos de acción pública o ello surgiere de la prueba o aquella ya hubiere sido iniciada, se dará intervención en la forma que corresponda al tribunal judicial competente.

8. La sentencia podrá ser recurrida por el Fiscal o el imputado ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. El recurso deberá interponerse fundadamente por escrito ante el Tribunal de Enjuiciamiento, dentro del plazo de treinta (30) días de notificado el fallo. El Tribunal de Enjuiciamiento deberá elevar el recurso con las actuaciones a la Cámara mencionada, dentro de los cinco (5) días de interpuesto.

CAPITULO III

ADMINISTRACION GENERAL Y FINANCIERA DEL MINISTERIO PUBLICO

ARTICULO 21. — El Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación, cada uno en su respectiva área, tendrán a su cargo el gobierno y la administración general y financiera del Ministerio Público, de acuerdo con lo establecido en la presente ley y en las reglamentaciones que se dicten. A tal efecto, tendrán los siguientes deberes y facultades, en relación a sus respectivas facultades de gobierno:

a) Representar al Ministerio Público en sus relaciones con las demás autoridades de la República.

b) Dictar reglamentos de superintendencia general y financiera, de organización funcional, de personal, disciplinarios, y todos los demás que resulten necesarios para el cumplimiento de las funciones encomendadas al Ministerio Público por la Constitución y las leyes.

c) Celebrar los contratos que se requieran para el funcionamiento del Ministerio Público.

d) Coordinar las actividades del Ministerio Público con las diversas autoridades nacionales, provinciales o municipales, requiriendo su colaboración cuando fuere necesaria.

e) Elevar un informe anual, y por escrito, a la Comisión Bicameral creada por esta ley, sobre el desempeño de las funciones asignadas al Ministerio Público.

f) Organizar y dirigir una oficina de recursos humanos y un servicio administrativo - financiero, acreditado y reconocido conforme la normativa del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación.

AUTARQUIA FINANCIERA

ARTICULO 22. — A los efectos de asegurar su autarquía financiera, el Ministerio Público contará con crédito presupuestario propio, el que será atendido con cargo a rentas generales y con recursos específicos.

El Procurador General de la Nación y el Defensor General de Nación, elaborarán el proyecto de presupuesto y lo remitirán al Congreso para su consideración por intermedio del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.

El Poder Ejecutivo sólo podrá formular las observaciones que estime apropiadas, pero sin modificar su contenido, debiéndolo incorporar en el proyecto de presupuesto general de la Nación.

RELACIONES CON LOS PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO

ARTICULO 23. — El Ministerio Público se relacionará con el Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Justicia.

La relación con el Poder Legislativo se efectuará mediante una Comisión Bicameral cuya composición y funciones fijarán las cámaras del Congreso.

EJECUCION PRESUPUESTARIA

ARTICULO 24. — En la administración y ejecución financiera del presupuesto asignado, se observarán las previsiones de las leyes de administración financiera del Estado, con las atribuciones y excepciones conferidas por los artículos 9°, 34 y 117 de la ley 24.156.

El control de la ejecución del presupuesto estará a cargo de la Auditoria General de la Nación y la Comisión Bicameral del Congreso creada por esta ley se expedirá acerca de la rendición de cuentas del ejercicio.

TITULO II

FUNCIONES Y ACTUACION

SECCION I

NORMAS GENERALES

FUNCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO

ARTICULO 25. — Corresponde al Ministerio Público:

a) Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

b) Representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera.

c) Promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales, salvo cuando para intentarla o proseguirla fuere necesario instancia o requerimiento de parte conforme las leyes penales.

d) Promover la acción civil en los casos previstos por la ley.

e) Intervenir en los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombre de las personas, venias supletorias, declaraciones de pobreza.

f) En los que se alegue privación de justicia.

g) Velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República.

h) Velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal.

i) Promover o intervenir en cualesquiera causas o asuntos y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos.

j) Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales.

k) Ejercer la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas penales, y en otros fueros cuando aquellos fueren pobres o estuvieren ausentes.

l) Velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación.

ll) Intervenir en todos los procesos judiciales en que se solicite la ciudadanía argentina.

REQUERIMIENTO DE COLABORACION

ARTICULO 26. — Los integrantes del Ministerio Público, en cualquiera de sus niveles, podrán — para el mejor cumplimiento de sus funciones — requerir informes a los organismos nacionales, provinciales, comunales; a los organismos privados; y a los particulares cuando corresponda, así como recabar la colaboración de las autoridades policiales, para realizar diligencias y citar personas a sus despachos, al solo efecto de prestar declaración testimonial. Los organismos policiales y de seguridad deberán prestar la colaboración que les sea requerida, adecuándose a las directivas impartidas por los miembros del Ministerio Público y destinando a tal fin el personal y los medios necesarios a su alcance.

Los fiscales ante la justicia penal, anoticiados de la perpetración de un hecho ilícito — ya fuere por la comunicación prevista en el artículo 186 del Código Procesal Penal de la Nación o por cualquier otro medio — sin perjuicio de las directivas que el juez competente imparta a la policía o fuerza de seguridad interviniente, deberán requerir de estas el cumplimiento de las disposiciones que tutelan el procedimiento y ordenar la práctica de toda diligencia que estimen pertinente y útil para lograr el desarrollo efectivo de la acción penal. A este respecto la prevención actuara bajo su dirección inmediata.

FUNCIONES EXCLUIDAS

ARTICULO 27. — Quedan excluidas de las funciones del Ministerio Público; la representación del Estado y/o del Fisco en Juicio, así como el asesoramiento permanente al Poder Ejecutivo y el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Ello no obstante, el Poder Ejecutivo por intermedio del Ministro correspondiente, podrá dirigirse al Procurador o al Defensor General de la Nación, según el caso, a fin de proponerles la emisión de instrucciones generales tendientes a coordinar esfuerzos para hacer más efectiva la defensa de la causa pública, la persecución penal y la protección de los incapaces, inhabilitados, pobres y ausentes.

CARACTER DE LOS DICTAMENES

ARTICULO 28. — Los dictámenes, requerimientos y toda otra intervención en juicio de los integrantes del Ministerio Público deberán ser considerados por los jueces con arreglo a lo que establezcan las leyes procesales aplicables al caso.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

ARTICULO 29. — Cuando se tratare de una acción pública, el Ministerio Público actuará de oficio. La persecución penal de los delitos de acción pública deberá ser promovida inmediatamente después de la noticia de la comisión de un hecho punible y no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar, salvo en los casos y bajo las formas expresamente previstas en la ley.

DEBER DE INFORMAR

ARTICULO 30. — Los integrantes del Ministerio Público comunicarán al Procurador General de la Nación o al Defensor General de la Nación, según corresponda, y por vía jerárquica, los asuntos a su cargo que por su trascendencia o complejidad, requieran una asistencia especial, indicando concretamente las dificultades y proponiendo las soluciones que estimen adecuadas.

DEBER DE OBEDIENCIA - OBJECIONES

ARTICULO 31. — Cuando un magistrado actúe en cumplimiento de instrucciones emanadas del Procurador o del Defensor General de la Nación, podrá dejar a salvo su opinión personal.

El integrante del Ministerio Público que recibiere una instrucción que considere contraria a la ley, pondrá en conocimiento del Procurador o del Defensor General — según sea el caso — , su criterio disidente, mediante un informe fundado.

Cuando la instrucción general objetada, concierna a un acto procesal sujeto a plazo o que no admita dilación, quien la recibiere la cumplirá en nombre del superior. Si la instrucción objetada consistiese en omitir un acto sujeto a plazo o que no admita dilación, quien lo realice actuara bajo su exclusiva responsabilidad, sin perjuicio del ulterior desistimiento de la actividad cumplida.

INFORME ANUAL AL CONGRESO

ARTICULO 32. — Anualmente, en oportunidad de la inauguración del período de sesiones ordinarias del Congreso Nacional, el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación remitirán a la Comisión Bicameral creada por esta ley, un informe detallado de lo actuado por los órganos bajo su competencia — Ministerio Público Fiscal y Ministerio Público de la Defensa, respectivamente — el cual deberá contener una evaluación del trabajo realizado en el ejercicio; un análisis sobre la eficiencia del servicio, y propuestas concretas sobre las modificaciones o mejoras que este requiera.

SECCION II

MINISTERIO PUBLICO FISCAL

CAPITULO I

DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

ARTICULO 33. — El Procurador General de la Nación es el Jefe máximo del Ministerio Público Fiscal, Ejercerá la acción penal pública y las demás facultades que la ley otorga al Ministerio Público Fiscal, por si mismo o por medio de los órganos inferiores que establezcan las leyes.

El Procurador General tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

a) Dictaminar en las causas que tramitan ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando se planteen los siguientes asuntos:

1. Causas en las que se pretenda suscitar la competencia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional. Podrá ofrecer pruebas cuando se debatan cuestiones de hecho y este en juego el interés público, así como controlar su sustanciación a fin de preservar el debido proceso.

2. Cuestiones de competencia que deba dirimir la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3. Causas en las que la Corte Suprema de Justicia de la Nación entienda a raíz de recursos de apelación ordinaria, en las materias previstas en el artículo 24, inciso 6°, apartados b) y c) del decreto-ley 1285/58.

4. Procesos en los que su intervención resulte de normas legales específicas.

5. Causas en las que se articulen cuestiones federales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a efectos de dictaminar si corresponden a su competencia extraordinaria y expedirse en todo lo concerniente a los intereses que el Ministerio Público tutela.

A los fines de esta atribución, la corte Suprema dará vista al procurador general de los recursos extraordinarios introducidos a su despacho y de las quejas planteadas en forma directa por denegatoria de aquellos, con excepción de los casos en los que, según la sana discreción del Tribunal, corresponda el rechazo in limine por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaran insustanciales o carentes de trascendencia, o el recurso o la queja fuesen manifiestamente inadmisibles, supuestos en los que podrá omitir la vista al procurador general.

b) Impulsar la acción pública ante la Corte Suprema, en los casos que corresponda, y dar instrucciones generales a los integrantes del Ministerio Público Fiscal para que estos ejerzan dicha acción en las restantes instancias, con las atribuciones que esta ley prevé.

c) Intervenir en las causas de extradición que lleguen por apelación a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

d) Disponer por si o mediante instrucciones generales a los integrantes del Ministerio Público Fiscal, la adopción de todas las medidas que sean necesarias y conducentes para poner en ejercicio las funciones enunciadas en esta ley, y ejercer las demás atribuciones que le confieren las leyes y los reglamentos.

e) Diseñar la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal.

f) Delegar sus funciones en los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con lo previsto en los artículos 35 y 36 de esta ley.

g) Disponer fundadamente, de oficio o a pedido de un Fiscal General, cuando la importancia o dificultad de los asuntos lo hagan aconsejable, la actuación conjunta o alternativa de dos o más integrantes del Ministerio Público Fiscal de igual o diferente jerarquía, respetando la competencia en razón de la materia y del territorio. Esta limitación no regirá para los magistrados de la Procuración General de la Nación. En los casos de formación de equipos de trabajo, la actuación de los fiscales que se designen estera sujeta a las directivas del titular.

h) Efectuar la propuesta en terna a que se refieren los artículos 5° y 6° de esta ley, de conformidad con lo que se establezca en el reglamento de superintendencia.

i) Promover el enjuiciamiento de los integrantes del Ministerio Público Fiscal de conformidad con lo dispuesto en esta ley, y solicitar el enjuiciamiento de los jueces ante los órganos competentes, cuando unos u otros se hallaren incursos en las causales que prevé el artículo 53 de la Constitución Nacional.

j) Elevar al Poder Legislativo, por medio de la Comisión Bicameral, la opinión del Ministerio Público Fiscal acerca de la conveniencia de determinadas; reformas legislativas y al Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Justicia, si se trata de reformas reglamentarias.

k) Responder a las consultas formuladas por el Presidente de la Nación; los Ministros del Poder Ejecutivo; los presidentes de ambas Cámaras del Congreso Nacional; la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Presidente del Consejo de la Magistratura.

l) Coordinar las actividades del Ministerio Público Fiscal con las diversas autoridades nacionales, especialmente con las que cumplan funciones de instrucción criminal y policía judicial. Cuando sea el caso, también lo hará con las autoridades provinciales.

ll) Ejercer la superintendencia general sobre los miembros del Ministerio Público Fiscal, dictar los reglamentos e instrucciones generales para establecer una adecuada distribución del trabajo entre sus integrantes; sus respectivas atribuciones y deberes; y supervisar su cumplimiento.

m) Imponer sanciones a los magistrados, funcionarios y empleados del Ministerio Público Fiscal, en los casos y formas establecidos en esta ley y en la reglamentación que se dicte.

n) Fijar la sede y la jurisdicción territorial de actuación de las Fiscalías Generales y el grupo de Fiscales, Fiscales Adjuntos y Auxiliares que colaborarán con ellos, sin necesidad de sujetarse a la división judicial del país.

n) Confeccionar el programa del Ministerio Público Fiscal dentro del presupuesto general del Ministerio Público y presentar este al Poder Ejecutivo Nacional, por intermedio del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, juntamente con el programa del Ministerio Público de la Defensa, para su remisión al Congreso de la Nación.

o) Organizar, reglamentar y dirigir la Oficina de Recursos Humanos y el Servicio Administrativo Financiero del organismo.

p) Disponer el gasto del organismo de acuerdo con el presupuesto asignado, al Ministerio Público Fiscal, pudiendo delegar esta atribución en el funcionario que designe y en la cuantía que estime conveniente.

q) Responder las consultas que formulen los funcionarios y empleados del Ministerio Público Fiscal.

r) Convocar, por lo menos una vez al año, a una reunión de consulta, a la que asistirán todos los magistrados mencionados en el artículo 3°, incisos b) y c) de la presente ley, en las cuales se considerarán los informes anuales que se presenten conforme lo exige el artículo 32, se procurará la unificación de criterios sobre la actuación del Ministerio Público Fiscal y se tratarán todas las cuestiones que el Procurador General incluya en la convocatoria.

s) Representar al Ministerio Público Fiscal en sus relaciones con los tres Poderes del Estado.

t) Aprobar el Reglamento interno de la Fiscalía de investigaciones Administrativas.

u) Recibir los Juramentos de los magistrados, funcionarios y demás empleados del Ministerio Público Fiscal.

v) Ejercer por delegación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en las causas de competencia originaria de esta, las funciones de instrucción en los términos del artículo 196, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación.

DE LA PROCURACION GENERAL DE LA NACION

ARTICULO 34. — La Procuración General de la Nación es la sede de actuación del Procurador General de la Nación, como fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y como jefe del Ministerio Público Fiscal.

En dicho ámbito se desempeñarán los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y todos los magistrados que colaboren con el Procurador General de la Nación, tanto en la tarea de dictaminar en los asuntos judiciales remitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuanto en los asuntos relativos al gobierno del Ministerio Público Fiscal, de conformidad con los planes, organigramas de trabajo y cometidos funcionales específicos que el Procurador General disponga encomendarles.

DE LOS PROCURADORES FISCALES ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

ARTICULO 35. — Los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación asisten al Procurador General de la Nación y cumplen las directivas que este imparte de conformidad con lo dispuesto en la presente ley y lo que se establezca por vía reglamentaria. Además poseen las siguientes atribuciones:

a) Ejercer la acción pública ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en aquellas causas en que así lo resuelva el Procurador General de la Nación.

b) Sustituir al Procurador General en las causas sometidas a su dictamen, cuando este así lo resuelva.

c) Reemplazar al Procurador General en caso de licencia, recusación, excusación, impedimento o vacancia.

d) Informar al Procurador General sobre las causas en que intervienen.

e) Colaborar con el Procurador General en su gestión de gobierno del Ministerio Público Fiscal, en los términos y condiciones enunciados en el artículo precedente.

FISCALES DE LA PROCURACION GENERAL DE LA NACION

ARTICULO 36. — Los Fiscales de la Procuración General de la Nación cumplirán sus funciones en relación inmediata con el Procurador General y, cuando este así lo disponga, con los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la materia y los casos en los que les corresponda intervenir.

Cuando el Procurador General ejerza la competencia establecida en el inciso g) del artículo 33 de la presente ley, los fiscales del organismo actuarán, salvo disposición fundada en contrario, respetando los niveles del Ministerio Público Fiscal que se determinan en el artículo 3° de la presente ley.

FISCALES GENERALES ANTE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CASACION, DE SEGUNDA INSTANCIA Y DE INSTANCIA UNICA

ARTICULO 37. — Los Fiscales Generales ante los tribunales colegiados de casación, segunda instancia y de instancia única, tienen los siguientes deberes y atribuciones:

a) Promover ante los tribunales en los que se desempeñan el ejercicio de la acción pública o continuar ante ellos la intervención que el Ministerio Público Fiscal hubiera tenido en las instancias inferiores, sin perjuicio de su facultad para desistirla, mediante decisión fundada.

b) Desempeñar en el ámbito de su competencia las funciones que esta ley confiere a los fiscales ante la primera instancia y promover las acciones públicas que correspondan, a fin de cumplir en forma efectiva con las funciones asignadas al Ministerio Público Fiscal.

c) Dictaminar en las cuestiones de competencia y definir los conflictos de esa índole que se planteen entre los fiscales de las instancias inferiores.

d) Dictaminar en todas las causas sometidas a fallo plenario.

e) Peticionar la reunión de la cámara en pleno, para unificar la jurisprudencia contradictoria o requerir la revisión de la jurisprudencia plenaria.

f) Participar en los acuerdos generales del tribunal ante el que actuar, con voz pero sin voto, cuando fueren invitados o lo prevean las leyes.

g) Responder los pedidos de informes que les formule el Procurador General.

h) Elevar un informe anual al Procurador General sobre la gestión del área de su competencia.

i) Ejercer la superintendencia sobre los fiscales ante las instancias inferiores e impartirles instrucciones en el marco de la presente ley y de la reglamentación pertinente que dicte el Procurador General.

j) Imponer las sanciones disciplinarias a los magistrados, funcionarios y empleados que de ellos dependan, en los casos y formas establecidos en esta ley y su reglamentación.

FISCALES GENERALES ADJUNTOS

ARTICULO 38. — Los Fiscales Generales Adjuntos ante los tribunales colegiados de casación, segunda instancia o instancia única, actuarán en relación inmediata con los Fiscales Generales ante dichos tribunales y tendrán los siguientes deberes y atribuciones:

a) Sustituir o reemplazar al Fiscal General titular en el ejercicio de la acción cuando por necesidades funcionales éste así lo resuelva y en caso de licencia, excusación, recusación. impedimento o vacancia.

b) Informar al Fiscal General titular respecto de las causas en que intervengan y asistirlo en el ejercicio de sus funciones, en la medida de las necesidades del servicio.

FISCALES ANTE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA

ARTICULO 39. — Los Fiscales ante los jueces de primera instancia tendrán las facultades y deberes propios del Ministerio Público Fiscal en el ámbito de su competencia por razón del grado, debiendo realizar los actos procesales y ejercer todas las acciones y recursos necesarios para el cumplimiento de los cometidos que les fijen las leyes.

Deberán intervenir en los procesos de amparo, de hábeas corpus y de hábeas data y en todas las cuestiones de competencia; e imponer sanciones disciplinarias a los funcionarios y empleados que de ellos dependan, en los casos y formas establecidos por esta ley y su reglamentación.

ARTICULO 40. — En particular, los Fiscales ante la justicia de primera instancia en lo Criminal y Correccional tendrán los siguientes deberes y atribuciones:

a) Promover la averiguación y enjuiciamiento de los delitos y contravenciones que se cometieren y que llegaren a su conocimiento por cualquier medio, velando para que en las causas se respete el debido proceso legal, requiriendo para ello las medidas necesarias ante los jueces o ante cualquier otra autoridad administrativa, salvo aquellos casos en que por las leyes penales no este permitido obrar de oficio.

b) Hacerse parte en todas las causas en que la acción pública criminal o contravencional fuere procedente, ofreciendo pruebas, asistiendo al examen de testigos ofrecidos en la causa y verificando el trámite de las otras pruebas presentadas en el proceso.

c) Ejercitar todas las acciones y recursos previstos en las leyes penales, contravencionales y de procedimiento, cuidando de instarlos cuando se trate de prevenir o de evitar una efectiva denegación de justicia.

d) Concurrir a las cárceles y otros lugares de detención, transitoria o permanente, no solo para formar conocimiento y controlar la situación de los alojados en ellos, sino para promover o aconsejar medidas tendientes a la corrección del sistema penitenciario y a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

ARTICULO 41. — Los fiscales ante la justicia de Primera Instancia Federal y Nacional de la Capital Federal, en lo civil y comercial, Contencioso Administrativo, Laboral y de Seguridad Social, tendrán los siguientes deberes y atribuciones:

a) Hacerse parte en todas las causas o trámites judiciales en que el interés público lo requiera de acuerdo con el artículo 120 de la Constitución Nacional, a fin de asegurar el respeto al debido proceso, la defensa del interés público y el efectivo cumplimiento de la legislación, así como para prevenir, evitar o remediar daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisalístico en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan.

b) Ofrecer pruebas en las causas y trámites en que intervengan y verificar la regularidad de la sustanciación de las restantes ofrecidas o rendidas en autos, para asegurar el respeto al debido proceso.

c) Intervenir en las cuestiones de competencia y en todos los casos en que se hallaren en juego normas o principios de orden público.

FISCALES AUXILIARES ANTE LOS TRIBUNALES DE PRIMERA INSTANCIA

ARTICULO 42. — Los Fiscales Auxiliares ante los tribunales de primera instancia actuarán en relación inmediata con los fiscales ante dichos tribunales y tendrán las siguientes facultades y deberes:

a) Sustituir o reemplazar al Fiscal titular en el ejercicio de la acción cuando por necesidades funcionales este así lo resuelva y en caso de licencia, excusación, recusación, impedimento o vacancia.

b) Informar al Fiscal titular respecto de las causas en que intervengan y asistirlo en el ejercicio de sus funciones, en la medida de las necesidades del servicio.

CAPITULO II

FISCALIA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS

ORGANIZACION

ARTICULO 43. — La Fiscalía de Investigaciones Administrativas forma parte del Ministerio Público Fiscal como órgano dependiente de la Procuración General de la Nación. Está integrada por el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas y los demás magistrados que esta ley establece.

DESIGNACIONES Y REMOCIONES

ARTICULO 44. — Los magistrados de la fiscalía serán designados y removidos conforme al procedimiento previsto en esta ley.

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS

ARTICULO 45. — El Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas tendrá los siguientes deberes y facultades:

a) Promover la investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la administración nacional centralizada y descentralizada, y de las empresas, sociedades y todo otro ente en que el Estado tenga participación. En todos los supuestos, las investigaciones se realizarán por el solo impulso de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas y sin necesidad de que otra autoridad estatal lo disponga, sin perjuicio de ajustar su proceder a las instrucciones generales que imparta el Procurador General de la Nación.

b) Efectuar investigaciones en toda institución o asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, ya sea prestado en forma directa o indirecta, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades en la inversión dada a los mencionados recursos.

c) Denunciar ante la justicia competente, los hechos que, como consecuencia de las investigaciones practicadas, sean considerados delitos. En tales casos, las investigaciones de la Fiscalía tendrán el valor de prevención sumaria. El ejercicio de la acción pública quedará a cargo de los fiscales competentes ante el tribunal donde quede radicada la denuncia y, en su caso, ante las Cámaras de Apelación y Casación con la intervención necesaria del Fiscal nacional de Investigaciones Administrativas o de los magistrados que éste determine, quienes actuarán en los términos del artículo 33 inciso t).

La Fiscalía de Investigaciones Administrativas podrá asumir, en cualquier estado de la causa, el ejercicio directo de la acción pública, cuando los fiscales competentes antes mencionados tuvieren un criterio contrario a la prosecución de la acción.

d) Asignar a los fiscales Generales, Fiscales Generales Adjuntos y Fiscales, las investigaciones que resolviera no efectuar personalmente.

e) Someter a la aprobación del Procurador General de la Nación el reglamento interno de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas.

f) Ejercer la superintendencia sobre los magistrados, funcionarios y empleados que de el dependen e impartirles instrucciones, en el marco de la presente ley y de la reglamentación que dicte el Procurador General.

g) Proponer al Procurador General de la Nación la creación, modificación o supresión de cargos de funcionarios, empleados administrativos y personal de servicio y de maestranza que se desempeñen en la Fiscalía, cuando resulte conveniente para el cumplimiento de los fines previstos en esta ley.

h) Elevar al Procurador General un informe anual sobre la gestión de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, a su cargo.

i) Imponer las sanciones disciplinarias a los magistrados, funcionarios y empleadas que de él dependan, en los casos y formas establecidos en la ley y su reglamentación.

j) Ejecutar todos sus cometidos ajustándolos a la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público

Fiscal.

FISCALES GENERALES DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS

ARTICULO 46. — Los Fiscales Generales de Investigaciones Administrativas actuarán en relación inmediata con el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas y tendrán los siguientes deberes y atribuciones:

a) Sustituir al Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas en los sumarios administrativos e investigaciones, en los casos en que aquél lo disponga.

b) Reemplazar al Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas en caso de licencia, recusación, excusación, impedimento o vacancia, con intervención del Procurador General de la Nación.

c) Informar al Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas respecto de las causas en las que intervengan.

FISCALES GENERALES ADJUNTOS Y FISCALES DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS

ARTICULO 47. — Los Fiscales Generales Adjuntos de Investigaciones Administrativas y los Fiscales de Investigaciones Administrativas, asistirán al Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas, desempeñando las tareas propias de la fiscalía que este último les asigne.

COMUNICACION DE PROCESOS PENALES

ARTICULO 48. — Cuando en el curso de un proceso judicial en sede penal se efectúe imputación formal de delito contra un agente público por hechos vinculados con el ejercicio de su función, el juez de la causa deberá poner esta circunstancia en conocimiento de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas.

INVESTIGACIONES DISCIPLINARIAS

ARTICULO 49. — Cuando en la investigación practicada por la Fiscalía resulten comprobadas transgresiones a normas administrativas, el Fiscal nacional de Investigaciones Administrativas pasará las actuaciones con dictamen fundado a la Procuración del Tesoro de la Nación o al funcionario de mayor jerarquía administrativa de la repartición de que se trate, de conformidad con las competencias asignadas por el Reglamento de Investigaciones Administrativas. En ambas circunstancias, las actuaciones servirán de cabeza del sumario que deberá ser instruido por las autoridades correspondientes.

En todas estas actuaciones que se regirán por el Reglamento de Investigaciones Administrativas, la Fiscalía será tenida, necesariamente, como parte acusadora, con iguales derechos a la sumariada, en especial, las facultades de ofrecer, producir e incorporar pruebas, así como la de recurrir toda resolución adversa a sus pretensiones. Todo ello, bajo pena de nulidad absoluta e insanable de lo actuado o resuelto según el caso.

COMPETENCIAS ESPECIALES

ARTICULO 50. — Además de las previstas en el artículo 26 de esta ley, los magistrados de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas estarán investidos de las siguientes facultades de investigación:

a) Disponer exámenes periciales, a cuyo fin podrán requerir de las reparticiones o funcionarios públicos la colaboración necesaria, que éstos estarán obligados a prestar. Cuando la índole de la peritación lo requiera, estarán facultados a designar peritos ad hoc.

b) Informar al Procurador General de la Nación cuando estimen que la permanencia en funciones de un Ministro, Secretario de estado o funcionario con jerarquía equivalente o inferior, pueda obstaculizar gravemente la investigación.

SECCION III

MINISTERIO PUBLICO DE LA DEFENSA

*(**Nota Infoleg:** por art. 84 de la Ley N° 27.149 B.O. 18/06/2015 se deroga la presente ley y sus modificatorias en lo pertinente al Ministerio Público de la Defensa y a las disposiciones referentes a sus integrantes, salvo lo expresamente dispuesto en el segundo párrafo del artículo 75 de la ley de referencia)*

DEFENSOR GENERAL DE LA NACION

ARTICULO 51. — El Defensor General de la Nación es el jefe máximo del Ministerio Público de la Defensa, y tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

a) Ejercer ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los casos que corresponda, las facultades del Ministerio Público de la Defensa.

b) Delegar sus funciones en los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con lo previsto en el artículo 52 de esta ley.

c) Disponer por si o mediante instrucciones generales o particulares, a los integrantes del Ministerio Público de la Defensa, la adopción de todas las medidas que sean necesarias y conducentes para el ejercicio de las funciones y atribuciones que la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos le confieran.

d) Realizar todas las acciones conducentes para la defensa y protección de los derechos humanos, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Nacional.

e) Promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso a la justicia de los sectores discriminados.

f) Disponer fundadamente, de oficio o a pedido de cualquiera de los magistrados que integran la Defensa Oficial, cuando la importancia o dificultad de los asuntos la hagan aconsejable, la actuación conjunta o alternativa de dos o más integrantes del Ministerio Público de la Defensa, de igual o diferente jerarquía, respetando la competencia en razón de la materia y del territorio. Esta limitación no regirá para los magistrados de la Defensoría General de la Nación. En los casos de formación de equipos de trabajo, la actuación de los defensores que se designen estará sujeta a las directivas del titular.

g) Efectuar la propuesta en tema a que se refieren los artículos 5º y 6º de esta ley, de conformidad con lo que se establezca en el reglamento de superintendencia.

h) Asegurar en todas las instancias y en todos los procesos en que se ejerza la representación y defensa oficial, la debida asistencia de cada una de las partes con intereses contrapuestos, designando diversos defensores cuando así lo exija la naturaleza de las pretensiones de las partes.

i) Asegurar en todas las instancias y en todos los procesos con menores incapaces la separación entre las funciones correspondientes a la defensa promiscua o conjunta del Defensor de Menores e Incapaces y la defensa técnica que, en su caso, pueda corresponder al Defensor Oficial.

J) Promover el enjuiciamiento de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa de conformidad con lo dispuesto en esta ley, cuando, a su juicio, se hallaren incursos en las causales que prevé el artículo 53 de la Constitución Nacional; y solicitar el enjuiciamiento de los integrantes del Poder Judicial de la Nación - ante los órganos competentes - cuando se hallaren incursos en las conductas contempladas en el artículo citado.

k) Elevar al Poder Legislativo, por medio de la Comisión Bicameral, la opinión del Ministerio Público Fiscal acerca de la conveniencia de determinadas reformas legislativas y al Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Justicia, si se trata de reformas reglamentarias.

1) Responder a las consultas formuladas por el Presidente de la Nación, los Ministros del Poder Ejecutivo, los Presidentes de ambas Cámaras del Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Presidente del Consejo de la Magistratura.

11) Coordinar las actividades del Ministerio Público de la Defensa y ejercer su representación con las diversas autoridades nacionales, provinciales y municipales - cuando sea del caso - especialmente con las que cumplan

funciones de instrucción criminal y policía judicial. Igualmente con los organismos internacionales y autoridades de otros países.

m) Ejercer la superintendencia general sobre los miembros del Ministerio Público de la Defensa y dictar los reglamentos e instrucciones generales necesarios para establecer una adecuada distribución del trabajo entre sus integrantes, supervisar su desempeño y lograr el mejor cumplimiento de las competencias que la Constitución y las leyes le otorgan a dicho Ministerio.

n) Imponer sanciones a los magistrados, funcionarios y empleados del Ministerio Público de la Defensa, en los casos y formas establecidos por esta ley y su reglamentación.

ñ) Confeccionar el programa del Ministerio Público de la Defensa dentro del presupuesto General del Ministerio Público y presentar éste al Poder Ejecutivo Nacional, por intermedio del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, juntamente con el programa del Ministerio Público Fiscal, para su remisión al Congreso de la Nación.

o) Organizar, reglamentar y dirigir la Oficina de Recursos Humanos y el Servicio Administrativo Financiero del organismo.

p) Disponer el gasto del organismo de acuerdo con el presupuesto asignado al Ministerio Público de la Defensa, pudiendo delegar esta atribución en el funcionario que designe y en la cuantía que estime conveniente.

q) Convocar, por lo menos una vez al año, a una reunión de consulta, a la que asistirán todos los magistrados mencionados en el artículo 4°, incisos b) y c) de la presente ley, en la cual se considerarán los informes anuales que se presenten conforme lo exige el artículo 32; se procurará la unificación de criterios sobre la actuación del ministerio público de la Defensa y se tratarán todas las cuestiones que el Defensor General incluya en la convocatoria.

r) Fijar la sede y la Jurisdicción territorial de actuación de las Defensorías Públicas Oficiales y el grupo de defensores públicos oficiales, defensores públicos oficiales adjuntos y auxiliares de la Defensoría General de la Nación que colaborarán con ellos, sin necesidad de sujetarse a la división judicial del país.

s) Representar al Ministerio Público de la Defensa en sus relaciones con las demás autoridades de la República.

t) Responder las consultas que formulen los funcionarios y empleados del Ministerio Público de la Defensa.

u) Recibir los juramentos de los magistrados, funcionarios y demás empleados del Ministerio Público de la Defensa.

v)Patrocinar y asistir técnicamente, en forma directa o delegada, ante los organismos internacionales que corresponda, a las personas que lo soliciten.

DE LA DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION

ARTICULO 52. — La Defensoría General de la Nación es la sede de actuación del Defensor General de la Nación, como Jefe del Ministerio Público de la Defensa. En dicho ámbito se desempeñarán los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y todos los magistrados que colaboren con el Defensor General de la Nación, tanto en las tareas de dictaminar en los asuntos Judiciales remitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuanto en los asuntos relativos al gobierno del Ministerio Público de la Defensa, de conformidad con los planes, organigramas de trabajo y cometidos funcionales específicos que el Defensor General disponga encomendarles.

DEFENSORES OFICIALES ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

ARTICULO 53. — Los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación asistirán al Defensor General en todas aquellas funciones que éste les encomiende y tendrán los siguientes deberes y atribuciones:

a) Sustituir o reemplazar al Defensor General en las causas sometidas a su intervención o dictamen cuando por necesidades funcionales este así lo resuelva y en caso de licencia, excusación, recusación, impedimento o vacancia.

b) Informar al Defensor General respecto de las causas en que intervengan.

c) Desempeñar las demás funciones que les encomienden las leyes y reglamentos.

DEFENSORES PUBLICOS DE MENORES E INCAPACES

ARTICULO 54. — Los Defensores Públicos de Menores e Incapaces en las instancias y fueros que actúen, tendrán los siguientes deberes y atribuciones:

a) Intervenir en los términos del artículo 59 del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte la persona o bienes de los menores o incapaces, y entablar en defensa :de estos las acciones y recursos pertinente ya, sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios.

b) Asegurar la necesaria intervención del Ministerio Público de la Defensa de los Menores e Incapaces, en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentre comprometido el interés de la persona o los bienes de los menores o incapaces, emitiendo el correspondiente dictamen.

c) Promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieran de asistencia o representación legal: fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los tuviesen a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos.

d) Asesorar a menores e incapaces, inhabilitados y penados bajo el régimen del artículo 12 del Código Penal, así como también a sus representantes necesarios, sus parientes y otras personas que puedan resultar responsables por los actos de los incapaces, para la adopción de todas aquellas medidas vinculadas a la protección de estos.

e) Requerir a, las autoridades , judiciales la adopción de medidas "tendientes a mejorar la situación de los menores, incapaces e inhabilitados, así como de los penados que se encuentren bajo la curatela del artículo 12 del Código Penal, cuando tomen conocimiento de malos tratos, deficiencias u omisiones en la atención que deben dispensarles sus padres, tutores o curadores o las personas o instituciones a cuyo cuidado se encuentren. En su caso, podrán por si solos tomar medidas urgentes propias de la representación promiscua que ejercen.

f) Peticionar a las autoridades judiciales la aplicación de las medidas pertinentes para la protección integral de los menores e incapaces expuestos por cualquier causa a riesgos inminentes y graves para su salud física o moral, con independencia de su situación familiar o personal.

g) Concurrir con la autoridad Judicial en el ejercicio del patronato del Estado Nacional, con el alcance que "establece la ley respectiva, y desempeñar las funciones y cumplir los deberes que les incumben de acuerdo con la ley 22.914, sobre internación y externación de personas, y controlar que se efectué al Registro de Incapaces, las comunicaciones pertinentes.

h) Emitir dictámenes en los asuntos en que sean consultados por los tutores o curadores públicos.

i) Citar y hacer comparecer a personas a su despacho, cuando a su juicio fuera necesario para pedir explicaciones o contestar cargos que se formulen, cuando se encuentre afectado el interés de menores e incapaces.

j) Inspeccionar periódicamente los establecimientos de internación, guarda, tratamiento y reeducación de menores o incapaces, sean públicos o privados, debiendo mantener informados a la autoridad judicial y, por la vía jerárquica correspondiente, al Defensor General de la Nación, sobre el desarrollo de las tareas educativas y de tratamiento social y medico propuestas para cada internado, así como el cuidado y atención que se les otorgue.

k) Poner en conocimiento de la autoridad Judicial competente las acciones y omisiones de los jueces, funcionarios o empleados de los tribunales de justicia que consideren susceptibles de sanción disciplinaria y requerir su aplicación.

l) Responder los pedidos de informes del Defensor General.

ll) Imponer sanciones disciplinarias a los magistrados, funcionarios y empleados que de ellos dependan en los casos y formas establecidos en esta ley y su reglamentación.

ARTICULO 55. — Los Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante los tribunales de casación y de segunda instancia, cuando no hubieren sido designados para actuar también en primera instancia, tendrán las siguientes competencias especiales:

a) Desempeñar en el ámbito de su competencia las funciones que la ley confiere a los defensores públicos de menores e incapaces ante la primera instancia y promover —continuar las acciones que correspondan a fin de, cumplir— en forma efectiva con, las funciones asignadas al Ministerio Público de la Defensa de Menores e Incapaces.

b) Promover acciones en forma directa en las instancias anteriores solo por razones de urgencia, que se tendrán que fundar debidamente en cada caso.

c) Dictaminar en las causas sometidas a fallo plenario cuando la cuestión se refiera al derecho de los menores e incapaces.

d) Dirimir los conflictos de turno y competencia que se planteen entre los Defensores de Menores e Incapaces de las instancias anteriores.

e) Elevar un informe anual al Defensor General de la Nación sobre la gestión del área bajo su competencia.

f) Ejercer la superintendencia sobre los Defensores de Menores e Incapaces ante las instancias inferiores e impartirles instrucciones en el marco de la presente ley y de la reglamentación pertinente que dicte el Defensor General.

ARTICULO 56. — Los Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante los tribunales orales serán parte necesaria en todo expediente de disposición tutelar que se forme respecto de un menor autor o víctima de delito conforme las leyes de menores vigentes: y deberán asistir bajo pena de nulidad, a los juicios orales de menores conforme lo dispuesto en el Código Procesal Penal de la Nación.

ARTICULO 57. — El Registro de Menores e Incapaces creado por decreto 282/81 pasa a integrar el Ministerio Público de la Defensa, bajo la dependencia directa del Defensor de Menores e Incapaces ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

TUTORES Y CURADORES PUBLICOS

ARTICULO 58. — Los jueces federales y nacionales de la Capital Federal designaran en los procesos judiciales, tutores o curadores públicos de aquellos menores. incapaces o inhabilitados, que sean huérfanos o se encontraren abandonados. Ello no impedirá la designación de tutores o curadores privados cuando los jueces hallen personas que reúnan las condiciones legales de idoneidad necesarias para desempeñar tales cargos.

ARTICULO 59. — Los tutores y curadores públicos tendrán las funciones previstas en los Títulos VII a XIV de la Sección II del Libro I del Código Civil, sin perjuicio de las demás propias de la naturaleza de su cargo y las que les encomiende el Defensor General de la Nación. Especialmente deberán:

a) Cuidar de las personas de los menores, incapaces o inhabilitados asignados a su cargo, procurando que los primeros sean instruidos para que puedan - en su momento - acceder a una profesión, arte, oficio o actividad útil. En el caso de quienes padezcan enfermedades mentales, toxicomanías o alcoholismo, procuraran su restablecimiento y pedirán, cuando corresponda, su rehabilitación.

b) Ejercer la representación legal de los incapaces que han sido confiados a su cargo, asistir a los inhabilitados, cuidar las personas de ambos así como también su patrimonio: proveer, cuando corresponda, a su adecuada administración.

c) Ejercer la defensa de las personas sin bienes en el carácter de curadores provisionales en los procesos de

declaración de incapacidad e inhabilitación y representarlos en los restantes procesos que pudieren seguirse contra ellas. según el régimen de la ley procesal. En las mismas condiciones, tratándose de personas sin parientes ni responsables de ellas, ejercerán su curatela definitiva.

d) Aplicar correctivos a sus pupilos en los términos que lo permite el ejercicio de la patria potestad.

e) Proceder de oficio y extrajudicialmente en la defensa de las personas o intereses puestos a su cuidado, tanto en el ámbito de la actividad privada como frente a la Administración Publica,

f) Ejercer la defensa de las personas internadas en los términos del artículo 482 del Código Civil. tanto en lo personal como en lo patrimonial, gestionando tratamientos adecuados, así como también los amparos patrimoniales que puedan corresponder.

g) Citar y hacer comparecer a - su despacho a cualquier persona, cuando a - su juicio ello fuere necesario a fin de requerirle explicaciones para, responder sobre cargos que se les formularen por tratamientos incorrectos o la omisión de cuidado respecto de los menores, incapaces o inhabilitados que se hallen a su cargo, o por cualquier otra causa vinculada con el cumplimiento de su función.

h) Concurrir periódicamente a los establecimientos en donde se hallen alocadas las personas a su cargo e informar al juez y al defensor público sobre el estado y cuidado de aquellos. debiendo efectuar las gestiones que consideren convenientes para mejorarlos.

i) Mantener informado al Defensor de Menores e Incapaces de primera instancia sobre las gestiones y asuntos que se encuentren a su cargo y responder a cualquier requerimiento que este les formule.

DEFENSORES PUBLICOS OFICIALES

ARTICULO 60. — Los Defensores Públicos Oficiales, en las instancias y fueros en que actúen, deberán proveer lo necesario para la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas penales, y en otros fueros cuando aquellos fueren pobres o estuvieren ausentes. Para el cumplimiento de tal fin, sin perjuicio de las demás funciones que les encomiende el Defensor General de la Nación, tendrán los siguientes deberes y atribuciones:

a) Ejercer la defensa y representación en juicio. como actores o demandados, de quienes invoquen y justifiquen pobreza o se encuentren ausentes en ocasión de requerirse la defensa de sus derechos.

b) Ejercer la defensa de los imputados en las causas que tramitan ante la justicia en lo criminal y correccional, en los supuestos en que se requiera conforme lo previsto por el Código Procesal Penal de la Nación. En el cumplimiento de esta función tendrán el deber de entrevistar periódicamente a sus defendidos, informándoles sobre el tramite procesal de su causa.

c) Con carácter previo a la promoción de un proceso, en los casos, materias y fueros que corresponda, deberán intentar la conciliación y ofrecer medios alternativos a la resolución de conflictos. En su caso presentaran al tribunal los acuerdos alcanzados para su homologación.

d) Arbitrar los medios para hallar a los demandados ausentes. Cesaran en su intervención cuando notifiquen personalmente al interesado de la existencia del proceso y en los demás supuestos previstos por la ley procesal.

e) Contestar las consultas que les formulen personas carentes de recursos y asistirlas en los tramites Judiciales pertinentes, oponiendo las defensas y apelaciones en los supuestos que a su juicio correspondan, y patrocinarlas para la obtención del beneficio de litigar sin gastos.

f) Responder los pedidos de informes que les formule - el Defensor General de la Nación y elevar a este el informe anual relativo a su gestión.

g) imponer las sanciones disciplinarias a los magistrados, funcionarios y empleados que de ellos dependan, en los casos y formas establecidos en esta ley y su reglamentación.

ARTICULO 61. — Los Defensores Públicos Oficiales ante los tribunales colegiados de segunda instancia tendrán - en especial - las siguientes atribuciones:

a) Dirimir los conflictos de turno y competencia que se planteen entre los Defensores Públicos Oficiales de las instancias anteriores.

b) Ejercer la superintendencia sobre los Defensores Públicos Oficiales ante las instancias inferiores e impartirles instrucciones en el marco de la presente ley y de la reglamentación pertinente que dicte el Defensor General.

c) Elevar al Defensor General un informe anual sobre la gestión del área bajo su competencia.

d) Desempeñar las demás funciones que les encomiende el Defensor General de la Nación.

Los Defensores Públicos Oficiales ante los tribunales colegiados de casación tendrán las atribuciones descriptas en los incisos c) y d) de este artículo,

DEFENSORES PUBLICOS ADJUNTOS DE MENORES E INCAPACES Y DEFENSORES PUBLICOS OFICIALES ADJUNTOS ANTE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CASACION DE SEGUNDA INSTANCIA Y DE INSTANCIA UNICA

ARTICULO 62. — Los Defensores Públicos Adjuntos de Menores e Incapaces y Públicos Oficiales Adjuntos ante los tribunales colegiados de casación, segunda instancia y de instancia única, actuaran en relación inmediata con los Defensores Públicos ante dichos tribunales, y tendrán los siguientes deberes y atribuciones:

a) Sustituir al Defensor Público titular en el ejercicio de sus deberes, cuando por necesidades funcionales. este así lo resuelva, y en casa de licencia, excusación, recusación, impedimento o vacancia.

b) Informar al Defensor Público titular respecto de las causas sometidas a su intervención y asistirlo en el ejercicio de sus funciones. en la medida de las necesidades del servicio.

HONORARIOS DE LOS DEFENSORES PUBLICOS OFICIALES

ARTICULO 63. — El imputado en causa penal que. a su pedido o por falta de designación de defensor particular. sea asistido por un Defensor Público Oficial, deberá, solventar la defensa. en caso de condena. si cuenta con los medios suficientes. A tal fin, el tribunal regular los honorarios correspondientes a la actuación profesional de la defensa, conforme a la ley de aranceles.

Con el objeto de verificar el estado patrimonial del imputado para determinar la pertinencia de dicha regulación de honorarios, el informe socio - ambiental que se practique deberA contener los elementos de valoración adecuados, a el juez ordenara una información complementaria al efecto. Si de ellos surgiese que el imputado resulta indigente al momento de la sentencia, será eximido del pago.

ARTICULO 64. — En caso de incumplimiento en el pago de los honorarios dentro de los diez (10) días de notificado el fallo, el tribunal emitirá un certificado que será remitido para su ejecución al organismo encargado de ejecutar la tasa de Justicia.

Las sumas que se recauden por tal concepto. así como los honorarios regulados a los defensores públicos en causas no penales, se incorporarán a los fondos propios del Ministerio Público de la Defensa

SECCION IV

FUNCIONARIOS Y PERSONAL AUXILIAR DEL MINISTERIO PUBLICO

ARTICULO 65. — Los funcionarios y el personal auxiliar del Ministerio Público se regirán por la presente ley, las normas pertinentes del Decreto—Ley 1285/58 y las reglamentaciones que dicten el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación. En particular se establece:

a) Los funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Nación que hubieren pasado a desempeñarse en el

Ministerio Público Fiscal o en el Ministerio Público de la Defensa, y se encuentren prestando servicios allí, quedan incorporados a su planta permanente.

b) Todo traspaso de funcionarios o empleados desde el Ministerio Público al Poder Judicial de la Nación, o a la inversa, no afectara los derechos adquiridos durante su permanencia en uno u otro régimen, que comprenderán el reconocimiento de su jerarquía, antigüedad y los beneficios derivados de la permanencia en el cargo o categoría y otros análogos, a fin de garantizar el ascenso indistinto en ambas carreras, atendiendo a los títulos y eficiencia de los funcionarios y empleados, y a su antigüedad.

El traspaso de los funcionarios y empleados de la Curaduría Oficial del Ministerio de Justicia de la Nación al Ministerio Público de la Defensa. no afectara derechos adquiridos que comprendan el reconocimiento de su jerarquía, antigüedad y los beneficios derivados de la permanencia en el cargo o categoría y otros análogos.

c) Todos los integrantes del Ministerio Público conservarán su afiliación a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, mediante un convenio a celebrarse entre el Ministerio Público y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que garantice idéntica cobertura y la misma porcentualidad en las cuotas.

d) Los funcionarios y empleados administrativos gozan de estabilidad mientras dure su buena conducta y hasta haber alcanzado los requisitos legales para obtener los porcentajes máximos de los respectivos regímenes jubilatorios. Podrán ser removidos por causa de ineptitud o mala conducta, previo sumario administrativo con audiencia del interesado. Solo con su conformidad podrán ser trasladados conservando su jerarquía. a otras jurisdicciones territoriales distintas de las adjudicadas en su designación.

e) La designación y promoción de los funcionarios y del personal del Ministerio Público se efectuara por el Procurador General o por el Defensor General, según corresponda, a propuesta del titular de la dependencia donde exista la vacante y de acuerdo a lo que establezca la pertinente reglamentación. Los magistrados mencionados podrán delegar esta competencia.

TITULO III

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

REPRESENTACION DEL ESTADO EN JUICIO

ARTICULO 66. — A los efectos de dar cumplimiento al artículo 27 -primera parte- de esta ley, salvo los casos en que por ley se autorice un régimen especial, el Estado nacional y sus entes descentralizados serán representados y patrocinados ante los tribunales judiciales y organismos jurisdiccionales y administrativos nacionales y locales, por letrados integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado dependientes de los servicios jurídicos de los respectivos ministerios, secretarías, reparticiones o entes descentralizados.

En el interior de la República, cuando el organismo interesado carezca en el lugar de los servicios referidos, la citada representación será ejercida por Delegados del Cuerpo de Abogados del Estado dependientes de la Procuración del Tesoro de la Nación y designados por el Poder Ejecutivo; en su defecto, la ejercerán letrados integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado dependientes de otros servicios jurídicos.

Cuando el Poder Ejecutivo lo estimare conveniente la representación judicial estatal será ejercida por el Procurador del Tesoro de la Nación.

Cuando situaciones excepcionales o casos especiales lo hagan necesario, tal representación, podrá ser ejercida por otros abogados contratados como servicio de asistencia al Cuerpo de Abogados del Estado, previo dictamen favorable del Procurador del Tesoro de la Nación.

ARTICULO 67. — Los representantes judiciales del Estado se ajustarán a las instrucciones que impartan el Poder Ejecutivo, el Jefe de Gabinete, los ministerios, secretarías, reparticiones o entes descentralizados. En caso que la representación sea ejercida por Delegados del Cuerpo de Abogados del Estado, esas instrucciones se impartirán a través de la Procuración del Tesoro de la Nación. En defecto de ellas, los representantes desempeñaran su cometido en la forma que mejor contemple los intereses del Estado nacional confiados a su custodia.

ARTICULO 68. — En todos los juicios en trámite en que el Estado nacional o sus entes descentralizados estén representados por integrantes del Ministerio Público, cualquiera sea la instancia y fuero donde estén radicados, la Procuración del Tesoro de la Nación deberá adoptar las medidas conducentes para la designación de nuevos representantes de acuerdo a las disposiciones de esta ley, dentro de los 365 días de su entrada en vigencia.

Los integrantes del Ministerio Público continuarán ejerciendo la representacion judicial del Estado tanto en los juicios en trámite como en los que se iniciaren, hasta su reemplazo efectivo.

ARTICULO 69. — A los fines del cumplimiento de lo previsto en los artículos 27, 66 y 68 de la presente ley, el Jefe de Gabinete de Ministros podrá disponer la creación, supresión, transferencia y redistribución de dependencias, servicios, funciones y cargos, así como efectuar las reestructuraciones de créditos presupuestarios que a tal efecto, sean necesarias.

REMISION DE PLIEGOS — ACUERDO DEL SENADO

ARTICULO 70. — Todos los actuales integrantes del Ministerio Público que se desempeñen en los cargos previstos en los incisos b), c), d), e) y f) de los artículos 3° y 4° de esta ley gozan de la estabilidad que prevé el artículo 120 de la Constitución Nacional. El Procurador General y el Defensor General deberán obtener el acuerdo previsto en el artículo 5°. A tal efecto el Poder Ejecutivo remitirá los pliegos correspondientes dentro de los treinta días corridos contados a partir de la sanción de la presente ley.

Lo previsto en el párrafo anterior no impedirá la remoción de dichos funcionarios por hechos ocurridos con anterioridad a la sanción de la presente ley.

RECURSOS

ARTICULO 71. — Los recursos para atender todos los gastos que demande el cumplimiento de la presente ley provendrán de las partidas que las leyes de presupuesto otorguen al Ministerio Público.

El presupuesto específicamente deberá asignar las sumas que hoy corresponden a la Dirección de la Curaduría Oficial del Ministerio de Justicia de la Nación, al programa del Ministerio Público de la Defensa.

EQUIPARACIONES - MINISTERIO PUBLICO FISCAL

ARTICULO 72. — Los actuales cargos del Ministerio Público Fiscal modificarán su denominación de acuerdo a las siguientes equiparaciones:

a) El Procurador General de la Nación, en el cargo de igual denominación, previsto en el inciso a) del artículo 3°.

b) Los Procuradores Fiscales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el cargo de Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, previsto en el Inciso b) del artículo 3°.

c) El Fiscal General de Investigaciones Administrativas, en el cargo de Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas previsto en el inciso b) del artículo 3°.

Mientras permanezca en el cargo, el actual Fiscal General de Investigaciones Administrativas conservará la equiparación presupuestaria, remuneratoria, previsional, de protocolo y trato vigente al momento de la sanción de la presente ley.

d) Los Fiscales de Cámara ante los tribunales colegiados de casación, de segunda instancia y de instancia única; el Procurador General del Trabajo, los Fiscales Adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, y los Secretarios de la Procuración General de la Nación, en los respectivos cargos de Fiscales Generales previstos en el inciso c) del artículo.

e) Los Fiscales Adjuntos de la Fiscalía ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, el Subprocurador General del Trabajo, los Secretarios Letrados de la Procuración General de la Nación, en los cargos de Fiscales Generales Adjuntos previstos en el inciso d) del artículo 3°.

Mientras permanezca en el cargo, la actual Titular de la Sub-Procuración General del Trabajo conservará la equiparación presupuestaria, remuneratoria, provisional, de protocolo y trato que prevé el artículo 9° de la ley 18.345.

f) Los Fiscales y los Agentes Fiscales ante los jueces de primera instancia, los Fiscales Adjuntos Móviles de la Procuración General de la Nación y los Secretarios Generales y Secretarios Letrados de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, en los cargos de Fiscales previstos en el inciso el del artículo 3°.

g) Los Fiscales Adjuntos ante la justicia de primera instancia en lo criminal y correccional federal, los Prosecretarios Letrados de la Procuración General de la Nación y el Fiscal Coadyuvante de la Justicia nacional del trabajo, en los respectivos cargos de Fiscales Auxiliares previstos en el inciso f) del artículo 3°.

Mientras permanezcan en el cargo, los actuales Fiscales Adjuntos ante los Juzgados Federales de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional tendrán la equiparación presupuestaria, remuneratoria y previsional correspondiente a los cargos previstos en el inciso e) del artículo 3°, de conformidad con lo dispuesto en el inciso d) del artículo 12 de la presente ley.

EQUIPARACIONES - MINISTERIO PUBLICO DE LA DEFENSA

ARTICULO 73. — Los actuales cargos del Ministerio Público de la Defensa modificaran su denominación de acuerdo a las siguientes equiparaciones:

a) El Defensor General de la Nación, en el cargo de igual denominación previsto en el inciso a) del artículo 4°.

b) El Defensor Oficial de Pobres, Incapaces y Ausentes ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el cargo de Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, previsto en el inciso b) del artículo 4°.

c) Los Defensores Oficiales de Pobres, Incapaces y Ausentes ante la Cámara de Casación Penal, sus Adjuntos, los Defensores Oficiales de Pobres, Incapaces y Ausentes ante los tribunales Orales en lo Criminal, sus Adjuntos, ante los Tribunales Federales de la Capital Federal, los de Primera y Segunda Instancia del interior del país y los Secretarios de la Defensoría General de la Nación, en los respectivos cargos de Defensores Públicos Oficiales ante la Cámara de Casación Penal, Adjuntos ante la Cámara de Casación penal, Defensores Públicos Oficiales ante los tribunales orales en lo Criminal, Adjuntos ante los Tribunales orales en lo Criminal, ante los Tribunales Federales de la Capital Federal, de Primera y Segunda instancia del interior del país y de la Defensoría General de la Nación, conforme lo previsto en el inciso c) del artículo 4°.

d) Los Asesores de Menores e Incapaces de Cámara y los Asesores de Menores ante los tribunales orales, en los respectivos cargos de Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante los Tribunales de Segunda Instancia y ante los Tribunales Orales en lo Criminal, conforme lo previsto en el inciso c) del artículo 4°.

e) Los Secretarios Letrados de la Defensoría General de la Nación, en los cargos de Defensores Públicos Oficiales Adjuntos de la Defensoría General de la Nación, conforme lo previsto en el inciso d) del artículo 4°.

f) Los Defensores Oficiares de Pobres, Incapaces y Ausentes de Primera, y de Primera y Segunda Instancia, en los cargos de Defensores Públicos Oficiares ante los Jueces y Cámaras de Apelaciones, conforme lo previsto en el inciso e) dei artículo 4°.

g) Los Asesores de Menores e Incapaces de Primera Instancia, en los cargos de Defensores Públicos de Menores e Incapaces de Primera Instancia, conforme lo previsto en el inciso e) del artículo 4°.

h) Los Prosecretarios Letrados de la Defensora General de la Nación en los cargos de Defensores Auxiliares de la Defensora General de la Nación, conforme con lo previsto en el inciso f) del artículo 40,

ESTRUCTURA

ARTICULO 74. — El Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación, en sus respectivos ámbitos, podrán modificar la estructura básica existente a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley mediante

el dictado de reglamentaciones, en tanto no afecten los derechos emergentes de la relación de servicio de los magistrados, funcionarios y empleados actualmente en funciones. Toda alteración que implique la afectación de tales derechos y la creación de cargos de magistrados, deberá ser previamente aprobada por el Congreso.

ARTICULO 75. — En los ámbitos de competencia material o territorial donde no se hubiesen designado los Defensores Oficiales ante los tribunales colegiados de segunda instancia ejercerán la función los Defensores Oficiales ante los tribunales de primera instancia que hubiesen tomado intervención en la causa recurrida o, en la justicia federal con asiento en el interior del país, aquellos que tengan su sede en el mismo lugar que el tribunal de apelaciones, según el caso. Hasta tanto se produzcan las designaciones correspondientes, dichos Defensores Oficiales ante los tribunales de primera instancia percibirán la remuneración correspondiente a la de los magistrados enumerados en el inciso c) del artículo 4°.

DEROGACIONES

ARTICULO 76. — Deróganse las leyes 15.464 y 21.383; los títulos VII, VIII y IX de la ley 1893; los artículos 6° y 10 de la ley 4162; el artículo 31, cuarto párrafo, inciso a) del decreto-ley 1285/58; el artículo 3°, incisos a) y b), y 5° de la ley 20.581; el capítulo 11 de la ley 18.345; el artículo 3° de la ley 24.091 en tanto establece que el defensor oficial ante la Corte Suprema ejerce la competencia ante ella en forma única y exclusiva; los artículos 516 y 517 del Código Procesal Penal en cuanto disponen la intervención del Ministerio Público en la ejecución de condenas pecuniarias; el artículo 3° de la ley 3952, en tanto regula la notificación al Procurador Fiscal de toda demanda contra la Nación y su sujeción a las instrucciones del correspondiente Ministro del Poder Ejecutivo; la ley 3367 y la ley 17.516 en cuanto se refieren a la representación por los Procuradores Fiscales y el Procurador General de la Nación en asuntos de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que el fisco demande o sea demandado y toda otra norma que resulte contradictoria con la presente ley.

ARTICULO 77. — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS ONCE DIAS DEL MES DE MARZO DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO.

NOTA: El texto en negrita, fue vetado.

— REGISTRADA BAJO EL N° 24.946 —

ALBERTO R. PIERRI. — CARLOS F. RUCKAUF. — Juan Estrada. — Edgardo Piuzzi.

—FE DE ERRATAS—

LEY Nº 24.946

En la edición del 23 de marzo de 1998, donde se publicó la citada Ley, se deslizaron los siguientes errores:

	DONDE DICE	**DEBE DECIR**
En el artículo 10	Los integrantes del Miniserio Público …	Los integrantes del Ministerio Público …
En el artículo 45 inciso c)	… del Fiscal Nacional de investigaciones Administrativas …	… del Fiscal nacional de Investigaciones Administrativas …
En el artículo 60 inciso g)	… establecidos en esta ley y su reglamentación.	… establecidos en esta ley y su reglamentación.
En el artículo 65 inciso b)	… Poder Judicial de la nación, …	… Poder Judicial de la Nación, …

En el artículo 72 inciso g) 2do. párrafo	… equiparación presupuestaria, remunerativa y previsional …	… equiparación presupuestaria, remuneratoria y previsional …
En el artículo 73 inciso a)	El Defensor General de la nación …	El Defensor General de la Nación …
En el artículo 76	…; el artículo 3º de la ley 23.091 …	…; el artículo 3º de la ley 24.091 …

Anexo 35

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Ley 27148

Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal. Funciones.

Sancionada: Junio 10 de 2015

Promulgada: Junio 17 de 2015

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de

Ley:

LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Título I

Funciones y principios generales

Capítulo 1

Funciones

ARTÍCULO 1° — *Misión general*. El Ministerio Público Fiscal de la Nación es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. En especial, tiene por misión velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes.

ARTÍCULO 2° — *Funciones en defensa de la Constitución y los intereses generales de la sociedad*. Para garantizar la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte, el Ministerio Público Fiscal de la Nación deberá:

a) Dictaminar en las causas que lleguen a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siempre que exista controversia sobre la interpretación o aplicación directa de una norma de la Constitución Nacional o de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte; ello será determinado por el Procurador General de la Nación a partir del análisis de disposiciones normativas o de las circunstancias y particularidades de la causa.

b) Dictaminar en cualquier otro asunto en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación requiera su dictamen fundado en razones de gravedad institucional o por la importancia de las normas legales cuestionadas.

Asimismo el Ministerio Público Fiscal de la Nación podrá intervenir, según las circunstancias e importancia del asunto, en los casos presentados en cualquier tribunal federal del país o tribunal nacional con competencia sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los casos en los que no se haya transferido dicha competencia, siempre que en ellos se cuestione la vigencia de la Constitución o de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte, o se trate de:

c) Conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos o difusos.

d) Conflictos en los que se encuentre afectado el interés general de la sociedad o una política pública trascendente.

e) Conflictos en los que se encuentre afectado de una manera grave el acceso a la justicia por la especial

vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas.

f) Conflictos de competencia y jurisdicción de los órganos jurisdiccionales.

g) Casos en que una norma especial lo determine.

ARTÍCULO 3° — *Funciones en materia penal*. El Ministerio Público Fiscal de la Nación tiene a su cargo fijar la política de persecución penal y ejercer la acción penal pública, conforme lo establece el Código Procesal Penal de la Nación y las leyes complementarias, en todos los delitos federales y en aquellos delitos ordinarios cometidos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mientras su competencia no haya sido transferida a la jurisdicción local.

Asimismo, interviene y gestiona en el país todos los pedidos de extradición realizados por otros Estados.

Capítulo 2

Principios de actuación

ARTÍCULO 4° — *Autonomía funcional e independencia*. El Ministerio Público Fiscal de la Nación ejerce sus funciones con autonomía funcional, sin sujeción a instrucción o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura.

ARTÍCULO 5° — *Relaciones con el Poder Ejecutivo*. El Ministerio Público Fiscal de la Nación se relacionará con el Poder Ejecutivo nacional por intermedio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación o el que cumpla dichas funciones.

Quedan excluidas de las funciones del Ministerio Público Fiscal de la Nación la representación del Estado o del Fisco en juicio, así como el asesoramiento permanente al Poder Ejecutivo nacional. No obstante, el Poder Ejecutivo nacional, por intermedio del ministro correspondiente, podrá dirigirse al Procurador General de la Nación a fin de coordinar esfuerzos para hacer más efectiva la defensa de los intereses generales de la sociedad y la persecución penal.

La legitimación activa del Ministerio Público Fiscal de la Nación en el régimen de extinción de dominio a favor del Estado Nacional queda incluida entre sus funciones. *(Párrafo incorporado por art. 4° del Decreto N° 62/2019 B.O. 22/1/2019. Vigencia: a partir de la fecha de su publicación)*

ARTÍCULO 6° — *Relaciones con el Poder Legislativo*. En oportunidad de la inauguración del período de sesiones ordinarias del Congreso Nacional, el Procurador General de la Nación remitirá a la Comisión Bicameral, cuya composición y funciones fijará el Congreso Nacional, un informe detallado de lo actuado por los órganos bajo su competencia, el cual deberá contener una evaluación del trabajo realizado en el ejercicio, un análisis sobre la eficiencia del servicio y propuestas concretas sobre las modificaciones o mejoras legislativas que éste requiera.

El Ministerio Público Fiscal de la Nación será consultado en oportunidad de analizarse y debatirse proyectos de ley o reglamentación de su incumbencia.

ARTÍCULO 7° — *Requerimiento de colaboración*. Los integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación podrán requerir informes a los organismos nacionales, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los organismos privados y a los particulares. También podrán citar personas a fin de que presten declaración, las que estarán obligadas a concurrir y podrán ser conducidas por la fuerza pública en caso de ausencia injustificada. Los organismos públicos y las fuerzas de seguridad deberán prestar la colaboración y las diligencias que les sean requeridas, adecuándose a las directivas impartidas por los miembros del Ministerio Público Fiscal de la Nación y destinando a tal fin el personal y los medios necesarios a su alcance.

ARTÍCULO 8° — *Investigaciones genéricas*. Los integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación podrán realizar las investigaciones genéricas previstas en el artículo 213 del Código Procesal Penal de la Nación. A tal fin, los titulares de las fiscalías de distrito, las procuradurías especializadas y las unidades fiscales especializadas deberán

informar su inicio a la Procuración General de la Nación, conforme la reglamentación que se dicte al respecto.

En las investigaciones genéricas se podrá solicitar y producir información tendiente a la identificación de fenómenos criminales que orienten la constatación de hipótesis delictivas a partir de una o varias investigaciones preliminares. No procederá la aplicación de medidas de coerción personal.

ARTÍCULO 9° — *Principios funcionales*. El Ministerio Público Fiscal de la Nación ejercerá sus funciones de acuerdo con los siguientes principios:

a) Unidad de actuación: el Ministerio Público Fiscal de la Nación es una organización jerárquica cuya máxima autoridad es el Procurador General de la Nación. En su actuación es único e indivisible y estará plenamente representado en la actuación de cada uno de sus funcionarios. Cada funcionario controlará el desempeño de quienes lo asistan y será responsable por la gestión de los funcionarios a su cargo. Éstos actuarán según las instrucciones impartidas por sus superiores y conforme a lo previsto en esta ley.

b) Organización dinámica: la organización y estructura del Ministerio Público Fiscal de la Nación se regirá bajo criterios de flexibilidad y dinamismo, en miras a atender las necesidades que la complejidad y conflictividad social le demanden.

c) Respeto por los derechos humanos: desarrollará su actuación de acuerdo con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional, los tratados y convenciones internacionales, respetando los derechos humanos y garantizando su plena vigencia.

d) Objetividad: requerirá la aplicación justa de la ley, procurando el resguardo equilibrado de todos los valores y principios jurídicos vigentes y el ejercicio racional y ponderado del poder penal del Estado.

e) Gestión de los conflictos: procurará la solución de los conflictos con la finalidad de restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social.

f) Orientación a la víctima: deberá dirigir sus acciones tomando en cuenta los intereses de la víctima, a quien deberá brindar amplia asistencia y respeto. Informará a ésta acerca del resultado de las investigaciones y le notificará la resolución que pone fin al caso, aun cuando no se haya constituido como querellante, conforme a las normas procesales vigentes. Procurará la máxima cooperación con los querellantes.

g) Accesibilidad y gratuidad: promoverá los derechos reconocidos a la víctima por la ley, facilitando su acceso al sistema de justicia de manera gratuita.

h) Eficiencia y desformalización: velará por la eficiente e idónea administración de la información, recursos y bienes públicos. Procurará que los procedimientos sean ágiles y simples sin más formalidades que las que establezcan las leyes.

i) Transparencia: sujetará su actividad a pautas de transparencia, informando los criterios que orientan la persecución y selectividad penal, los objetivos anuales propuestos y los resultados de su gestión, de tal manera que se pueda evaluar el desempeño de sus funcionarios y de la institución en su conjunto.

j) Responsabilidad: los integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación estarán sujetos a la responsabilidad administrativa y penal correspondiente.

Título II

Organización

Capítulo 1

Órganos

ARTÍCULO 10. — *Órganos permanentes*. El Ministerio Público Fiscal de la Nación estará integrado por los siguientes órganos con carácter permanente, sin perjuicio de aquellos que se creen por resolución del Procurador General de la Nación para atender un conjunto de casos o un fenómeno criminal en particular:

a) Procuración General de la Nación.

b) Consejo General del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

c) Fiscalías de distrito.

d) Fiscalías en materia no penal en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

e) Unidades fiscales de fiscalía de distrito.

f) Procuradurías especializadas.

g) Unidades fiscales especializadas.

h) Direcciones generales.

Capítulo 2

Procuración General de la Nación

ARTÍCULO 11. — *Procurador General de la Nación*. Designación. El Procurador General de la Nación es el jefe del Ministerio Público Fiscal de la Nación y es el responsable de su buen funcionamiento. Su autoridad se extiende a todo el territorio nacional.

El Procurador General de la Nación será designado por el Poder Ejecutivo nacional con acuerdo del Senado por dos tercios (2/3) de sus miembros presentes. Para ser Procurador General de la Nación se requiere ser ciudadano argentino con título de abogado de validez nacional, con ocho (8) años de ejercicio, y reunir las demás calidades exigidas para ser senador nacional.

La Procuración General de la Nación es la sede de actuación del Procurador General de la Nación.

ARTÍCULO 12. — *Funciones y atribuciones*. Las funciones y atribuciones del Procurador General de la Nación son:

a) Diseñar y fijar la política general del Ministerio Público Fiscal de la Nación y, en particular, la política de persecución penal que permita el ejercicio eficaz de la acción penal pública.

b) Elaborar y poner en ejecución los reglamentos necesarios para la organización de las diversas dependencias del Ministerio Público Fiscal de la Nación y celebrar los contratos que se requieran para su funcionamiento, a través de los órganos de administración.

c) Establecer la conformación, fijar la sede y el ámbito territorial de actuación de las fiscalías de distrito.

d) Disponer la actuación conjunta o alternativa de dos (2) o más integrantes del Ministerio Público Fiscal cuando la importancia o dificultad de un caso o fenómeno delictivo lo hagan aconsejable. Los miembros del equipo de trabajo podrán ser de igual o diferente jerarquía y pertenecer a una misma o distinta fiscalía de distrito.

e) Disponer la actuación de los fiscales generales necesarios para cumplir las funciones del Ministerio Público Fiscal de la Nación ante la Cámara Federal de Casación Penal y la Cámara Nacional de Casación Penal, según los criterios de selección, el plazo y la organización que establezca la reglamentación respectiva.

f) Ejercer la superintendencia general sobre todos los miembros del organismo, administrar los recursos materiales y

humanos y confeccionar el presupuesto del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

g) Organizar, reglamentar y dirigir el área de recursos humanos y el servicio administrativo financiero del organismo, a través de las dependencias correspondientes, y disponer el gasto de acuerdo con el presupuesto asignado.

h) Impartir instrucciones de carácter general, que permitan el mejor desenvolvimiento del servicio, optimizando los resultados de la gestión con observancia de los principios que rigen el funcionamiento del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

i) Elevar al Poder Legislativo la opinión del Ministerio Público Fiscal de la Nación acerca de la conveniencia de determinadas reformas legislativas y al Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, si se trata de reformas reglamentarias o el diseño de políticas públicas de su competencia.

j) Representar al organismo en sus relaciones con otros poderes del Estado, y coordinar actividades y celebrar convenios con autoridades nacionales, provinciales, municipales y otras instituciones públicas o privadas; como así también con Ministerios Públicos Fiscales de otras naciones.

k) Conceder licencias a los miembros del Ministerio Público Fiscal de la Nación cuando no correspondiera a otro órgano, de conformidad con lo establecido en esta ley y la reglamentación que se dicte al respecto.

l) Elevar al Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, las ternas de candidatos que resulten de los concursos de magistrados del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

m) Imponer sanciones a los magistrados, funcionarios y empleados del Ministerio Público Fiscal de la Nación, en los casos y de conformidad con lo establecido en esta ley y la reglamentación que se dicte al respecto.

n) Promover el enjuiciamiento de los integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación, de conformidad con lo establecido en esta ley y la reglamentación que se dicte al respecto, y solicitar el enjuiciamiento de los jueces ante los órganos competentes cuando se hallaren incursos en las causales que prevé el Artículo 53 de la Constitución Nacional.

o) Aprobar y dar a publicidad al informe de gestión anual previsto en esta ley.

p) Las demás funciones establecidas en esta ley.

El Procurador General de la Nación podrá realizar delegaciones específicas respecto de las funciones y atribuciones mencionadas en este Artículo en magistrados o funcionarios de la Procuración General de la Nación, de conformidad con la reglamentación que se dicte al respecto.

En caso de licencia, recusación, excusación, impedimento o vacancia del Procurador General de la Nación, las funciones y atribuciones mencionadas en este Artículo serán ejercidas por un fiscal coordinador de distrito, de conformidad con la reglamentación que se dicte al respecto. A falta de designación, intervendrá el que tenga más antigüedad en tal cargo.

ARTÍCULO 13. — *Intervención ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. El Procurador General de la Nación intervendrá directamente o a través de los procuradores fiscales en las causas que tramitan ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En caso de licencia, recusación, excusación, impedimento o vacancia del Procurador General de la Nación, sus funciones ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán ejercidas por un procurador fiscal, de conformidad con la reglamentación que se dicte al respecto. A falta de designación, intervendrá el que tenga más antigüedad en el cargo.

ARTÍCULO 14. — *Secretaría General de la Procuración General de la Nación*. El Procurador General de la Nación será asistido por una Secretaría General de la Procuración General de la Nación, que tendrá las siguientes funciones:

a) Prestar asistencia y asesoramiento en todos los asuntos propios de las facultades de la Procuración General de la Nación y en los que se haya asumido participación.

b) Coordinar el funcionamiento de todos los órganos de la Procuración General de la Nación y mantener informado al Procurador General de la Nación sobre el avance o dificultades de los asuntos en particular.

c) Realizar el seguimiento del cumplimiento de las instrucciones generales o reglamentos dictados por el Procurador General de la Nación.

d) Organizar el despacho de la Procuración General de la Nación, dar curso a los pedidos de informe, tramitar los asuntos que deban resolverse en el ámbito de la Procuración General de la Nación y supervisar el trabajo de todos los funcionarios y empleados de dicha oficina.

Los secretarios generales serán nombrados y sustituidos en esa función directamente por el Procurador General de la Nación.

Capítulo 3

Consejo General del Ministerio Público Fiscal de la Nación

ARTÍCULO 15. — *Consejo General del Ministerio Público Fiscal de la Nación*. El Consejo General del Ministerio Público Fiscal de la Nación tendrá las siguientes funciones:

a) Asesorar al Procurador General de la Nación en el diseño de la política de persecución penal y en otros temas que éste le solicite.

b) Proponer medidas de corrección o instrucciones generales para el mejor funcionamiento de la institución.

c) Convocar a personas e instituciones que, por su experiencia profesional o capacidad técnica, estime conveniente escuchar para el mejor funcionamiento de la institución.

d) Dictaminar cuando una instrucción general del Procurador General de la Nación o una disposición reglamentaria fuese objetada por un magistrado del Ministerio Público Fiscal de la Nación, conforme la reglamentación que se dicte al respecto.

e) Las demás atribuciones que la presente ley o disposiciones reglamentarias le asignen.

ARTÍCULO 16. — *Integración y sesiones*. El Consejo General del Ministerio Público Fiscal de la Nación estará integrado por el Procurador General de la Nación, quien lo presidirá, y por seis (6) vocales con cargo de fiscal general.

Sus vocales durarán dos (2) años en esta función y serán elegidos por el sufragio directo de los magistrados del Ministerio Público Fiscal de la Nación, de conformidad con la reglamentación que se dicte al respecto. Podrán ser reelegidos por un (1) solo período consecutivo.

El Consejo sesionará ordinariamente al menos dos (2) veces al año y, extraordinariamente, cuando lo convoque el Procurador General de la Nación. Las decisiones se tomarán por mayoría de sus miembros.

Capítulo 4

Fiscalías de distrito

ARTÍCULO 17. — *Fiscalías de distrito*. La fiscalía de distrito es el órgano encargado de llevar adelante las funciones del Ministerio Público Fiscal de la Nación en un ámbito territorial determinado, a través de las sedes descentralizadas y unidades fiscales que la integran, en coordinación con las procuradurías especializadas, las

unidades especializadas y las direcciones generales, de conformidad con lo establecido en esta ley y la reglamentación que se dicte al respecto.

ARTÍCULO 18. — *Fiscal coordinador de distrito*. El fiscal coordinador de distrito será el responsable directo del buen funcionamiento de la institución en el área respectiva. Ejerce la acción penal pública y las atribuciones que la ley le otorga al Ministerio Público Fiscal de la Nación.

El fiscal coordinador de distrito será designado por un período de dos (2) años. Sólo los fiscales generales del respectivo distrito fiscal podrán aspirar a esa función, y para ello deberán presentar un plan de trabajo ante el Procurador General de la Nación, quien los elegirá en función de su propuesta e idoneidad personal para el cargo, de acuerdo con la reglamentación que se dicte al respecto. Si no se presentara ningún plan de trabajo el Procurador General de la Nación deberá ampliar la convocatoria a fiscales generales de otros distritos fiscales. Podrá proceder de igual modo cuando se presente un único plan de trabajo.

En caso de licencia, recusación, excusación, impedimento o vacancia del fiscal coordinador de distrito, las funciones y atribuciones mencionadas en este artículo serán ejercidas por quien designe el fiscal coordinador de distrito entre los fiscales generales que la integran, de acuerdo con la reglamentación que se dicte al respecto.

ARTÍCULO 19. — *Funciones*. El fiscal coordinador de distrito tiene como función:

a) Coordinar y organizar las unidades fiscales según criterios que eviten compartimientos estancos y desempeños aislados, priorizando la distribución del trabajo por el flujo de ingreso y egreso de casos.

b) Conformar equipos temporales para la realización de investigaciones genéricas o complejas.

c) Organizar administrativamente la distribución de los casos que ingresen a la fiscalía de distrito, mediante reglas generales y objetivas, entre las distintas unidades fiscales, según sus funciones, especialidad y criterios de actuación. Cuando una unidad fiscal se integre por más de un magistrado, el trabajo entre ellos será distribuido por un sistema de turnos o sorteo, salvo que junto al fiscal coordinador de distrito convengan otro criterio de asignación de casos.

d) Centralizar información con fines investigativos y examinar las vinculaciones entre los distintos casos.

e) Establecer relaciones de actuación conjunta e intercambio de información con las demás fiscalías de distrito de su región.

f) Establecer relaciones de coordinación, actuación, intercambio de información, asistencia y apoyo con las direcciones generales.

g) Disponer la intervención conjunta de unidades fiscales y procuradurías especializadas en uno o más casos.

h) Asignar a las procuradurías especializadas los casos que requieran una actuación centralizada en virtud de su complejidad, extensión territorial, diversidad de fenómenos involucrados, conexión con otros casos y demás cuestiones que lo hagan aconsejable para una mayor eficacia de la persecución penal. El fiscal de la fiscalía de distrito correspondiente deberá estar informado y podrá colaborar en el caso.

i) Interactuar con las autoridades y organismos provinciales, municipales y comunales para la investigación de hechos delictivos federales que tengan conexión o efectos con delitos o infracciones locales.

j) Resolver las cuestiones administrativas relativas a las licencias y traslados del personal de las fiscalías de distrito, con los alcances que fije la reglamentación que dicte el Procurador General de la Nación.

ARTÍCULO 20. — *Deberes*. El fiscal coordinador de distrito tiene como deber:

a) Responder los pedidos de informes que les formule el Procurador General de la Nación.

b) Llevar adelante toda otra función que el Procurador General de la Nación le encomiende, de conformidad con la

reglamentación que se dicte al respecto.

c) Concurrir periódicamente a las cárceles y otros lugares de detención, transitoria o permanente, para tomar conocimiento y controlar la situación de las personas allí alojadas, promover o aconsejar medidas tendientes a la corrección del sistema penitenciario y dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

d) Coordinar la actuación de las unidades fiscales con las procuradurías especializadas, las unidades especializadas y las direcciones generales, y garantizar la participación de éstas en su distrito cuando así corresponda.

e) Designar al fiscal revisor para todos los casos previstos en el Código Procesal Penal de la Nación que correspondan territorialmente al distrito, incluyendo aquellos en los que actúen procuradurías o unidades fiscales especializadas. La designación se realizará por sorteo o un sistema de turnos que asegure una distribución equitativa de la carga de trabajo entre todos los magistrados del distrito, salvo que por consenso se convenga otro criterio.

f) Procurar que la investigación de los casos se realice de manera ágil y desformalizada.

ARTÍCULO 21. — *Unidades fiscales de fiscalía de distrito*. Las unidades fiscales tendrán una composición dinámica y flexible y estarán integradas por fiscales generales, fiscales, auxiliares fiscales, asistentes fiscales, funcionarios y empleados del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

Ejercerán la acción penal y llevarán adelante la investigación de los delitos cometidos en su ámbito territorial y la gestión de las salidas alternativas al proceso penal. El personal de la unidad fiscal será designado por el Procurador General a propuesta de su titular.

Las unidades fiscales de fiscalía de distrito se organizarán priorizando las siguientes funciones:

a) Atención a las víctimas.

b) Atención al público.

c) Servicios comunes para el ingreso, registro y distribución de casos.

d) Gestión de los legajos de investigación y comunicaciones.

e) Salidas alternativas al proceso penal en forma temprana y acuerdos.

f) Investigación.

g) Investigaciones complejas.

h) Litigio, juicio e impugnaciones.

i) Ejecución penal.

j) Litigación de casos en materia no penal federal con asiento en las provincias.

Cuando una unidad fiscal se integre por más de un magistrado, el trabajo entre ellos será distribuido por sorteo, salvo que junto al fiscal coordinador de distrito convengan otro criterio de asignación de casos.

La función de ejecución penal estará a cargo de una unidad fiscal de la Procuración General de la Nación respecto de los delitos ordinarios cometidos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Capítulo 5

Procuradurías especializadas

ARTÍCULO 22. — *Procuradurías especializadas*. La Procuración General de la Nación contará con las siguientes procuradurías especializadas de un modo permanente:

a) Procuraduría de Investigaciones Administrativas.

b) Procuraduría de Defensa de la Constitución.

c) Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad.

d) Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos.

e) Procuraduría de Narcocriminalidad.

f) Procuraduría de Trata y Explotación de Personas.

g) Procuraduría de Violencia Institucional.

h) Procuraduría de Extinción de Dominio a favor del Estado Nacional. *(Inciso incorporado por art. 5° del Decreto N° 62/2019 B.O. 22/1/2019. Vigencia: a partir de la fecha de su publicación)*

El Procurador General de la Nación establecerá por resolución los alcances y organización interna de las procuradurías especializadas. Asimismo, podrá disponer la creación de otras procuradurías especializadas cuando la política de persecución penal pública o el interés general de la sociedad así lo requieran.

La Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad contará con una Unidad Fiscal Especializada para casos de apropiación de niños durante el terrorismo de Estado con facultades para realizar investigaciones genéricas y preliminares de oficio, así como investigar o colaborar en los casos que dispongan los fiscales coordinadores de distrito.

ARTÍCULO 23. — *Titular de procuraduría*. El Procurador General de la Nación designará a los titulares de las procuradurías especializadas entre los fiscales generales, quienes actuarán en todo el territorio nacional respecto de los casos y fenómenos referidos a su temática, en coordinación con los fiscales coordinadores de distrito cuando las necesidades del caso así lo requieran.

ARTÍCULO 24. — Funciones de las procuradurías especializadas. Las procuradurías especializadas tendrán las siguientes funciones:

a) Investigar los casos de su competencia asignados por los fiscales coordinadores de distrito o coadyuvar en las investigaciones cuando así se requiera, ejerciendo todas las funciones y facultades del Ministerio Público Fiscal de la Nación previstas en el Código Procesal Penal y las leyes penales especiales.

b) Diseñar estrategias de investigación para casos complejos y coordinar con las fuerzas de seguridad federales y otras instituciones con actuación preventiva la articulación de la persecución penal con las actividades preventivas.

c) Planificar, juntamente con los titulares de las fiscalías de distrito y las direcciones generales correspondientes, la política de persecución penal, de acuerdo con los lineamientos fijados por el Procurador General de la Nación.

d) Disponer enlaces y acciones interinstitucionales con organismos especializados en su materia, tanto nacionales como regionales o internacionales.

e) Proponer al Procurador General de la Nación capacitaciones, proyectos legislativos y reglamentarios, así como la celebración de convenios.

f) Proponer al Procurador General de la Nación la creación de dependencias en las regiones.

g) Elevar al Procurador General de la Nación el informe de su gestión y el estado de los procesos y poner en su conocimiento las investigaciones preliminares o genéricas que lleven adelante.

h) Responder los pedidos de informes que les formule el Procurador General de la Nación.

i) Las demás funciones previstas en esta ley.

ARTÍCULO 25. — *Procuraduría de Investigaciones Administrativas*. La Procuraduría de Investigaciones Administrativas estará integrada por el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas y los demás fiscales generales, fiscales, auxiliares fiscales, asistentes fiscales y empleados del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

ARTÍCULO 26. — *Designación*. El Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas será designado por concurso para ese cargo y no podrá ser separado de él salvo por los motivos previstos en esta ley.

ARTÍCULO 27. — *Funciones*. El Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas tendrá los siguientes deberes y facultades:

a) Promover la investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la administración nacional centralizada y descentralizada y de las empresas, sociedades y todo otro ente en que el Estado tenga participación. En todos los supuestos, las investigaciones se realizarán por el solo impulso de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas y sin necesidad de que otra autoridad estatal lo disponga, sin perjuicio de ajustar su proceder a las instrucciones generales que imparta el Procurador General de la Nación.

b) Efectuar investigaciones en toda institución o asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, ya sea prestado en forma directa o indirecta, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades en la inversión dada a los mencionados recursos.

c) Ejercer en todo el territorio de la República la acción penal pública y todas las facultades previstas por las leyes penales y procesales en aquellos casos donde el objeto principal de investigación lo constituya la irregularidad de la conducta administrativa de los funcionarios públicos conforme a lo previsto en el inciso a).

d) Someter a la aprobación del Procurador General de la Nación el reglamento interno de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas.

e) Responder los pedidos de informes que les formule el Procurador General de la Nación.

f) Elevar al Procurador General de la Nación un informe anual sobre la gestión de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas.

ARTÍCULO 28. — *Investigaciones disciplinarias*. Cuando en la investigación practicada por la Procuraduría de Investigaciones Administrativas resulten comprobadas transgresiones a normas administrativas, el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas pasará las actuaciones con dictamen fundado a la Procuración del Tesoro de la Nación o al funcionario de mayor jerarquía administrativa de la repartición de que se trate, de conformidad con las competencias asignadas por el reglamento de investigaciones administrativas. En ambas circunstancias, las actuaciones servirán de cabeza del sumario que deberá ser instruido por las autoridades correspondientes.

En todas estas actuaciones, que se regirán por el reglamento de investigaciones administrativas, la Procuraduría será tenida, necesariamente, como parte acusadora, con iguales derechos a la sumariada, en especial, las facultades de ofrecer, producir e incorporar pruebas, así como la de recurrir toda resolución adversa a sus pretensiones; todo ello, bajo pena de nulidad absoluta e insanable de lo actuado o resuelto según el caso.

ARTÍCULO 29. — *Procuraduría de Defensa de la Constitución*. La Procuraduría de Defensa de la Constitución tendrá las siguientes funciones:

a) Coordinar la actuación del Ministerio Público Fiscal de la Nación en los casos que involucren cuestiones constitucionales relevantes para el organismo.

b) Realizar investigaciones sobre el estado de cumplimiento de las normas de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y proponer la formulación de recomendaciones al Procurador General de la Nación.

c) Responder los pedidos de informes que les formule el Procurador General de la Nación.

d) Las demás funciones previstas en esta ley o en la reglamentación que se dicte al respecto.

Capítulo 6

Actuación en materia no penal

ARTÍCULO 30. — *Unidades Fiscales en materia no penal con asiento en las provincias*. La actuación del Ministerio Público Fiscal de la Nación en materia no penal en el ámbito de la justicia federal con asiento en las provincias estará a cargo de una unidad fiscal que formará parte de cada fiscalía de distrito.

ARTÍCULO 31. — *Actuación en materia no penal en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. La actuación del Ministerio Público Fiscal de la Nación en materia Civil, Comercial, Civil y Comercial Federal, Contencioso Administrativo Federal, Laboral, Seguridad Social y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estará a cargo de los fiscales y fiscales generales con competencia en esos asuntos.

Estos magistrados y los titulares de las unidades fiscales en materia no penal con asiento en las provincias tendrán como función:

a) Velar por el debido proceso legal.

b) Peticionar en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso, el acceso a la justicia, así como cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional.

c) Solicitar la recusación con causa de los jueces intervinientes, producir, ofrecer y solicitar la incorporación de prueba, peticionar el dictado de medidas cautelares o dictaminar sobre su procedencia, plantear nulidades, plantear inconstitucionalidades, interponer recursos, interponer las acciones previstas en la ley 24.240 y realizar cualquier otra petición tendiente al cumplimiento de la misión del Ministerio Público Fiscal de la Nación y en defensa del debido proceso.

d) Intervenir en casos en los que se encuentren en juego daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud pública y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico, en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan.

e) Intervenir en cuestiones de competencia, habilitación de instancia y en todos los casos en que se hallaren en juego normas o principios de orden público.

f) Intervenir en los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombres de las personas, venias supletorias y declaraciones de pobreza.

g) Intervenir en todos los procesos judiciales en que se solicite la ciudadanía argentina.

h) Realizar investigaciones con relación a los casos en los que interviene a fin de esclarecer si hay afectaciones a la legalidad, a los intereses generales de la sociedad y/o a los derechos humanos y las garantías constitucionales.

i) Impulsar la actuación conjunta con las fiscalías de distrito y las procuradurías especializadas.

j) Responder los pedidos de informes que les formule el Procurador General de la Nación.

k) Organizar el trabajo y supervisar el desempeño de las tareas de los funcionarios y del personal a su cargo.

l) Ejercer las demás funciones previstas por leyes especiales.

Capítulo 7

Unidades Fiscales Especializadas

ARTÍCULO 32. — *Unidades Fiscales Especializadas*. El Procurador General de la Nación podrá crear unidades fiscales especializadas con el objeto de investigar y abordar fenómenos generales que por su trascendencia pública o institucional o razones de especialización o eficiencia así lo requieran. Designará a los titulares entre los fiscales generales y fiscales del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

La resolución de creación establecerá sus funciones, organización, integración y ámbito de actuación, así como su existencia temporal o permanente.

Capítulo 8

Direcciones Generales

ARTÍCULO 33. — *Direcciones generales*. Las direcciones generales son los órganos encargados de realizar las tareas auxiliares y de apoyo indispensables para el desarrollo de las funciones del Ministerio Público Fiscal de la Nación. Existirán las siguientes direcciones generales permanentes, sin perjuicio de aquellas que se creen por resolución del Procurador General de la Nación para brindar nuevos servicios o auxiliar en asuntos de una manera especializada:

a) Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas.

b) Dirección General de Acceso a la Justicia.

c) Dirección General de Investigaciones y Apoyo Tecnológico a la Investigación Penal.

d) Dirección General de Políticas de Género.

e) Dirección General de Cooperación Regional e Internacional.

f) Dirección General de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones.

g) Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes.

h) Dirección General de Análisis Criminal y Planificación Estratégica de la Persecución Penal.

i) Dirección General de Desempeño Institucional.

j) Dirección General de Desarrollo Organizacional y Nuevas Tecnologías.

k) Dirección General de Capacitación y Escuela del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

ARTÍCULO 34. — *Directores generales*. Nombramiento y función. Los directores generales serán nombrados por el Procurador General de la Nación y serán los responsables directos del cumplimiento de las funciones de la dirección y de la supervisión del trabajo de los funcionarios y empleados a su cargo.

ARTÍCULO 35. — *Funciones*. Las direcciones generales cumplirán las siguientes funciones, sin perjuicio de otras que se les asignen por instrucción o reglamentación del Procurador General:

a) La Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas tendrá como función garantizar a las víctimas de cualquier delito los derechos de acompañamiento, orientación, protección e información general previstos en el Código Procesal Penal, desde el primer contacto de la víctima con la institución y a lo largo de todo el proceso penal, a través de un abordaje interdisciplinario o la derivación necesaria a fin de garantizar su asistencia técnica.

b) La Dirección General de Acceso a la Justicia tendrá como función instalar y gestionar dependencias descentralizadas del Ministerio Público Fiscal de la Nación en territorios vulnerables a los fines de recibir y derivar denuncias, evacuar consultas, brindar acceso a información judicial, facilitar la resolución alternativa de conflictos, generar mecanismos de prevención de delitos y desarrollar acciones de promoción de derechos para fortalecer los vínculos comunitarios y consolidar los canales de comunicación entre el Ministerio Público Fiscal de la Nación y la comunidad.

c) La Dirección General de Investigaciones y Apoyo Tecnológico a la Investigación Penal tendrá a su cargo los laboratorios forenses, el cuerpo de investigadores y la realización de medidas técnicas o que requieran la utilización de medios tecnológicos del Ministerio Público Fiscal de la Nación, a los fines de asistir a los fiscales en las investigaciones que lleven adelante.

d) La Dirección General de Políticas de Género tendrá como función el asesoramiento y asistencia técnica sobre cuestiones de género cuando así le sea requerido por cualquier magistrado del Ministerio Público Fiscal. Asimismo, se encargará de la difusión, sensibilización y capacitación sobre la temática de género y derechos de las mujeres y de la articulación intra e interministerial con organismos encargados de asuntos pertinentes para su materia.

e) La Dirección General de Cooperación Regional e Internacional tendrá como función el seguimiento de los expedientes administrativos de extradición, la intervención en las asistencias internacionales activas y pasivas, con el consecuente asesoramiento y colaboración en lo atinente con los fiscales de la Nación, el asesoramiento a los fiscales en las causas referidas a pedidos de extradición y la interrelación con los organismos de colaboración institucional regionales e internacionales.

f) La Dirección General de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones tendrá como función asesorar, elaborar informes y sugerir medidas de investigación, a pedido de los fiscales, en causas en las que se investiguen maniobras vinculadas a la criminalidad compleja y el crimen organizado, así como actuar como perito del Ministerio Público Fiscal de la Nación en aquellas causas que se consideren de relevancia institucional.

g) La Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes tendrá como función desarrollar una política activa orientada a detectar, cautelar, identificar y decomisar bienes y fondos provenientes de los delitos y fenómenos criminales, especialmente aquellos vinculados con la criminalidad compleja y el crimen organizado.

h) La Dirección de Análisis Criminal y Planificación Estratégica de la Persecución Penal tendrá como función solicitar, producir, organizar, procesar, analizar y comunicar información relevante para la persecución penal estratégica de fenómenos y organizaciones criminales. Asimismo, intervendrá en el diseño y planificación de la persecución penal en conjunto con las áreas respectivas de las procuradurías especializadas y las fiscalías de distrito.

i) La Dirección General de Desempeño Institucional tendrá como función producir información sobre el Ministerio Público Fiscal de la Nación a partir de la elaboración de indicadores que permitan medir el desempeño institucional. También efectuará un seguimiento y diagnóstico permanente del organismo con el fin de identificar buenas prácticas, contribuir a promoverlas, detectar procesos críticos que comprometan el cumplimiento de los cometidos institucionales y colaborar con su superación.

j) La Dirección General de Desarrollo Organizacional y Nuevas Tecnologías tendrá como función diseñar, desarrollar y coordinar los sistemas informáticos y de comunicaciones con el propósito de lograr mayor eficacia en relación a las actividades del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

k) La Dirección General de Capacitación y Escuela del Ministerio Público Fiscal de la Nación tendrá como función proponer e implementar modelos y estrategias de capacitación para mejorar el desempeño institucional y fortalecer la

labor de los fiscales y su equipo de trabajo.

Título III

Relaciones con la comunidad

ARTÍCULO 36. — *Relaciones con la comunidad*. El Ministerio Público Fiscal de la Nación, en su función de promover los intereses generales ante la administración de justicia, procurará conocer los reclamos y necesidades de los distintos sectores sociales, mantendrá informada a la comunidad y promoverá el acceso a la justicia, en particular de las personas con menores recursos para hacerlo.

ARTÍCULO 37. — *Convenios de cooperación*. El Ministerio Público Fiscal de la Nación podrá celebrar convenios con instituciones públicas, académicas y organizaciones sin fines de lucro, con el fin de llevar adelante investigaciones sobre fenómenos criminales, preparar un caso o un conjunto de casos, para fortalecer la asistencia técnica a las víctimas o para desarrollar cualquier otro servicio propio del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

También podrá celebrar convenios con universidades con el fin de que los estudiantes de los cursos superiores puedan desarrollar actividades voluntarias dentro del Ministerio Público Fiscal de la Nación como parte de su práctica profesional.

Título IV

Autarquía financiera y gestión económica y financiera

ARTÍCULO 38. — *Autarquía financiera*. A fin de asegurar su autarquía financiera, el Ministerio Público Fiscal de la Nación contará con un presupuesto de recursos y gastos atendido con cargo al Tesoro nacional y con recursos propios.

ARTÍCULO 39. — *Plan Progresivo de Asignación de Recursos*. Finalizado el proceso de implementación establecido en la Ley N° 27.150, se convocará a una Comisión Técnica a integrarse por representantes del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA NACIÓN, del MINISTERIO DE HACIENDA Y FINANZAS PÚBLICAS, de la COMISIÓN DE PRESUPUESTO Y HACIENDA de la HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, de la COMISIÓN BICAMERAL DE MONITOREO E IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN que funciona en el ámbito del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN y del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS a los efectos de establecer un Plan Progresivo de Asignación de Recursos para el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA NACIÓN.

(Artículo sustituido por art. 2° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)

ARTÍCULO 40. — Recursos propios. Constituyen recursos propios del Ministerio Público Fiscal de la Nación los siguientes:

a) Donaciones.

b) Aranceles, costas, multas cuya aplicación tuviere a cargo y demás ingresos que se establezcan para financiar el Presupuesto de recursos y gastos del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

c) Transferencias de recursos con o sin asignación específica provenientes de jurisdicciones y entidades del sector público nacional u organismos internacionales, en el marco de la implementación de políticas de colaboración a cargo de éstos vinculadas a la actuación del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

d) Toda renta que se obtenga por operaciones financieras e inversiones que se efectúen con los remanentes de recursos que no han sido aplicados a gastos.

e) El producto de la venta o locación de bienes muebles o inmuebles afectados al Ministerio Público Fiscal de la

Nación.

Los recursos enumerados estarán exentos de toda contribución o impuestos nacionales.

ARTÍCULO 41. — Elaboración del presupuesto. La Procuración General de la Nación elaborará anualmente, sobre la base de las pautas técnicas establecidas para las jurisdicciones y entidades del sector público nacional y observando los principios de transparencia en la gestión y eficiencia en el uso de los recursos, el presupuesto general de recursos y gastos del Ministerio Público Fiscal de la Nación para el año siguiente.

El proyecto de presupuesto del organismo será remitido al Poder Ejecutivo nacional para su incorporación al Proyecto de Presupuesto General de la Administración Nacional que se presenta anualmente ante el Honorable Congreso de la Nación.

El Procurador General de la Nación está facultado a disponer las reestructuraciones y compensaciones que considere necesarias, dentro de la suma total correspondiente al Ministerio Público Fiscal de la Nación, en el Presupuesto General de la Administración Nacional, a cuyo fin deberá observar los principios de transparencia en la gestión y eficiencia en el uso de los recursos.

ARTÍCULO 42. — Ejecución presupuestaria. En la administración y ejecución financiera del presupuesto asignado se observarán las previsiones de las normas de administración financiera del Estado, con las atribuciones y excepciones conferidas por los artículos 9°, 34 y 117 de la ley 24.156.

El Poder Ejecutivo sólo podrá disponer modificaciones en las erogaciones del Ministerio Público Fiscal de la Nación en la medida en que sean producto de modificaciones en la estimación de los recursos que la financian.

La Procuración General de la Nación reglamentará la puesta en práctica del sistema instituido en la ley 24.156 con relación al Ministerio Público Fiscal de la Nación, basada en criterios de transparencia en la gestión y uso eficiente de los recursos.

ARTÍCULO 43. — Nuevas estructuras y funciones. Todo aumento de la estructura o cargos del Ministerio Público Fiscal de la Nación debe ser acompañado de la correspondiente asignación de recursos con cargo al Tesoro nacional. Del mismo modo deberán ser financiadas las transferencias de nuevas funciones al Ministerio Público Fiscal de la Nación.

Título V

Integrantes

Capítulo 1

Integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación

ARTÍCULO 44. — *Integrantes*. Son magistrados y funcionarios de carrera del Ministerio Público Fiscal de la Nación quienes detenten los cargos siguientes:

a) Procuradores fiscales.

b) Fiscales generales.

c) Fiscales generales de la Procuración General de la Nación.

d) Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas.

e) Fiscales.

f) Fiscales de la Procuración General de la Nación.

g) Auxiliares fiscales.

h) Asistentes fiscales.

Asimismo, el Ministerio Público Fiscal de la Nación estará integrado por los funcionarios y empleados de conformidad con la carrera laboral que se establezca en la reglamentación que se dicte al respecto.

ARTÍCULO 45. — *Procuradores fiscales*. Para ser procurador fiscal se requieren las mismas condiciones previstas que para el cargo de Procurador General de la Nación.

ARTÍCULO 46. — *Fiscales generales y fiscales generales de la Procuración General de la Nación*. Para ser fiscal general y fiscal general de la Procuración General de la Nación se requiere ser ciudadano argentino, tener treinta (30) años de edad y contar con seis (6) años de ejercicio efectivo en el país de la profesión de abogado o un cumplimiento, por igual término, de funciones en el Ministerio Público o en el Poder Judicial, con por lo menos seis (6) años de antigüedad en el título de abogado.

ARTÍCULO 47. — *Fiscales y fiscales de la Procuración General de la Nación*. Para ser fiscal y fiscal de la Procuración General de la Nación se requiere ser ciudadano argentino, tener veinticinco (25) años de edad y contar con cuatro (4) años de ejercicio efectivo en el país de la profesión de abogado o de un cumplimiento, por igual término, de funciones en el Ministerio Público o en el Poder Judicial, con al menos cuatro (4) años de antigüedad en el título de abogado.

ARTÍCULO 48. — *Procedimiento para la designación de magistrados*. Para la designación de los procuradores fiscales, Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas, fiscales generales, fiscales generales de la Procuración General, fiscales y fiscales de la Procuración General, se llevarán adelante concursos públicos de oposición y antecedentes, de los cuales surgirán las ternas de candidatos que el Procurador General de la Nación presentará al Poder Ejecutivo quien elegirá a uno de ellos, cuyo nombramiento requerirá el acuerdo de la mayoría simple de los miembros presentes del Senado.

El Procurador General de la Nación podrá cubrir interinamente el cargo de que se trate hasta la designación definitiva de su titular.

ARTÍCULO 49. — *Concurso público de oposición y antecedentes*. El concurso de oposición y antecedentes será sustanciado ante un tribunal convocado por el Procurador General de la Nación de conformidad con la reglamentación que se dicte al respecto.

La prueba de oposición escrita versará sobre temas y/o casos elegidos por sorteo previo y será evaluada por el tribunal mediante un sistema que garantice el anonimato. La prueba de oposición oral será pública y versará sobre temas y/o casos, estos últimos elegidos por sorteo previo.

El procedimiento no incluirá, en ningún caso, entrevistas personales, y estará regido por los principios de objetividad, igualdad de oportunidades y transparencia.

ARTÍCULO 50. — *Integración del tribunal*. El tribunal será presidido por el Procurador General de la Nación o por un magistrado del Ministerio Público Fiscal de la Nación, de conformidad a la reglamentación que se dicte al respecto.

El tribunal estará integrado, además, por tres (3) magistrados del Ministerio Público Fiscal de la Nación y un (1) jurista invitado. Los juristas invitados de cada concurso serán elegidos de una lista de académicos o juristas de reconocida trayectoria previamente confeccionada de acuerdo con la reglamentación que se dicte al respecto.

La composición del tribunal procurará garantizar la diversidad geográfica, funcional y de género de quienes lo integren.

ARTÍCULO 51. — *Auxiliares fiscales*. Los auxiliares fiscales son funcionarios que colaborarán con los magistrados

del Ministerio Público Fiscal y siempre actuarán bajo las instrucciones, supervisión y responsabilidad de ellos.

En particular, los auxiliares fiscales tendrán las siguientes funciones:

a) Realizar la actividad asignada al Ministerio Público Fiscal de la Nación en el Código Procesal Penal de la Nación en la investigación de los casos, cuando el fiscal así lo disponga.

b) Asistir a las audiencias que el fiscal le indique y litigar con los alcances y pretensiones que aquél disponga.

ARTÍCULO 52. — *Designación de auxiliares fiscales*. Los auxiliares fiscales deberán reunir los requisitos para ser fiscal. La designación estará a cargo del Procurador General de la Nación, a propuesta del fiscal coordinador de distrito y de los titulares de las unidades fiscales, procuradurías especializadas y unidades fiscales especializadas, según corresponda, de acuerdo con la reglamentación que se dicte al respecto.

Los auxiliares fiscales percibirán un incremento salarial por el desempeño de sus funciones de acuerdo con la reglamentación que se dicte al respecto.

ARTÍCULO 53. — *Asistentes fiscales*. Los asistentes fiscales serán designados por los fiscales a quienes deban asistir y actuarán bajo las instrucciones, supervisión y responsabilidad de los fiscales, de conformidad con la reglamentación respectiva.

Tendrán por función:

a) Recibir declaraciones, practicar entrevistas o efectuar pedidos de informes.

b) Comparecer al lugar de los hechos.

c) Coordinar el trabajo de los funcionarios y empleados.

ARTÍCULO 54. — *Juramento*. Los fiscales del Ministerio Público Fiscal de la Nación, al tomar posesión de sus cargos, deberán prestar juramento de desempeñarlos bien y legalmente y de cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos y las leyes de la República.

El Procurador General de la Nación prestará juramento ante el Presidente de la Nación en su calidad de Jefe Supremo de la Nación. Los fiscales lo harán ante el Procurador General de la Nación o ante el magistrado que éste designe a tal efecto.

Capítulo 2

Desempeño

ARTÍCULO 55. — *Carrera*. Los integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación tienen derecho al desarrollo de una carrera laboral. Se entiende por tal al conjunto de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso conforme a los principios de igualdad, idoneidad y capacidad que definen la trayectoria laboral y profesional de los distintos integrantes.

ARTÍCULO 56. — *Capacitación*. La capacitación es una condición esencial de desempeño y como tal constituye un derecho y un deber de todos los agentes del Ministerio Público Fiscal de la Nación. Comprende el acceso a actividades formativas y/o de actualización, tanto para mejorar el desempeño en la plaza laboral respectiva como para acceder a otras posiciones dentro del organismo.

La capacitación que se brinde será integral, permanente y gratuita. Se ejecutará a través de recursos propios o por medio de convenios con instituciones públicas o privadas, todo ello en consonancia con las reglamentaciones específicas que para esta temática se dispongan.

ARTÍCULO 57. — *Estructura escalafonaria*. Los funcionarios y empleados del Ministerio Público Fiscal de la

Nación se integrarán en tres agrupamientos:

a) Técnico jurídico.

b) Técnico administrativo.

c) Servicios auxiliares.

Dichos agrupamientos se conformarán en base a un escalafón que privilegiará un mayor nivel de profesionalización y especialización de los integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación, con el objetivo de ampliar la capacidad institucional del organismo.

A tales efectos, se tendrá en cuenta la jerarquía de las funciones desempeñadas, el mérito y la idoneidad comprobados, el nivel de las remuneraciones y el logro de resultados en su función.

En todos los casos, el progreso en la carrera operará de acuerdo con los sistemas de selección y los procedimientos de evaluación del desempeño que se establezcan.

ARTÍCULO 58. — *Incompatibilidades*. Los integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación no podrán ejercer la abogacía ni la representación de terceros en juicio, salvo en los asuntos propios o en los de su cónyuge, ascendientes o descendientes, o bien cuando lo hicieren en cumplimiento de un deber legal. Alcanzan a ellos las incompatibilidades que establecen las leyes respecto de los jueces de la Nación.

Podrán ejercer la docencia solo con dedicación simple, de un modo que no interfiera con el desarrollo de sus funciones y nunca en horarios hábiles de funcionamiento de la institución, salvo casos expresamente autorizados por resolución del organismo.

ARTÍCULO 59. — *Excusación y recusación*. Los integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación podrán excusarse o ser recusados por las causales que prevean las normas procesales y reglamentarias.

ARTÍCULO 60. — *Sustitución*. En caso de recusación, excusación, impedimento, ausencia, licencia o vacancia, los miembros del Ministerio Público Fiscal de la Nación se reemplazarán en la forma que establezcan las leyes o reglamentaciones correspondientes.

ARTÍCULO 61. — *Remuneración y prestaciones sociales*. Las remuneraciones de los integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación se determinarán del siguiente modo:

a) El Procurador General de la Nación recibirá una retribución equivalente a la de Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

b) Los procuradores fiscales percibirán un veinte por ciento (20%) más de las remuneraciones que correspondan a los jueces de cámara, computables solamente sobre los ítems sueldo básico, suplemento, remuneración Acordada C.S.J.N. N° 71/93, compensación jerárquica y compensación funcional.

c) Los fiscales generales que actúen ante la Cámara Federal de Casación Penal y la Cámara Nacional de Casación Penal y los fiscales generales que se desempeñen como fiscales coordinadores de distrito percibirán una remuneración equivalente a la de juez de casación.

d) El Fiscal de Investigaciones Administrativas y los fiscales generales percibirán una remuneración equivalente a la de juez de cámara.

e) Los fiscales percibirán una retribución equivalente a la de juez de primera instancia.

f) El resto de los integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación percibirán retribuciones equivalentes o superiores que las conferidas a funcionarios y agentes del Poder Judicial de la Nación.

Las equivalencias precedentes se extienden a todos los efectos patrimoniales, previsionales y tributarios, así como en cuanto a jerarquía, protocolo y trato.

Todos los integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación son afiliados naturales de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación. Tienen derecho al goce de idénticas coberturas médicas y prestacionales que los agentes del Poder Judicial de la Nación, por cuanto sus aportes y contribuciones no podrán ser objeto de un tratamiento diferenciado.

Todo traspaso de funcionarios o empleados entre el Ministerio Público Fiscal de la Nación, el Ministerio Público de la Defensa y el Poder Judicial de la Nación no afectará los derechos adquiridos durante su permanencia en uno u otro régimen, que comprenderán el reconocimiento de su jerarquía, antigüedad y los beneficios derivados de la permanencia en el cargo o categoría y otros análogos.

ARTÍCULO 62. — *Estabilidad*. El Procurador General de la Nación, los procuradores fiscales, el fiscal nacional de investigaciones administrativas, los fiscales generales, los fiscales generales de la Procuración General de la Nación, los fiscales y los fiscales de la Procuración General de la Nación gozan de estabilidad mientras dure su buena conducta y hasta los setenta y cinco (75) años de edad.

Los magistrados que alcancen la edad indicada en el párrafo primero, quedarán sujetos a la exigencia de un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo. Estas designaciones se efectuarán por el término de cinco (5) años, y podrán ser reiteradas mediante el mismo procedimiento.

Los funcionarios y empleados gozan de estabilidad mientras dure su buena conducta y hasta haber alcanzado los requisitos legales para obtener los porcentajes máximos de los respectivos regímenes jubilatorios. Podrán ser removidos por causa de ineptitud o mala conducta, previo sumario administrativo con audiencia del interesado, según el procedimiento establecido reglamentariamente.

ARTÍCULO 63. — *Inmunidades*. Los magistrados del Ministerio Público Fiscal de la Nación gozan de las siguientes inmunidades:

a) No podrán ser arrestados, excepto en caso de ser sorprendidos en flagrante delito; en tales supuestos, se dará cuenta al Procurador General de la Nación, con la información sumaria del hecho.

b) Estarán exentos del deber de comparecer a prestar declaración como testigos ante los tribunales, en cuyo caso deberán responder por escrito, bajo juramento y con las especificaciones pertinentes.

c) No podrán ser perturbados en el ejercicio de sus funciones.

d) Los miembros del Ministerio Público Fiscal de la Nación no podrán ser condenados en costas en las causas en que intervengan como tales.

ARTÍCULO 64. — *Traslados*. Los magistrados, funcionarios y empleados del Ministerio Público Fiscal de la Nación no podrán ser trasladados sin su conformidad fuera de sus provincias o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Capítulo 3

Régimen disciplinario

ARTÍCULO 65. — *Sujetos comprendidos*. Los magistrados que componen el Ministerio Público Fiscal de la Nación estarán sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente capítulo.

ARTÍCULO 66. — *Correcciones disciplinarias en el proceso*. Los jueces y tribunales solo podrán imponer a los miembros del Ministerio Público Fiscal de la Nación las mismas sanciones disciplinarias que determinan las leyes para los litigantes por faltas cometidas contra su autoridad, salvo la sanción de arresto. Estas sanciones serán recurribles ante el tribunal inmediato superior.

El juez o tribunal deberá comunicar al Procurador General de la Nación la medida impuesta y toda inobservancia que advierta en el ejercicio de las funciones inherentes al cargo que aquél desempeña.

ARTÍCULO 67. — *Poder disciplinario*. En caso de incumplimiento de los deberes a su cargo, el Procurador General de la Nación podrá imponer a los magistrados las sanciones disciplinarias establecidas en el presente capítulo.

ARTÍCULO 68. — *Faltas graves*. Se consideran faltas graves las siguientes:

a) Abandonar su trabajo en forma prolongada o reiterada y sin justificación.

b) Incumplir en forma reiterada las tareas o funciones asignadas en el área donde se desempeñan, de conformidad con la misión del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

c) Incumplir reiteradamente instrucciones generales, cuando el incumplimiento fuere infundado y no se hubiere expresado objeción o cuando habiéndose expresado ésta, la naturaleza de la instrucción no admitiese dilaciones.

d) Violar las reglas de confidencialidad respecto de los asuntos que así lo requieren y en los que actúa el Ministerio Público Fiscal de la Nación, o extraer, duplicar, exhibir o transmitir documentación que debía permanecer reservada poniendo en riesgo las funciones del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

e) Actuar con grave negligencia en la atención de asuntos encomendados o en cumplimiento de las obligaciones asumidas.

f) No informar o negarse a informar injustificadamente a la víctima o a su representado, según corresponda, cuando éstos lo requieran respecto de las circunstancias del proceso y ello afecte su derecho de defensa en juicio.

g) Ejecutar hechos o incurrir en omisiones que tengan como consecuencia la pérdida de actuaciones o la obstaculización del trámite o del servicio de justicia.

h) No excusarse dentro del tiempo que corresponde a sabiendas de que existen motivos para su apartamiento.

i) Interferir en actuaciones judiciales en las que no tenga ninguna intervención oficial.

j) Incumplir injustificada y reiteradamente los plazos procesales.

k) Ejercer la abogacía o la representación de terceros en juicio, salvo en los asuntos propios o de su cónyuge, ascendiente o descendiente, o bien cuando lo hiciere en cumplimiento de un deber legal.

l) Desempeñar profesión, empleo público o privado, aun con carácter interino, sin previa autorización del Procurador General de la Nación exceptuando el ejercicio de la docencia y las comisiones de investigación y estudio académico, siempre y cuando la práctica no obstaculice el cumplimiento de sus funciones.

m) Asesorar o evacuar consultas fuera de los casos inherentes al ejercicio de su función.

n) Recibir dádivas, concesiones o gratificaciones de cualquier clase por la realización de sus funciones, en tanto ellas revistan de entidad en su valoración material.

ñ) No presentar en tiempo y forma la declaración jurada patrimonial y su actualización.

o) Acumular más de cinco (5) faltas leves cometidas en el mismo año.

p) Ejercer maltrato físico, psicológico o verbal en el ejercicio de sus funciones.

ARTÍCULO 69. — *Faltas leves*. Se consideran faltas leves las siguientes:

a) Incumplir las tareas o funciones asignadas en el área donde se desempeñan, de conformidad con la misión del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

b) Incumplir instrucciones generales, cuando el incumplimiento fuere infundado y no se hubiere expresado objeción o cuando habiéndose expresado ésta, la naturaleza de la instrucción no admitiese dilaciones.

c) Faltar al trabajo sin aviso ni causa justificada, llegar habitualmente tarde o ausentarse sin autorización.

d) Actuar en forma irrespetuosa con relación a las partes o cualquier persona que intervenga en una diligencia en que actúe el magistrado o que acuda a las respectivas oficinas.

e) Descuidar el uso de los muebles y demás elementos provistos para el ejercicio de la función.

ARTÍCULO 70. — *Sanciones*. Los magistrados que componen el Ministerio Público Fiscal de la Nación podrán ser pasibles de las siguientes sanciones disciplinarias:

a) Apercibimiento.

b) Multa de hasta el veinte por ciento (20%) de sus remuneraciones mensuales.

c) Suspensión hasta por treinta (30) días sin goce de sueldo.

d) Remoción.

ARTÍCULO 71. — *Determinación de las sanciones y criterios de valoración*. Las faltas leves podrán ser sancionadas con apercibimiento. Las sanciones de multa de hasta el veinte por ciento (20%) de las remuneraciones mensuales, de suspensión y de remoción sólo procederán por la comisión de faltas graves.

Toda sanción disciplinaria se graduará teniendo en cuenta la gravedad de la falta, los antecedentes en la función, las reincidencias en que hubiera incurrido, las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, los perjuicios efectivamente causados, en especial los que afectaren al servicio de justicia, la actitud posterior al hecho que se repute como falta pasible de sanción y la reparación del daño, si lo hubiere.

En todos los casos deberá existir proporcionalidad entre la falta cometida y la sanción efectivamente impuesta.

ARTÍCULO 72. — *Inicio de las actuaciones*. El procedimiento disciplinario se iniciará por comunicación, queja o denuncia de particulares, de jueces, defensores o de otros integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

ARTÍCULO 73. — *Intervención del Consejo Evaluador.* Cuando el contenido de la comunicación, queja o denuncia, resultare manifiestamente inconducente, el Procurador General de la Nación podrá archivarla sin más trámite. En los demás casos, dará intervención a un Consejo Evaluador, integrado conforme la reglamentación dictada al efecto, a fin de que emita opinión no vinculante sobre el objeto de las actuaciones.

ARTÍCULO 74. — *Procedimiento*. Los supuestos de faltas disciplinarias se resolverán mediante el procedimiento previsto en la reglamentación respectiva, que garantizará el debido proceso adjetivo y el derecho de defensa en juicio.

En los supuestos en que el Procurador General de la Nación entienda que el magistrado es pasible de la sanción de remoción, deberá elevar el caso al Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público Fiscal de la Nación a fin de que evalúe la conducta reprochable y determine la procedencia de su remoción o la aplicación de otras sanciones.

Las sanciones disciplinarias que se apliquen serán recurribles administrativamente, en la forma que establezca la reglamentación. Agotada la instancia administrativa, dichas medidas serán pasibles de impugnación en sede judicial.

ARTÍCULO 75. — *Prescripción*. La potestad disciplinaria prescribe al año si se trata de faltas leves y a los tres (3)

años si se trata de faltas graves. Tales términos comenzarán a correr a partir de que la falta sea conocida por la autoridad competente.

En todos los casos, se extingue la potestad sancionadora si han transcurrido cinco (5) años desde la fecha de comisión de la falta.

La prescripción se interrumpe por la comisión de una nueva falta o la iniciación y desarrollo del procedimiento y no correrá cuando el trámite correspondiente se suspenda a la espera de una sentencia penal definitiva.

No será de aplicación lo establecido en el presente artículo cuando la conducta del magistrado pueda configurar causal de remoción.

ARTÍCULO 76. — *Mecanismos de remoción*. El Procurador General de la Nación solo puede ser removido por las causales y mediante el procedimiento establecidos en los artículos 53 y 59 de la Constitución Nacional.

Los magistrados que componen el Ministerio Público Fiscal de la Nación podrán ser removidos de sus cargos únicamente por el Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público Fiscal de la Nación, por las causales previstas en esta ley.

ARTÍCULO 77. — *Tribunal de Enjuiciamiento*. El Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público Fiscal de la Nación estará integrado por siete (7) miembros:

a) Tres (3) vocales deberán cumplir con los requisitos constitucionalmente exigidos para ser Procurador General de la Nación y serán designados uno por el Poder Ejecutivo, otro por la mayoría de la Cámara de Senadores y otro por el Consejo Interuniversitario Nacional.

b) Dos (2) vocales deberán ser abogados de la matrícula federal y cumplir con los requisitos constitucionalmente exigidos para ser Procurador General de la Nación, y serán designados uno por la Federación Argentina de Colegios de Abogados y otro por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

c) Dos (2) vocales deberán ser elegidos por sorteo entre los magistrados del Ministerio Público Fiscal de la Nación, uno entre los fiscales generales y otro entre los fiscales.

A los efectos de su subrogación se elegirá igual número de miembros suplentes.

El Tribunal de Enjuiciamiento será convocado por el Procurador General de la Nación o su presidente en caso de interponerse una queja ante una denuncia desestimada por aquél. Tendrá su asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y se podrá constituir en el lugar más conveniente para cumplir su cometido.

Los integrantes del Tribunal de Enjuiciamiento durarán tres (3) años en sus funciones, contados a partir de su designación. Aun cuando hayan vencido los plazos de sus designaciones, los mandatos se considerarán prorrogados de pleno derecho en cada causa en que hubiere tomado conocimiento el tribunal, hasta su finalización.

Una vez integrado, el tribunal designará su presidente por sorteo. La presidencia rotará cada seis (6) meses, según el orden del sorteo.

Ante este tribunal actuarán como acusadores magistrados del Ministerio Público Fiscal de la Nación, designados por el Procurador General de la Nación, según la calidad funcional del imputado.

Como defensores de oficio actuarán defensores oficiales en caso de ser necesario y a opción del imputado.

La intervención como integrante del tribunal, acusador o defensor de oficio constituirá una carga pública.

ARTÍCULO 78. — *Instancia ante el Tribunal de Enjuiciamiento*. La instancia ante el Tribunal de Enjuiciamiento será abierta por decisión fundada del Procurador General de la Nación, de oficio o por denuncia, basada en la invocación de hechos que configuren las causales de remoción previstas en esta ley.

ARTÍCULO 79. — *Denuncia ante el Tribunal de Enjuiciamiento*. Toda denuncia en la que se requiera la apertura de instancia ante el Tribunal de Enjuiciamiento deberá ser presentada ante el Procurador General de la Nación, quien podrá darle curso conforme al artículo 78 o desestimarla según lo previsto en el artículo 73.

ARTÍCULO 80. — *Procedimiento ante el Tribunal de Enjuiciamiento*. El procedimiento ante el Tribunal de Enjuiciamiento se realizará conforme la reglamentación que dicte el Procurador General de la Nación, la que deberá respetar el debido proceso y el derecho de defensa en juicio, así como los principios consagrados en el Código Procesal Penal de la Nación. En particular, la reglamentación deberá atenerse a las siguientes normas:

a) El juicio será oral, público, contradictorio y continuo.

b) La prueba será íntegramente producida en el debate o incorporada a éste si fuere documental o instrumental, sin perjuicio de la realización de una breve prevención sumaria en caso de urgencia que ponga en peligro la comprobación de los hechos, salvaguardando en todo caso el derecho de defensa de las partes.

c) El Tribunal de Enjuiciamiento tiene un plazo máximo de ciento ochenta (180) días hábiles desde la recepción de las actuaciones para emitir sentencia.

d) Durante el debate el acusador deberá sostener la acción y mantener la denuncia o acusación, sin perjuicio de solicitar la absolución cuando entienda que corresponda. El pedido de absolución será obligatorio para el Tribunal de Enjuiciamiento.

e) La sentencia deberá dictarse en un plazo no mayor a quince (15) días que fijará el presidente del Tribunal de Enjuiciamiento al cerrar el debate.

f) Según las circunstancias del caso, el Tribunal de Enjuiciamiento podrá suspender al imputado en el ejercicio de sus funciones y, de estimarlo necesario, adoptar otras medidas preventivas de seguridad que considere pertinentes. Durante el tiempo que dure la suspensión, el imputado percibirá el setenta por ciento (70%) de sus haberes y se trabará embargo sobre el resto a las resultas del juicio; si fuese absuelto y hubiera sido suspendido, se lo reintegrará inmediatamente a sus funciones y percibirá el total de lo embargado, atendiendo al principio de intangibilidad de las remuneraciones.

g) El Tribunal de Enjuiciamiento sesionará con la totalidad de sus miembros. Sus decisiones se tomarán por mayoría simple pero en el caso de recaer sentencia condenatoria se exigirá el voto de cinco (5) de sus integrantes.

h) La sentencia será absolutoria o condenatoria. Si el pronunciamiento del Tribunal de Enjuiciamiento fuese condenatorio, no tendrá otro efecto que disponer la remoción del condenado. Si se fundare en hechos que puedan configurar delitos de acción pública o ello surgiere de la prueba o aquélla ya hubiere sido iniciada, se dará intervención en la forma que corresponda a la autoridad competente.

i) La sentencia podrá ser recurrida por el magistrado condenado ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. El recurso deberá interponerse fundadamente por escrito ante el Tribunal de Enjuiciamiento, dentro del plazo de treinta (30) días de notificado el fallo; el Tribunal de Enjuiciamiento deberá elevar el recurso con las actuaciones a la Cámara mencionada dentro de los cinco (5) días de interpuesto.

j) La sentencia condenatoria se ejecutará inmediatamente sin perjuicio de la posibilidad de revisión judicial a través de la acción contencioso administrativa correspondiente.

Título VI

Normas de implementación

ARTÍCULO 81. — *(Artículo derogado por art. 5° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)*

ARTÍCULO 82. — *(Artículo derogado por art. 5° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)*

ARTÍCULO 83. — *(Artículo derogado por art. 5° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)*

ARTÍCULO 84. — *(Artículo derogado por art. 5° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)*

ARTÍCULO 85. — *(Artículo derogado por art. 5° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)*

ARTÍCULO 86. — *(Artículo derogado por art. 5° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)*

ARTÍCULO 87. — *(Artículo derogado por art. 5° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)*

ARTÍCULO 88. — *(Artículo derogado por art. 5° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)*

ARTÍCULO 89. — *Derogación de disposiciones contrarias a la presente*. Deróguese toda norma, acordada, resolución o cualquier disposición reglamentaria parcial o totalmente contrarias a la presente ley. Las disposiciones contrarias no tendrán validez y no podrán ser invocadas a partir de su entrada en vigencia.

Dentro de los noventa (90) días siguientes a la promulgación de la presente ley, el Procurador General de la Nación dictará los reglamentos e instrucciones generales necesarias para el funcionamiento de la institución.

ARTÍCULO 90. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS DIEZ DÍAS DEL MES DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL QUINCE.

— REGISTRADO BAJO EL N° 27148 —

AMADO BOUDOU. — JULIÁN A. DOMÍNGUEZ. — Juan H. Estrada. — Lucas Chedrese.

Anexo 36

MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA NACIÓN

Ley 27149

Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación. Funciones. Organización. Estructura.

Sancionada: Junio 10 de 2015

Promulgada: Junio 17 de 2015

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de

Ley:

LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA NACIÓN

Título I

Principios generales y resguardos institucionales

ARTÍCULO 1º — *Función principal*. El Ministerio Público de la Defensa es una institución de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos, de acuerdo a los principios, funciones y previsiones establecidas en la presente ley. Promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad.

ARTÍCULO 2° — *Independencia y autonomía funcional*. El Ministerio Público de la Defensa goza de independencia y autonomía funcional, sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura.

ARTÍCULO 3° — *Autarquía financiera*. El Ministerio Público de la Defensa cuenta con autarquía financiera de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 de la Constitución Nacional. En orden a ello, tendrá crédito presupuestario propio, el que será atendido con cargo al Tesoro nacional y con recursos propios.

ARTÍCULO 4° — *Organización funcional*. El Ministerio Público de la Defensa se estructura jerárquicamente a fin de cumplimentar sus funciones específicas y para el diseño y ejecución de políticas sobre Defensa Pública y acceso a la justicia. La unidad de actuación no afecta la autonomía y especificidad propia del desempeño de los defensores públicos ni puede perjudicar a los asistidos o defendidos. Las recomendaciones generales e indicaciones particulares que se dicten en el ámbito del servicio de Defensa Pública tendrán como finalidad asegurar su ejercicio efectivo y adecuado.

ARTÍCULO 5° — *Principios específicos*. Los integrantes del Ministerio Público de la Defensa desarrollan su actividad de acuerdo a los siguientes principios:

a) Protección jurídica. En sus diversos ámbitos de desempeño, cumplen e instan a hacer cumplir la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos, las leyes, las reglamentaciones, los protocolos de actuación y toda disposición para la protección y defensa de la persona, en especial, el acceso a la justicia de quienes se encuentren en condición de vulnerabilidad o con discriminación estructural, el que estará sujeto a un diligenciamiento preferencial.

b) Interés predominante del asistido o defendido. Actúan, en cumplimiento de diversos objetivos de acuerdo a su competencia funcional, promoviendo la accesibilidad al servicio y procurando dar satisfacción prioritaria a las necesidades concretas del asistido o defendido.

c) Intervención supletoria. Cesan su participación cuando la persona asistida ejercite su derecho a designar un abogado particular o asuma su propia defensa, en los casos y en la forma que las leyes autorizan, salvo los supuestos de intervención por mandato legal o previsión del servicio de Defensa Pública.

d) Reserva. Deben guardar reserva de los asuntos que lleguen a su conocimiento, cuidando de no afectar a terceros, y de conformidad con las previsiones específicas.

e) Transparencia e información pública. Garantizan la transparencia de su actividad, informan mediante lenguaje sencillo y práctica desformalizada las disposiciones y criterios que orientan su actuación y los resultados de su gestión, preservando los diversos derechos que puedan encontrarse en juego. La información que resulte de interés público debe ser accesible a través de la página de internet oficial.

f) Gratuidad e intervención. Los servicios que presta el Ministerio Público de la Defensa son gratuitos para quienes se encuentren abarcados por las condiciones requeridas en la presente ley y su reglamentación.

El Ministerio Público de la Defensa establece los criterios objetivos y subjetivos de limitación de recursos económicos o vulnerabilidad que habiliten la provisión del servicio de Defensa Pública más allá de los casos en los que correspondiere su intervención obligada.

Los jueces dispondrán la percepción de honorarios por parte del Ministerio Público de la Defensa, si correspondiera en virtud de esta ley y demás normativas.

ARTÍCULO 6° — *Difusión de derechos y del modo de ejercitarlos*. El Ministerio Público de la Defensa desarrolla programas y actividades permanentes sobre el acceso al derecho y a la justicia y establece mecanismos para su interacción efectiva con distintos sectores sociales, a cuyo efecto podrá participar a organismos públicos y privados involucrados con la defensa y protección de derechos, mediante la colaboración interinstitucional y el trabajo en red.

ARTÍCULO 7° — *Relaciones con el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo*. El Ministerio Público de la Defensa se relaciona con el Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La relación con el Poder Legislativo se efectuará mediante una Comisión Bicameral cuya composición y funciones fijará el Congreso Nacional. En oportunidad de la inauguración del período de sesiones ordinarias de dicho cuerpo legislativo, el Defensor General de la Nación remitirá a la Comisión Bicameral un informe detallado de lo actuado por los órganos bajo su competencia, el cual deberá contener una evaluación del trabajo realizado en el ejercicio, un análisis sobre la eficiencia y problemática del servicio, y propuestas concretas sobre las modificaciones o mejoras que éste requiera.

El Ministerio Público de la Defensa debe ser consultado en oportunidad de analizarse y debatirse proyectos de ley o reglamentación de su incumbencia.

Título II

Estructura del Ministerio Público de la Defensa

Capítulo 1

Órganos del Ministerio Público de la Defensa

ARTÍCULO 8° — *Integración y funciones*. Integran el Ministerio Público de la Defensa:

a) La Defensoría General de la Nación, en su carácter de órgano superior, administra y gestiona la provisión del servicio de Defensa Pública, garantiza su prestación efectiva y adecuada y diseña y ejecuta sus políticas públicas. Es la sede de actuación del Defensor General de la Nación.

b) La Defensoría Pública es responsable primaria de la representación y asistencia en casos ante diversos fueros e

instancias.

c) El Consejo Asesor del Ministerio Público de la Defensa es el órgano consultivo del Defensor General de la Nación.

ARTÍCULO 9° — *Órgano Nacional de Revisión de Salud Mental. Remisión.* Miembros del Ministerio Público de la Defensa. El Órgano Nacional de Revisión de Salud Mental, creado por la ley 26.657 y su reglamentación en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, tiene como función proteger los derechos humanos de los usuarios de los servicios de salud mental. Los representantes del Ministerio Público de la Defensa que lo integren son designados por el Defensor General de la Nación, en virtud de su especialidad.

Capítulo 2

Defensoría General de la Nación

ARTÍCULO 10. — *Titularidad. Estructura.* La Defensoría General de la Nación es dirigida por el Defensor General de la Nación e integrada por magistrados, funcionarios y empleados según sus diversos deberes funcionales.

La Defensoría General de la Nación se estructura de la siguiente manera:

a) Una (1) Oficina de Administración General y Financiera.

b) Secretarías Generales de Superintendencia y Recursos Humanos; Capacitación y Jurisprudencia; Política Institucional; y Coordinación.

c) Una (1) Asesoría Jurídica.

d) Una (1) Auditoría y Control de Gestión.

e) Unidad de Defensores Públicos Tutores y Defensores Públicos Curadores.

f) Área de Comunicación Institucional.

g) Área de Prensa y Difusión.

h) Área Informática.

i) Áreas de Colaboración:

1. Cuerpo de peritos, consultores técnicos e investigadores.

2. Intérpretes lingüísticos.

3. Laboratorio.

4. Programa de atención de problemáticas sociales y relaciones con la comunidad.

5. Programa para la aplicación de instrumentos de derechos humanos.

6. Otros programas y comisiones relacionados con temáticas vinculadas con sectores vulnerables, en especial detenidos; víctimas de violencia institucional; niños, niñas y adolescentes; migrantes; refugiados y solicitantes de refugio; género; derechos económicos, sociales y culturales; diversidad cultural; personas con discapacidad; adultos mayores; mecanismos alternativos de resolución de conflictos; trata de personas.

7. Grupos de abordaje territorial para sectores sociales desaventajados.

8. Bancos de datos sobre materias de incumbencia. El Defensor General de la Nación puede crear todo otro órgano que resulte necesario para el cumplimiento de los fines institucionales.

ARTÍCULO 11. — *Asistencia y patrocinio jurídico a víctimas de delitos en procesos penales*. La Defensoría General de la Nación garantizará, conforme los requisitos y asignaciones funcionales que determine la reglamentación, y según lo previsto en los artículos 37 bis y 37 ter de la presente ley, la asistencia técnica y patrocinio jurídico de las víctimas de delitos, si por la limitación de sus recursos económicos o vulnerabilidad resultara necesaria la intervención del Ministerio Público de la Defensa, en atención a la especial gravedad de los hechos investigados.

(Artículo sustituido por art. 33 de la Ley N° 27.372 B.O. 13/7/2017)

Capítulo 3

Defensorías Públicas

ARTÍCULO 12. — *Titularidad. Estructura*. Cada Defensoría Pública tiene un titular que es el superior jerárquico de los funcionarios y empleados a su cargo, con las facultades de superintendencia y disciplinarias que establezca la reglamentación.

Si en virtud de disposiciones legales, gestión de casos o cualquier otra situación resultare exigible establecer modelos de cobertura del servicio en base a unidades funcionales con una coordinación centralizada, o fuere recomendable la constitución de equipos de trabajo entre diversos magistrados, funcionarios o empleados de la Defensa Pública, la modalidad a adoptarse deberá asegurar el número de colaboradores con dependencia directa del titular de que se trate.

Capítulo 4

Consejo Asesor del Ministerio Público de la Defensa

ARTÍCULO 13. — *Conformación*. El Consejo Asesor del Ministerio Público de la Defensa está conformado por:

a) Un (1) defensor público de la Defensoría General de la Nación elegido por el Defensor General de la Nación.

b) Un (1) defensor público del interior del país con rango no inferior a juez de cámara elegido por sorteo público.

c) Un (1) defensor público con actuación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con rango no inferior a juez de cámara elegido por sorteo público.

d) Un (1) defensor público con rango no inferior a juez de primera instancia elegido por sorteo público.

e) Un (1) defensor público tutor o un defensor público curador elegido por sorteo público.

f) Un (1) representante de una organización no gubernamental con amplio reconocimiento en temas de administración de justicia y protección de derechos.

g) Un (1) representante de un colegio público de abogados.

La duración en el cargo es de dos (2) años. La reglamentación dispondrá lo pertinente sobre los aspectos de su funcionamiento y elección de miembros, que debe sesionar al menos dos (2) veces al año y en toda ocasión que fueran convocados por el Defensor General de la Nación, quien preside el Consejo.

ARTÍCULO 14. — *Funciones específicas*. El Consejo Asesor del Ministerio Público de la Defensa tiene las siguientes funciones:

a) Asesorar al Defensor General de la Nación sobre el servicio de Defensa Pública y las necesidades de expansión.

b) Proponer vías de acción respecto a las recomendaciones generales del Defensor General de la Nación.

c) Evacuar las consultas que le realice el Defensor General de la Nación.

Título III

Prestación del servicio de Defensa Pública

Capítulo 1

Integración del Ministerio Público de la Defensa

ARTÍCULO 15. — El Ministerio Público de la Defensa está integrado por:

a) Magistrados:

1. Defensor General de la Nación.

2. Defensores Generales Adjuntos.

3. Defensores Públicos Oficiales y Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante las Cámaras de Casación.

4. Defensores Públicos de Coordinación.

5. Defensores Públicos Oficiales de la Defensoría General de la Nación, Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en lo Penal Nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en lo Penal Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en lo Penal Económico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en lo Penal de Menores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en la Ejecución de la Pena de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Defensores Públicos Oficiales ante la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo.

6. Defensores Públicos de Menores e Incapaces de Instancia Única en lo Penal Nacional y Federal y Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante los Tribunales de Segunda Instancia.

7. Defensores Públicos Oficiales ante los Tribunales Federales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Defensores Públicos Oficiales Federales del interior del país.

8. Defensores Públicos Oficiales Adjuntos de la Defensoría General de la Nación, Defensores Públicos de Menores e Incapaces de Primera Instancia, Defensores Públicos Oficiales ante los Jueces y Cámaras de Apelaciones, Defensores Públicos Oficiales en las Relaciones de Consumo, Defensores Públicos Oficiales ante los Juzgados Federales de Ejecuciones Fiscales Tributarias y Defensores Públicos de Víctimas.

9. Defensores Públicos Tutores y Defensores Públicos Curadores.

10. Defensores Auxiliares de la Defensoría General de la Nación.

b) Defensores Públicos Coadyuvantes;

c) Otros funcionarios y empleados administrativos y de maestranza.

(Artículo sustituido por art. 34 de la Ley N° 27.372 B.O. 13/7/2017)

Capítulo 2

Deberes y garantías para la gestión de casos de la Defensa Pública

ARTÍCULO 16. — *Deber esencial*. Los integrantes del Ministerio Público de la Defensa deben gestionar sus casos de manera eficiente, en forma permanente y continua, propendiendo a una defensa técnica efectiva y adecuada.

A tales fines, pueden solicitar a los Registros u oficinas públicas y privadas, sin cargo alguno, testimonios, documentos, informes y actuaciones necesarias para su gestión.

ARTÍCULO 17. — *Autonomía e independencia técnica*. Se garantiza la autonomía e independencia técnica de quien gestione casos de la Defensa Pública. Los integrantes del Ministerio Público de la Defensa procuran canalizar las indicaciones del asistido o defendido en la búsqueda de la solución que más lo favorezca, actuando según sus criterios profesionales.

Deben fundamentar las presentaciones judiciales que realice su asistido o defendido, salvo que fueren notoriamente improcedentes, en cuyo caso se lo hará saber.

No pueden obligar a sus asistidos o defendidos a la elección de alternativas o procedimientos que dependan de la voluntad de aquéllos.

ARTÍCULO 18. — *Deber de observancia*. Si un integrante del Ministerio Público de la Defensa actuare en cumplimiento de indicaciones emanadas del superior, podrá dejar a salvo la opinión personal. Si la considerare contraria a la ley, pondrá en conocimiento del Defensor General de la Nación el criterio disidente mediante un informe fundado.

Si la indicación objetada concierne a un acto procesal sujeto a plazo o que no admita dilación, quien la recibiere la cumplirá en nombre del superior. Si la indicación objetada consistiese en omitir un acto sujeto a plazo o que no admita dilación, quien lo realice actuará bajo su exclusiva responsabilidad, sin perjuicio del ulterior desistimiento de la actividad cumplida.

Toda indicación particular está encaminada a asegurar la Defensa Pública efectiva y adecuada.

Si se tratare de recomendaciones generales, se explicitará que deberá siempre prevalecer, en el caso concreto, la solución que más favorezca al asistido o defendido.

ARTÍCULO 19. — *Deber de asistencia o representación*. Continuidad. Excusación y recusación. La asignación de un caso a un integrante de la Defensa Pública, torna obligatoria su gestión en él.

La obligación señalada sólo puede quedar exceptuada por resolución de autoridad de superintendencia y conforme la reglamentación, en los siguientes casos:

a) Si se encontrare imposibilitado en forma física o psíquica de asumir la asistencia o representación.

b) Si se encontrare en una situación de violencia moral respecto de su representado, debiéndose entender como tal, todo conflicto de interés que comprometa o pudiera comprometer la integridad del defensor o impida el ejercicio de una Defensa Pública efectiva y adecuada.

c) Si el asistido o defendido rechazare la actuación del defensor por alguna causa justificada.

ARTÍCULO 20. — *Confidencialidad*. Trato reservado y frecuente. Debe protegerse especialmente la confidencialidad e instarse el trato reservado y frecuente con el asistido o defendido, quien debe ser informado sobre las contingencias de su proceso en un lenguaje que le resulte comprensible.

Los integrantes del Poder Judicial de la Nación, del Ministerio Público Fiscal de la Nación o de las fuerzas de seguridad, garantizan y favorecen, en todo lugar y de manera efectiva, la comunicación privada entre la Defensa Pública y su asistido o defendido.

ARTÍCULO 21. — *Estabilidad*. Los magistrados del Ministerio Público de la Defensa tienen estabilidad en su

empleo mientras dure su buena conducta y hasta los setenta y cinco (75) años de edad.

Los magistrados que alcancen la edad indicada en el párrafo primero, quedan sujetos a la exigencia de un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo. Estas designaciones se efectúan por el término de cinco (5) años, y pueden ser reiteradas mediante el mismo procedimiento.

ARTÍCULO 22. — *Inmunidades*. Los magistrados del Ministerio Público de la Defensa tienen las siguientes inmunidades:

a) No pueden ser arrestados, excepto en caso de ser sorprendidos en flagrante delito; en tales supuestos, se dará cuenta al Defensor General de la Nación y al Tribunal de Enjuiciamiento de Magistrados del Ministerio Público de la Defensa, con la información sumaria del hecho.

b) Están exentos del deber de comparecer a prestar declaración como testigos ante los tribunales, en cuyo caso deben responder por escrito, bajo juramento y con las especificaciones pertinentes.

c) No pueden ser perturbados en el ejercicio de sus funciones; las denuncias que los miembros del Ministerio Público de la Defensa efectúen en tal sentido se sustanciarán ante el Defensor General de la Nación, el cual tiene la facultad de resolverlas y, en su caso, poner el hecho en conocimiento de la autoridad judicial competente y requerir las medidas que fuesen necesarias para preservar el normal desempeño de aquellas funciones.

d) No pueden ser condenados en costas en las causas que intervengan como tales.

ARTÍCULO 23. — *Prohibiciones*. Sin perjuicio de los diversos impedimentos que se prevén en los respectivos regímenes jurídicos de la administración de justicia, los integrantes del Ministerio Público de la Defensa tienen especialmente prohibido:

a) Atender consultas como profesionales de derecho o dar asesoramiento en casos de contienda judicial actual o posible, fuera de los casos inherentes al ejercicio de su función.

b) Ejercer la abogacía o la representación de terceros en juicio, salvo en los asuntos propios o de su cónyuge o con quien se encontrare en unión convivencial, ascendiente o descendiente, o bien cuando lo hicieren en cumplimiento de un deber legal.

c) Ejercer el comercio o actividad lucrativa o empleo público o privado, sin autorización previa del Defensor General de la Nación, salvo el ejercicio de la docencia universitaria o las comisiones de investigación y estudio, siempre y cuando la práctica de éstas últimas no obstaculice el cumplimiento de su labor.

ARTÍCULO 24. — *Deber de informar.* Los integrantes del Ministerio Público de la Defensa tienen el deber de informar a la Defensoría General de la Nación los asuntos a su cargo, que por su trascendencia o complejidad, requieran su puesta en conocimiento o una asistencia especial, indicando eventualmente las dificultades y propuesta de soluciones que estimen adecuadas.

ARTÍCULO 25. — *Declaración enunciativa*. Los deberes y garantías contenidos en este capítulo no excluyen otros derivados de la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales incorporados a nuestro derecho positivo, las leyes de la Nación, los reglamentos que en su consecuencia se dicten, las normas y protocolos aprobados para el ámbito específico de cumplimiento de la función.

Capítulo 3

Designaciones

ARTÍCULO 26. — *Designación del Defensor General de la Nación*. El Defensor General de la Nación es designado por el Poder Ejecutivo nacional con acuerdo del Senado por dos tercios (2/3) de sus miembros presentes.

ARTÍCULO 27. — *Designación de Magistrados del Ministerio Público de la Defensa*. Las designaciones de los

Defensores Públicos previstos en esta ley, se efectúan mediante concurso público de oposición y antecedentes del cual surgirá la terna de candidatos que el Defensor General de la Nación presentará al Poder Ejecutivo quien elegirá a un candidato, cuyo nombramiento requerirá el acuerdo de la mayoría simple de los miembros presentes del Senado.

Las designaciones de los Defensores de Coordinación, seleccionados entre los magistrados del Ministerio Público de la Defensa, conforme las previsiones de esta ley, son dispuestas mediante resolución fundada del Defensor General de la Nación y de acuerdo a la pertinente previsión presupuestaria.

ARTÍCULO 28. — *Concurso público de oposición y antecedentes*. La elaboración de la terna de Defensores Públicos se realiza mediante el correspondiente concurso público de oposición y antecedentes, en base al mérito personal y la capacidad profesional. El concurso de oposición y antecedentes se sustancia ante un Jurado de Concurso convocado por el Defensor General de la Nación de conformidad a la reglamentación que se dicte al efecto.

ARTÍCULO 29. — *Plazo*. El concurso de oposición y antecedentes debe ser convocado por el Defensor General de la Nación en un plazo no mayor a sesenta (60) días de producida la vacante.

ARTÍCULO 30. — *Integración del Jurado de Concurso*. El Jurado de Concurso será presidido por el Defensor General de la Nación o por otro magistrado de la Defensa Pública de conformidad a la reglamentación que se dicte a tal efecto. El Tribunal estará integrado además por tres (3) magistrados del Ministerio Público de la Defensa con rango no menor a juez de cámara y tres (3) años de antigüedad en el cargo, y por un (1) jurista invitado.

Si el cargo a cubrir fuera de magistrado con rango no superior a juez de primera instancia, un integrante del Jurado de Concurso deberá tener esa jerarquía, y tres (3) años de antigüedad en el cargo.

Los magistrados de la Defensa Pública que integren el Jurado de Concurso deberán haber accedido a sus cargos de magistrados mediante el mismo procedimiento de concurso y serán seleccionados como jurados mediante un sorteo público.

Los juristas invitados de cada concurso serán elegidos por sorteo público de una lista de académicos o juristas de reconocida trayectoria, previamente confeccionada de acuerdo con la reglamentación que se dicte a tal efecto.

La composición del tribunal procurará garantizar la especialidad funcional, diversidad geográfica y de género de quienes lo integren.

ARTÍCULO 31. — *Requisitos*. Para ser Defensor General de la Nación, se requiere ser ciudadano argentino, con título de abogado de validez nacional, con ocho (8) años de ejercicio, y reunir los demás requisitos exigidos para ser Senador Nacional.

Para presentarse a concurso para los cargos enunciados en los puntos 2, 3, 5, 6 y 7 del inciso a) del artículo 15 de la presente ley, se requiere ser ciudadano argentino, tener treinta (30) años de edad y contar con seis (6) años de ejercicio efectivo en el país de la profesión de abogado en el ámbito público o privado, o de cumplimiento, por igual término, de funciones en el Ministerio Público o en el Poder Judicial, con por lo menos seis (6) años de antigüedad en el título de abogado.

Para presentarse a concurso para los cargos enunciados en los puntos 8 y 9 del inciso a) del artículo 15 de la presente ley, se requiere ser ciudadano argentino, tener veinticinco (25) años de edad y contar con cuatro (4) años de ejercicio efectivo en el país de la profesión de abogado en el ámbito público o privado, o de cumplimiento, por igual término, de funciones en el Ministerio Público o en el Poder Judicial, con por lo menos cuatro (4) años de antigüedad en el título de abogado.

Para presentarse a concurso para los cargos enunciados en el punto 10 del inciso a) del artículo 15 de la presente ley, se requiere ser ciudadano argentino, mayor de edad y tener dos (2) años de ejercicio efectivo en el país de la profesión de abogado en el ámbito público o privado, o de cumplimiento, por igual término, de funciones en el Ministerio Público o en el Poder Judicial, con por lo menos dos (2) años de antigüedad en el título de abogado.

No podrá concursar para el cargo de magistrado del Ministerio Público de la Defensa quien haya sido removido de su cargo por juicio político o quien haya sido exonerado del empleo público.

ARTÍCULO 32. — *Juramento*. Los magistrados del Ministerio Público de la Defensa al tomar posesión de sus cargos, deben prestar juramento de desempeñarlos bien y legalmente, y de cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales y las leyes de la Nación.

El Defensor General de la Nación presta juramento ante el Presidente de la Nación. Los demás integrantes lo hacen ante el Defensor General de la Nación, o ante el magistrado o funcionario que éste designe a tal efecto.

ARTÍCULO 33. — *Traslados definitivos*. Los magistrados del Ministerio Público de la Defensa pueden ser trasladados en forma definitiva, con su conformidad, para desempeñarse en una dependencia del mismo u otro distrito territorial que se encuentre vacante, siempre que el cargo a cubrir sea de la misma materia y grado que el cargo que ocupa, que tenga una antigüedad no menor a dos (2) años en el ejercicio efectivo del cargo que ocupa al momento del traslado, que no se encuentre sometido a un proceso disciplinario y que no se haya dispuesto la convocatoria a un concurso público de oposición y antecedentes para cubrir el cargo vacante.

ARTÍCULO 34. — *Designación de los Defensores Públicos Coadyuvantes*. Los Defensores Públicos Coadyuvantes son designados por la Defensoría General de la Nación, que dictará la reglamentación que establecerá los requisitos de idoneidad para la designación y el ejercicio de la función, sus derechos, obligaciones y la remuneración correspondiente.

Los Defensores Públicos Coadyuvantes actúan bajo la supervisión de magistrados titulares de dependencias o de la Defensoría General de la Nación, según corresponda. De acuerdo a las categorías y especialidad que establezca la reglamentación, pueden intervenir en la gestión de casos de la Defensa Pública según la asignación que realice quien propuso su designación y ejercite su contralor.

En los casos de Defensores Coadyuvantes que actúen como colaboradores de los magistrados de la Defensa Pública, la propuesta de su designación y el contralor, depende del magistrado con el cual se desempeñen.

En los casos de Defensores Coadyuvantes que cumplimenten otras funciones en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, la propuesta de designación y su contralor dependen del área pertinente de la Defensoría General de la Nación.

Título IV

Actuación funcional de los Magistrados del Ministerio Público de la Defensa

Capítulo 1

Defensor General de la Nación

ARTÍCULO 35. — *Funciones y atribuciones*. El Defensor General de la Nación es el jefe máximo del Ministerio Público de la Defensa, y tiene los siguientes deberes y atribuciones:

a) Garantizar el cumplimiento de la misión institucional del Ministerio Público de la Defensa instando todas las acciones para la remoción de obstáculos en el acceso a la justicia y el aseguramiento del derecho de defensa.

b) Impulsar mecanismos de protección colectiva de derechos humanos, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Nacional.

c) Ejercer ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación las facultades del Ministerio Público de la Defensa, función que puede ser delegada en los Defensores Generales Adjuntos.

d) Tomar intervención, por sí o por medio de un defensor público de la Defensoría General de la Nación, en aquellos casos en que la muestra o reiteración de patrones de desconocimiento y violación de derechos y garantías trasciendan

el caso individual, alcanzando impacto institucional.

e) Diseñar y ejecutar políticas públicas para la protección de sectores en condición de vulnerabilidad, implementando programas y comisiones que coadyuven para una mejor gestión de casos.

f) Disponer mediante recomendaciones generales e indicaciones particulares a los integrantes del Ministerio Público de la Defensa, la adopción de todas las medidas que sean necesarias y conducentes para el ejercicio de las funciones y atribuciones que la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales, las leyes y los reglamentos le confieran, con la finalidad de un mejor servicio y la garantía de una Defensa Pública efectiva y adecuada.

g) Ejercer la superintendencia general sobre los miembros del Ministerio Público de la Defensa y dictar los reglamentos generales necesarios para la eficaz prestación del servicio; establecer una adecuada distribución del trabajo y supervisión del desempeño, mediante sistemas ponderados de asignación y de seguimiento de casos como así también un sistema de turnos para asegurar una cobertura íntegra y eficiente del servicio de Defensa Pública, y garantizar el contralor inmediato de toda detención o internación involuntaria.

h) Disponer fundadamente la actuación conjunta o alternativa de dos (2) o más integrantes del organismo, de oficio o a pedido de cualquiera de los magistrados que integran el Ministerio Público de la Defensa, si la relevancia o dificultad de los asuntos la hicieren aconsejable.

i) Efectuar la propuesta en terna de magistrados del Ministerio Público de la Defensa regulada en esta ley, de conformidad con lo que se establezca en el reglamento de concursos.

j) Asegurar, en todo proceso, la debida asistencia por la Defensa Pública de cada una de las partes con intereses diversos o contrapuestos, y designar tantos integrantes del Ministerio Público de la Defensa como lo exija la naturaleza del caso.

k) Asegurar, en los procesos en que se encuentran comprometidos los derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes, o de personas ligadas a procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica o de implementación de apoyos, la separación entre las funciones correspondientes a la intervención complementaria o principal conforme la normativa pertinente y la defensa técnica que, en su caso, pueda corresponder al defensor público.

l) Promover el enjuiciamiento de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa de conformidad con lo dispuesto en esta ley si se hallaren incursos en las causales que prevé el artículo 53 de la Constitución Nacional y solicitar el enjuiciamiento de los integrantes del Poder Judicial de la Nación, sin perjuicio de las facultades propias de cada uno de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa, cuando se hallaren incursos en las conductas contempladas en el artículo citado.

m) Elevar al Poder Legislativo, por medio de la Comisión Bicameral, la opinión del Ministerio Público de la Defensa acerca de la conveniencia de determinadas reformas legislativas, y al Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos, si se tratara de reformas reglamentarias.

n) Responder a las consultas formuladas por el Presidente de la Nación, los Ministros del Poder Ejecutivo, los Presidentes de ambas Cámaras del Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Presidente del Consejo de la Magistratura de la Nación y los organismos internacionales.

o) Coordinar las actividades del Ministerio Público de la Defensa y ejercer su representación ante las diversas autoridades nacionales, provinciales, municipales, organismos internacionales y autoridades de otros países.

p) Reglamentar la actuación de los Defensores Públicos Coadyuvantes conforme lo previsto en esta ley, se trate de integrantes del Ministerio Público de la Defensa o de abogados de la matrícula, atendiendo especialmente a una gestión eficaz del servicio, a la solución de conflictos de interés y a la sobrecarga de trabajo.

q) Imponer sanciones a los magistrados, funcionarios y empleados del Ministerio Público de la Defensa, en los casos y formas establecidos por esta ley y su reglamentación.

r) Organizar y reglamentar el Organigrama General de la Defensoría General de la Nación, estableciendo las misiones y funciones de sus diversas áreas.

s) Disponer el gasto del organismo de acuerdo con el presupuesto asignado al Ministerio Público de la Defensa, pudiendo delegar esta atribución en el funcionario que designe y en la cuantía que estime conveniente.

t) Convocar, por lo menos una vez al año, a una reunión de consulta a la que asistirán todos los magistrados, en la cual se considerarán los informes anuales que se presenten conforme lo exige la presente ley y se procurará la homogenización de criterios sobre la actuación del Ministerio Público de la Defensa, tratándose todas las cuestiones que el Defensor General de la Nación incluya en la convocatoria.

u) Fijar la sede y el ámbito territorial de actuación de las dependencias del Ministerio Público de la Defensa, sin necesidad de sujetarse a la división judicial del país.

v) Responder las consultas que formulen los funcionarios y empleados del Ministerio Público de la Defensa y establecer mecanismos ágiles y eficaces para la atención del público.

w) Aceptar, en representación del Ministerio Público de la Defensa, donaciones o legados de personas físicas o jurídicas, conforme establezca la reglamentación.

x) Patrocinar y asistir técnicamente ante los organismos internacionales, en los casos que corresponda, por sí o por delegación en un magistrado del Ministerio Público de la Defensa, conforme la reglamentación específica que regule ese accionar.

y) Celebrar acuerdos de cooperación y asistencia técnica con organismos nacionales e internacionales, para el fortalecimiento institucional y formación permanente de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa.

z) Ejercer la presidencia, representación legal y coordinación ejecutiva del Órgano Nacional de Revisión de Salud Mental creado por la ley 26.657, a través de la designación de una Secretaría Ejecutiva, de conformidad con los principios, deberes y facultades previstos en dicha norma, y designar a los representantes del Ministerio Público de la Defensa, y al equipo de trabajo que corresponda para el correcto cumplimiento de las funciones asignadas ante el mencionado órgano.

aa) Designar un representante de la Defensoría General de la Nación para integrar la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI), de acuerdo a la previsión legal.

bb) Asegurar la intervención de la Defensa Pública en casos de restitución internacional y visitas de niños, niñas y adolescentes, según los requisitos del derecho internacional.

cc) Brindar asistencia y colaboración al Comité Nacional de Prevención de la Tortura en los términos de la ley 26.827 y su reglamentación.

Capítulo 2

Defensores Públicos de la Defensoría General de la Nación

ARTÍCULO 36. — *Defensores Generales Adjuntos. Función.* Los Defensores Generales Adjuntos tienen por función:

a) Realizar las presentaciones ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en aquellos casos que intervengan por decisión del Defensor General de la Nación.

b) Mantener informado al Defensor General de la Nación respecto de los casos en que intervengan.

c) Actuar por delegación del Defensor General de la Nación en ámbitos relacionados con su ejercicio funcional.

d) Sustituir al Defensor General de la Nación en caso de licencia, excusación, recusación, impedimento o vacancia. La reglamentación sobre subrogancias establece el orden de intervención; a falta de designación, interviene quien tenga más antigüedad en el cargo.

e) Realizar el informe anual relativo al ejercicio de sus funciones.

ARTÍCULO 37. — *Funciones de los Defensores Públicos Oficiales de la Defensoría General de la Nación, los Defensores Públicos Oficiales Adjuntos de la Defensoría General de la Nación y los Defensores Auxiliares de la Defensoría General de la Nación*. Los Defensores Públicos Oficiales de la Defensoría General de la Nación, los Defensores Públicos Oficiales Adjuntos de la Defensoría General de la Nación y los Defensores Auxiliares de la Defensoría General de la Nación, de acuerdo a sus responsabilidades y atribuciones, su especialidad y jerarquía, y por decisión del Defensor General de la Nación, tienen las siguientes funciones:

a) Dictaminar en los asuntos judiciales remitidos por la Corte Suprema en los que intervengan el Defensor General de la Nación o los Defensores Generales Adjuntos.

b) Actuar en casos de interés institucional o litigio estratégico.

c) Subrogar a otros magistrados del Ministerio Público de la Defensa en la gestión de sus dependencias.

d) Integrar unidades para la gestión de casos y equipos de trabajo según las necesidades de la cobertura.

e) Participar de la actividad del gobierno del Ministerio Público de la Defensa, de conformidad con los planes, organigramas de trabajo y cometidos funcionales específicos que el Defensor General de la Nación disponga encomendarles.

f) Realizar el informe anual relativo al ejercicio de sus funciones.

ARTÍCULO 37 bis. — Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, los Defensores Públicos Coadyuvantes colaboran con los Defensores Públicos de Víctimas en el ejercicio de las funciones y bajo las condiciones previstas en esta ley, cuando ello sea dispuesto por el Defensor General de la Nación a fin de asegurar una efectiva prestación del servicio.

(Artículo incorporado por art. 35 de la Ley N° 27.372 B.O. 13/7/2017)

Defensores Públicos de Víctimas

ARTÍCULO 37 ter. — *Funciones*. Los Defensores Públicos de Víctimas son los magistrados de la Defensoría General de la Nación que, según los fueros e instancias asignados, ejercen la asistencia técnica y patrocinio jurídico de las víctimas de delitos en procesos penales, en atención a la especial gravedad de los hechos investigados y siempre que la limitación de recursos económicos o situación de vulnerabilidad hicieran necesaria la intervención del Ministerio Público de la Defensa.

(Artículo incorporado por art. 36 de la Ley N° 27.372 B.O. 13/7/2017)

Capítulo 3

Defensores Públicos Oficiales ante las Cámaras de Casación

ARTÍCULO 38. — *Funciones*. Los Defensores Públicos Oficiales ante las Cámaras de Casación ejercen la defensa de los asistidos o defendidos en tal instancia, efectivizando el derecho al recurso de acuerdo a los intereses de éstos. Peticionan la reunión de las Cámaras de Casación en pleno para unificar la jurisprudencia contradictoria o requerir la revisión de la jurisprudencia plenaria, de conformidad con los intereses de sus asistidos o defendidos. Deben mantener un fluido contacto con los defensores públicos que intervienen en otras instancias, en especial con los

defensores de coordinación, para la mejor gestión de los casos e intereses de asistidos y representados y realizar los informes relativos a su función que fueren solicitados por la Defensoría General de la Nación.

Capítulo 4

Defensores Públicos de Coordinación

ARTÍCULO 39. — *Designación*. Los Defensores Públicos de Coordinación son designados por decisión fundada del Defensor General de la Nación, de una terna propuesta por los Defensores Públicos Oficiales de cada distrito o ámbito funcional. A esos fines, se deben considerar especialmente los antecedentes profesionales y experiencia en defensa y gestión.

Duran un (1) año en el ejercicio de la función y pueden ser reelegidos. Procede la remoción antes del término indicado por inconducta manifiesta, deficiente desempeño de la función asignada o inobservancia de los principios y postulados enunciados en la presente ley y en sus resoluciones reglamentarias. Los Defensores Públicos de Coordinación pueden renunciar a esta asignación por causales que a juicio del Defensor General de la Nación resulten atendibles y no perjudiquen al servicio.

ARTÍCULO 40. — *Funciones*. Los Defensores Públicos de Coordinación tienen, en el ámbito territorial y funcional asignado, los siguientes deberes y atribuciones:

a) Garantizar la adecuada prestación del servicio de Defensa Pública en su distrito o ámbito funcional coordinando y distribuyendo adecuadamente las tareas, en orden al mejor desenvolvimiento del servicio. A tal fin, deben promover y ejecutar los cursos de acción necesarios para garantizar, en forma permanente y conforme al principio de continuidad, la prestación del servicio.

b) Aplicar, de acuerdo a lo dispuesto por el Defensor General de la Nación, los sistemas ponderados de asignación y de seguimiento de casos y un sistema de turnos para asegurar una cobertura íntegra y eficiente del servicio de Defensa Pública, garantizando el contralor de la detención en sede policial y la intervención en los casos penales cuando el fiscal, previo a la formalización de la investigación, comunica al imputado que lo está investigando y le hace conocer los derechos que le asisten.

c) Disponer, en el ámbito de su competencia, de oficio o a pedido de cualquiera de los magistrados, la actuación conjunta o alternativa de dos (2) o más integrantes del Ministerio Público de la Defensa, si la relevancia o dificultad de los asuntos lo hicieren aconsejable.

d) Producir informes periódicos de su gestión y remitir las estadísticas sobre la labor desarrollada en su ámbito territorial o funcional.

El Defensor General de la Nación autoriza a los Defensores Coordinadores a continuar en la gestión de los casos que les corresponda en su rol de defensores públicos oficiales en la medida que la carga de trabajo, naturaleza y coyuntura de la cobertura del servicio, realidad territorial y demás circunstancias no perjudiquen las funciones asignadas.

Los Defensores Públicos de Coordinación con actuación en el interior del país, además de las funciones encomendadas, organizan los equipos técnicos de apoyo, la capacitación y la comunicación institucional.

Capítulo 5

Defensores Públicos Oficiales

ARTÍCULO 41. — *Funciones*. Los Defensores Públicos Oficiales son los magistrados del Ministerio Público de la Defensa que llevan la gestión de casos ante los fueros asignados en virtud de cada rol funcional y brindan asistencia o defensa técnica en los diversos fueros e instancias, conforme los requisitos y según la materia que se trate.

ARTÍCULO 42. — *Deberes y atribuciones*. Los Defensores Públicos Oficiales, en las instancias y fueros en los que

actúan, tienen los siguientes deberes y atribuciones específicos, sin perjuicio de los demás propios de la naturaleza del cargo:

a) Ejercer el patrocinio y representación en juicio como actor o demandado, en los distintos fueros, de quien invoque y justifique limitación de recursos para afrontar los gastos del proceso, situación de vulnerabilidad o cuando estuviere ausente y fuere citado por edictos.

b) Ejercer la defensa de las personas imputadas en causas penales en los supuestos en que se requiera, y realizar las medidas de investigación de la defensa que resulten necesarias, conforme lo previsto por la Constitución Nacional y el Código Procesal Penal de la Nación. La asistencia a las personas que lo requieran debe iniciarse desde que se encuentran detenidas en sedes policiales o de otros organismos de seguridad y hasta la conclusión de la etapa de ejecución de la pena.

c) Ejercer, en los casos que corresponda, la representación del consumidor o usuario ante conflictos en las relaciones de consumo.

d) Intentar la conciliación y ofrecer medios alternativos a la resolución judicial de conflictos, con carácter previo a la promoción de un proceso en los casos, materias y fueros que corresponda. En su caso, presentan a los jueces los acuerdos alcanzados para su homologación.

e) Arbitrar los medios para hallar al demandado ausente. Su intervención cesa cuando se le hace saber la existencia del proceso y en los demás supuestos previstos por la ley procesal.

f) Contestar las consultas formuladas por personas con recursos limitados para afrontar los gastos del proceso o en situación de vulnerabilidad y asistirlas en los trámites pertinentes y dar respuesta a las consultas en materia penal efectuadas por cualquier persona que requiera la asistencia de un defensor público.

g) Intervenir en todo acto procesal del cual pueda derivarse un beneficio o perjuicio para sus asistidos o defendidos. En el marco del proceso penal deben estar presentes en cada ocasión en la que se cite al imputado.

h) Responder los pedidos de informes que les formulen el Defensor General de la Nación y el Defensor Público de Coordinación.

i) Convocar personas a su despacho cuando sea necesario para el desempeño de su ministerio.

j) Realizar visitas y tomar medidas para asegurar la vigencia de los derechos y garantías de los asistidos o defendidos alojados en establecimientos de detención, de internación o que impliquen cualquier forma de privación de la libertad.

k) Intervenir en todos los procesos disciplinarios que se realicen en los ámbitos de privación de libertad o de internación.

l) Requerir a los fines de su gestión y más allá de las funciones de los organismos de apoyo del Ministerio Público de la Defensa, la actuación de los cuerpos periciales del Poder Judicial y la colaboración de las fuerzas de seguridad y de otras instituciones nacionales, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

m) Desplegar acciones de abordaje territorial y relevamiento de demandas individuales y colectivas, si las características de la problemática o la situación de vulnerabilidad las exigieren, para la optimización de la prestación del servicio.

n) Promover la defensa o asistencia con especial consideración de la perspectiva de género y la diversidad cultural.

o) Promover la defensa y protección de los derechos económicos, sociales y culturales mediante acciones judiciales y extrajudiciales, de carácter individual o colectivo.

p) Actuar mediante carta poder del patrocinado para presentaciones administrativas y judiciales en caso de

imposibilidad de asistencia a la sede del tribunal.

q) Ejercer la representación de las personas en sede administrativa cuando la naturaleza de los derechos en juego exija la actuación de un defensor público oficial, de conformidad con la normativa establecida al efecto.

r) Actuar en coordinación con la Defensoría General de la Nación en la representación de intereses colectivos o difusos.

s) Instar el agotamiento de las vías recursivas a fin de propender a la mejor solución jurídica para sus defendidos o asistidos.

Capítulo 6

Defensores Públicos de Menores e Incapaces

ARTÍCULO 43. — *Defensores Públicos de Menores e Incapaces*. Funciones para la protección integral de niños, niñas y adolescentes y personas respecto de quienes haya recaído sentencia en el marco de un proceso referente al ejercicio de la capacidad jurídica o de implementación de apoyos y salvaguardias. En el supuesto en el que se encuentren comprometidos los derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes, o de personas respecto de quienes haya recaído sentencia en un proceso referente al ejercicio de la capacidad jurídica o de implementación de apoyos y salvaguardias, los Defensores Públicos de Menores e Incapaces, en las instancias y fueros en los que actúan, tienen los siguientes deberes y atribuciones específicos, sin perjuicio de los demás propios de la naturaleza del cargo:

a) Intervenir en los procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica o de implementación de apoyos y salvaguardias.

b) Intervenir en forma complementaria en todo asunto judicial que afecte los derechos, intereses o bienes de niños, niñas y adolescentes, o de personas respecto de quienes haya recaído sentencia en el marco de un proceso referente al ejercicio de la capacidad jurídica o de implementación de apoyos y salvaguardias.

c) Promover o intervenir en forma principal cuando los derechos o intereses de sus asistidos estén comprometidos y existiera inacción de sus representantes; cuando el objeto del proceso sea exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de sus representantes o apoyos; y cuando carecieren de representante o apoyo y fuera necesario proveer la representación o el sistema de apoyos y salvaguardias para el ejercicio de su capacidad jurídica.

d) Intervenir en el ámbito extrajudicial ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes, cuando estén comprometidos los derechos económicos, sociales y culturales. En su caso, pueden adoptar aquellas medidas urgentes propias de su ámbito funcional y de acuerdo con la normativa específica en la materia.

e) Intervenir como salvaguardia de los apoyos proporcionados judicialmente o en otros ámbitos, cuando ello fuera resuelto en la esfera del Ministerio Público de la Defensa, según las circunstancias específicas del caso.

f) Ser parte necesaria, en el ámbito penal, en todo expediente que se forme respecto de una persona menor de edad, autor o víctima de delito, conforme las leyes pertinentes para su protección integral. Deben intervenir en todo acto procesal del cual pueda derivarse un beneficio o perjuicio para sus defendidos y estar presentes en cada ocasión en que estos fueren citados.

g) Asesorar a sus asistidos y a toda persona ligada al efectivo resguardo de sus derechos acerca de las acciones conducentes para tales fines.

h) Actuar conforme a las garantías de procedimiento y a los estándares de derechos humanos relativos al acceso a la justicia y al interés superior de los niños, niñas y adolescentes; en particular en cuanto al derecho a ser oídos, a que sus opiniones sean tenidas en cuenta y a mantenerlos informados de los asuntos inherentes a su intervención, en función del grado de evolución de sus facultades, teniendo en cuenta el progresivo reconocimiento de la capacidad.

i) Actuar conforme a las garantías de procedimiento y a los estándares de derechos humanos relativos al acceso a la

justicia de las personas con discapacidad; en particular al respeto por su autonomía, voluntad y preferencias, a la implementación de los ajustes que sean necesarios para asegurar su participación en el procedimiento, y a la no discriminación.

j) Postular una visión de la defensa o asistencia que tome en consideración la perspectiva de género y la diversidad cultural.

k) Concurrir a las instituciones en donde se encuentren alojados sus asistidos, controlando que sus derechos e intereses sean respetados y efectuar, en su caso, las acciones que fueren pertinentes.

l) Instar el agotamiento de las vías recursivas a fin de propender a la mejor solución jurídica para sus defendidos o asistidos.

m) Convocar personas a su despacho cuando fuere necesario para el ejercicio de su ministerio.

n) Responder a los pedidos de informes que les formule la Defensoría General de la Nación.

Capítulo 7

Defensores Públicos Tutores y Defensores Públicos Curadores

ARTÍCULO 44. — *Intervención de Defensores Públicos Tutores*. Los Defensores Públicos Tutores actúan para brindar protección a los derechos, intereses o bienes de un niño, niña o adolescente, sin perjuicio de los demás casos propios de la naturaleza del cargo y los que les encomiende el Defensor General de la Nación, en los siguientes supuestos:

a) Cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental.

b) Cuando exista conflicto de intereses entre el niño, niña o adolescente y sus representantes, u oposición de intereses entre diversos niños, niñas y adolescentes que poseen el mismo representante legal; con las salvedades que disponga la ley respecto de la actuación por sí de la persona menor de edad.

c) Cuando los padres o tutores del niño, niña o adolescente no pudieran ejercer actos de administración sobre uno o más bienes de éstos.

d) Hasta el discernimiento judicial de la tutela en casos de urgencia.

ARTÍCULO 45. — *Función de los Defensores Públicos Tutores*. En el ejercicio de sus funciones, los Defensores Públicos Tutores deben:

a) Adecuar su actuación a las garantías de procedimiento y a los estándares de derechos humanos relativos al acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes; en particular en cuanto a su derecho a ser oídos, a que sus opiniones sean tenidas en cuenta y a poner en su conocimiento las garantías procesales que pueden ejercitar y orientarlos para que logren hacerlas efectivas; a mantenerlos informados sobre los asuntos inherentes a la tutela, en función de la edad y grado de madurez suficiente, a la procura de su mejor interés y al principio de autonomía progresiva.

b) Promover la defensa o asistencia con especial consideración de la perspectiva de género y la diversidad cultural.

c) Proceder de oficio, judicial y extrajudicialmente en la defensa de los derechos e intereses de sus asistidos, de conformidad con lo previsto en esta ley y en la reglamentación pertinente.

d) Concurrir a las instituciones en donde se encuentren alojados los niños, niñas y adolescentes asistidos.

e) Instar el agotamiento de las vías recursivas a fin de propender a la mejor solución jurídica para sus asistidos.

f) Convocar personas a su despacho cuando fuere necesario para el ejercicio de su ministerio.

g) Responder a los pedidos de informes que les formule la Defensoría General de la Nación.

ARTÍCULO 46. — *Defensores Públicos Curadores*. Los Defensores Públicos Curadores actúan en el marco de procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica y de implementación de sistemas de apoyos y salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica, cuando no existieran bienes suficientes que permitan la designación a cargo económicamente de la persona involucrada o de quien, presumiblemente, debiera asumir las costas; o en ausencia de familiar o referente comunitario que pudiera hacerse cargo de tal función.

Tienen los siguientes deberes y atribuciones específicos, sin perjuicio de los demás propios de la naturaleza de su cargo y aquellos que le encomiende el Defensor General de la Nación:

a) Ejercer la defensa técnica en procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica o de la implementación de sistemas de apoyos y salvaguardias, en orden a garantizar los derechos de igualdad y no discriminación, el derecho a ser oído y debidamente informado, a participar en el proceso, incluso mediante los ajustes de procedimiento que puedan requerirse, en respeto a la autonomía y reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas. En el ejercicio de la función, deben tener en cuenta la voluntad y preferencias del asistido.

b) Ejercer la función de representación que se disponga en procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica, con relación a los actos comprendidos en la sentencia, y teniendo en cuenta la voluntad y preferencias del asistido.

c) Ejercer la función de apoyo que se disponga en procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica o de implementación de apoyos y salvaguardias, con relación a los actos comprendidos en la sentencia, y teniendo en cuenta la voluntad y preferencias del asistido.

d) Ejercer la función de apoyo que se establezca por decisiones no jurisdiccionales, siempre que así fuera dispuesto en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, de conformidad con las particularidades específicas de cada caso y los niveles de cobertura de la prestación del servicio.

e) Instar la revisión judicial de las sentencias dictadas en el marco de procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica o de implementación de sistemas de apoyos y salvaguardias, en un plazo no superior a tres (3) años desde que fue dictada o en un término menor si ello fuere pertinente.

f) Adecuar su actuación a las garantías de procedimiento y a los estándares de derechos humanos relativos al acceso a la justicia de las personas con discapacidad; en particular al respeto por su autonomía, voluntad y preferencias, al derecho a participar en el proceso, incluso mediante los ajustes de procedimiento que sean necesarios, y a la no discriminación.

g) Promover la defensa o asistencia con especial consideración de la perspectiva de género y la diversidad cultural.

h) Proceder de oficio, en el ámbito judicial y extrajudicial en la defensa de los derechos e intereses de sus asistidos, de conformidad con lo previsto en esta ley y en la reglamentación pertinente.

i) Instar el agotamiento de las vías recursivas a fin de propender a la mejor solución jurídica para sus asistidos.

j) Concurrir a las instituciones en donde se encuentren alojadas las personas asistidas.

k) Convocar personas a su despacho cuando fuere necesario para el ejercicio de su ministerio.

l) Responder a los pedidos de informes que les formule la Defensoría General de la Nación.

Título V

Defensa de las personas internadas en forma involuntaria por motivos de salud mental

ARTÍCULO 47. — *Personas internadas en forma involuntaria por motivos de salud mental*. Los integrantes del

Ministerio Público de la Defensa que determine el Defensor General de la Nación deben ejercer la asistencia técnica de las personas involuntariamente internadas por motivos de salud mental, de acuerdo a la normativa específica y la que surge de la naturaleza de la función. Tienen los siguientes deberes y atribuciones:

a) Actuar conforme a las garantías de procedimiento y a los estándares de derechos humanos relativos a las personas internadas involuntariamente por motivos de salud mental.

b) Ejercer la función conforme a las garantías de procedimiento y a los estándares de derechos humanos relativos a los niños, niñas y adolescentes, o las personas con discapacidad, si así correspondiere.

c) Respetar, en el ejercicio de la defensa, la autonomía personal, la voluntad, los deseos y preferencias de la persona internada en forma involuntaria por motivos de salud mental y realizar presentaciones judiciales o extrajudiciales, pudiendo, entre otras tareas, oponerse a la internación, solicitar la externación, requerir mejoras en las condiciones de internación y tratamiento y acceder a las actuaciones judiciales en todo momento.

d) En aquellas situaciones en que no pueda comprenderse la voluntad de la persona internada, se debe procurar que las condiciones generales de la internación respeten las garantías mínimas exigidas por la legislación específica de salud mental, así como las directivas anticipadas que pudieran existir.

e) Mantener contacto con la persona asistida en cualquier momento, en los establecimientos públicos y privados donde se desarrolla su internación, por sí o a través de integrantes del Ministerio Público de la Defensa, manteniendo entrevistas en ámbitos de confidencialidad y privacidad.

f) Ingresar a los establecimientos públicos y privados donde se desarrollen las internaciones, sin necesidad de autorización previa por parte de los efectores de salud ni de ninguna otra autoridad, incluido el acceso a toda documentación relativa a la persona defendida que obre en poder de las instituciones.

g) Brindar información a sus asistidos respecto de su función, datos personales y el estado del proceso.

h) Contar con el apoyo del equipo interdisciplinario necesario para brindar defensa técnica especializada.

i) Realizar los informes de gestión que les sean requeridos por la Defensoría General de la Nación.

Título VI

Remuneraciones y subrogancias de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa

Capítulo 1

Remuneraciones de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa

ARTÍCULO 48. — Intangibilidad de las remuneraciones. Los integrantes del Ministerio Público de la Defensa, en virtud de la función que desempeñan y de lo dispuesto por el artículo 120 de la Constitución Nacional, gozan de intangibilidad en sus remuneraciones.

ARTÍCULO 49. — Remuneraciones. Las remuneraciones de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa se determinan del siguiente modo:

a) El cargo establecido en el punto 1 del inciso a) del artículo 15 de la presente ley recibe la retribución equivalente a la de juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

b) El cargo establecido en el punto 2 del inciso a) del artículo 15 de la presente ley, percibe un veinte por ciento (20%) más de las remuneraciones que corresponden a los jueces de cámara, computables solamente sobre los ítems sueldo básico, suplemento, remuneración Acordada CSJN N° 71/93, compensación jerárquica y compensación funcional.

c) Los cargos establecidos en los puntos 3 y 4 del inciso a) del artículo 15 de la presente ley, perciben la remuneración equivalente a juez de casación.

d) Los cargos establecidos en los puntos 5, 6 y 7 del inciso a) del artículo 15 de la presente ley, perciben la remuneración equivalente a la de juez de cámara.

e) Los cargos establecidos en los puntos 8 y 9 del inciso a) del artículo 15 de la presente ley, perciben una remuneración equivalente a la de juez de primera instancia.

f) El cargo establecido en el punto 10 del inciso a) del artículo 15 de la presente ley, percibe la remuneración equivalente a la de un secretario de cámara.

g) Los cargos establecidos en los incisos b) y c) del artículo 15 de la presente ley, perciben la remuneración que corresponda al ejercicio de sus funciones, establecida en las leyes y reglamentación del servicio de Defensa Pública.

ARTÍCULO 50. — *Equiparaciones*. Las remuneraciones de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa no pueden ser inferiores a la de los miembros del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público Fiscal de la Nación, encontrándose equiparados en trato, escalafón y jerarquía. Las equiparaciones precedentes se extienden a todos los efectos patrimoniales, previsionales y tributarios.

Capítulo 2

Régimen de subrogancias de Magistrados del Ministerio Público de la Defensa

ARTÍCULO 51. — *Reglamentación*. *Principios*. En caso de recusación, excusación, impedimento, ausencia, licencia o vacancia de magistrados del Ministerio Público de la Defensa, se procurará el reemplazo por otro magistrado de este Ministerio. Si ello fuera desaconsejable o fuera necesario evitar conflictos de interés, se asignará un Defensor Público Coadyuvante para asegurar la eficiente prestación y cobertura del servicio de Defensa Pública.

Esta ley y la reglamentación específica del servicio de Defensa Pública establecen el orden de subrogancias de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa, asegurando sus deberes y garantías.

Título VII

De los funcionarios y empleados

ARTÍCULO 52. — *Designación*. Los funcionarios, empleados administrativos y de maestranza del Ministerio Público de la Defensa son designados por el Defensor General de la Nación, a propuesta de los respectivos Defensores Públicos. Gozan de estabilidad en sus cargos y cumplen las funciones que resulten necesarias para el normal funcionamiento y desarrollo del servicio conforme lo dispuesto por el Defensor General de la Nación y sus superiores jerárquicos. Todo ello, de acuerdo a lo dispuesto por la ley y la reglamentación correspondiente.

Todo traspaso de funcionarios o empleados entre el Ministerio Público de la Defensa, el Ministerio Público Fiscal y el Poder Judicial de la Nación, no afecta los derechos adquiridos durante su permanencia en uno u otro régimen, que comprenden el reconocimiento de su jerarquía, antigüedad y los beneficios derivados de la permanencia en el cargo o categoría y otros análogos.

ARTÍCULO 53. — *Estructura escalafonaria*. Los funcionarios y empleados del Ministerio Público de la Defensa se integran en tres (3) agrupamientos:

a) Técnico jurídico.

b) Técnico administrativo.

c) Servicios auxiliares.

Tales agrupamientos están divididos en categorías que constituyen los grados que pueden ir alcanzando los agentes durante su carrera en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, conforme la reglamentación que se dicte al efecto.

Título VIII

Sistemas de control de gestión

ARTÍCULO 54. — *Reglas de funcionamiento y control de gestión*. El Defensor General de la Nación establece criterios generales y protocolos de actuación y asegura una defensa eficiente y adecuada. Implementa un sistema de gestión específico para el control y asignación ponderada y por turno de los casos y procura la mejora continua de los procesos de trabajo.

Debe evaluar la calidad de los servicios que presta el Ministerio Público de la Defensa, especialmente en cuanto a la observancia de la ley, el cumplimiento de los plazos y de las recomendaciones generales que se hayan dictado.

Título IX

Régimen disciplinario

ARTÍCULO 55. — *Poder disciplinario*. En caso de incumplimiento de los deberes a su cargo, el Defensor General de la Nación puede imponer a los magistrados que componen el Ministerio Público de la Defensa, las siguientes sanciones disciplinarias:

a) Prevención.

b) Apercibimiento.

c) Multa de hasta el veinte por ciento (20%) de sus remuneraciones mensuales.

Toda sanción disciplinaria se gradúa teniendo en cuenta la gravedad de la falta, los antecedentes en la función y los perjuicios efectivamente causados.

Las causas por faltas disciplinarias se resuelven previo sumario, que se rige por la norma reglamentaria que dicte el Defensor General de la Nación, la cual debe garantizar el debido proceso adjetivo y el derecho de defensa en juicio.

En los supuestos en que el órgano sancionador entienda que el magistrado es pasible de la sanción de remoción, debe elevar el sumario al Tribunal de Enjuiciamiento a fin de que evalúe la conducta reprochable y determine la sanción correspondiente.

Las sanciones disciplinarias que se apliquen en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa son recurribles administrativamente, en la forma que establezca la reglamentación. Agotada la instancia administrativa, dichas medidas son pasibles de impugnación en sede judicial.

ARTÍCULO 56. — *Correcciones disciplinarias en el proceso*. Los jueces y tribunales sólo pueden imponer a los miembros del Ministerio Público de la Defensa las mismas sanciones disciplinarias que determinan las leyes para los litigantes por faltas cometidas contra su autoridad o decoro, salvo la sanción de arresto, las cuales son recurribles ante el tribunal inmediato superior.

El juez o tribunal debe comunicar al superior jerárquico del sancionado la medida impuesta y toda inobservancia que advierta en el ejercicio de las funciones inherentes al cargo que aquél desempeña.

Cuando la medida afecte al Defensor General de la Nación, será comunicada al Senado de la Nación.

ARTÍCULO 57. — *Mecanismos de remoción*. El Defensor General de la Nación sólo puede ser removido por las causales y mediante el procedimiento establecido en los artículos 53 y 59 de la Constitución Nacional.

Los restantes magistrados que componen el Ministerio Público de la Defensa sólo pueden ser removidos de sus cargos por el Tribunal de Enjuiciamiento previsto en esta ley, por las causales de mal desempeño, grave negligencia o por la comisión de delitos dolosos de cualquier especie.

ARTÍCULO 58. — *Tribunal de Enjuiciamiento*. El Tribunal de Enjuiciamiento está integrado por siete (7) miembros:

a) Tres (3) vocales, que deben cumplir con los requisitos constitucionalmente exigidos para ser miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, designados uno (1) por el Poder Ejecutivo, uno (1) por el Senado de la Nación y uno (1) por el Consejo Interuniversitario Nacional.

b) Dos (2) vocales, que deben ser abogados de la matrícula federal y cumplir con los requisitos constitucionalmente exigidos para ser miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, designados uno por la Federación Argentina de Colegios de Abogados y otro por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

c) Dos (2) vocales, que deben ser elegidos por sorteo público entre los Defensores Públicos Oficiales que tengan un rango no menor a Juez de Cámara y tres (3) años de antigüedad en el cargo, uno entre quienes se desempeñan en el interior del país y uno entre quienes se desempeñan en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A los efectos de su subrogación se elige igual número de miembros suplentes.

ARTÍCULO 59. — *Convocatoria*. *Integración*. El Tribunal de Enjuiciamiento es convocado por el Defensor General de la Nación. En caso de que el Defensor General de la Nación hubiese desestimado la denuncia que haya dado lugar a una queja, la convocatoria es realizada por el presidente del Tribunal. Tiene su asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y se puede constituir en el lugar que considere más conveniente para cumplir su cometido. Los integrantes del Tribunal de Enjuiciamiento duran tres (3) años en sus funciones contados a partir de su designación.

Aun cuando hayan vencido los plazos de sus designaciones, los mandatos se consideran prorrogados de pleno derecho en cada causa en que hubiere tomado conocimiento el Tribunal, hasta su finalización. Una vez integrado el Tribunal designa su presidente por sorteo. La presidencia rota cada seis (6) meses, según el orden del sorteo. Las funciones de acusar y defender son ejercidas por magistrados del Ministerio Público de la Defensa conforme la reglamentación que se dicte a tal efecto.

ARTÍCULO 60. — *Instancia*. La instancia ante el Tribunal de Enjuiciamiento es abierta por decisión del Defensor General de la Nación de oficio o por denuncia, fundada en la invocación de las causales de remoción previstas en esta ley.

ARTÍCULO 61. — *Denuncia ante el Tribunal de Enjuiciamiento*. Toda denuncia en la que se requiera la apertura de instancia ante el Tribunal de Enjuiciamiento debe ser presentada ante el Defensor General de la Nación, quien puede darle curso conforme el artículo 59 o desestimarla por resolución fundada, con o sin prevención sumaria. De la desestimación, el denunciante puede ocurrir en queja ante el Tribunal de Enjuiciamiento, dentro del plazo de diez (10) días de notificado el rechazo. La queja debe presentarse ante el Defensor General de la Nación quien debe girarla dentro de las cuarenta y ocho (48) horas al Tribunal de Enjuiciamiento para su consideración.

ARTÍCULO 62. — *Procedimiento ante el Tribunal de Enjuiciamiento*. El procedimiento ante el Tribunal se realiza conforme la reglamentación que dicte el Defensor General de la Nación, que debe respetar el debido proceso legal y defensa en juicio, así como los principios consagrados en el Código Procesal Penal de la Nación. Sin perjuicio de ello, la reglamentación debe atenerse a las siguientes normas:

a) El juicio es oral, público, contradictorio y continuo. El denunciante no puede constituirse en parte.

b) La prueba es íntegramente producida en el debate o incorporada a este si fuere documental o instrumental, sin perjuicio de la realización de una breve prevención sumaria en caso de urgencia que ponga en peligro la comprobación de los hechos, en la que se debe salvaguardar el derecho de defensa de las partes.

c) Durante el debate el acusador debe sostener la acción y mantener la denuncia o acusación, sin perjuicio de solicitar la absolución si entendiera que corresponde.

d) El Tribunal tiene un plazo máximo de ciento ochenta (180) días hábiles desde la recepción de las actuaciones para emitir sentencia.

e) La sentencia debe dictarse en un plazo no mayor a quince (15) días que fijará el presidente del Tribunal al cerrar el debate.

f) Según las circunstancias del caso, el tribunal puede suspender al acusado en el ejercicio de sus funciones y, de estimarlo necesario, adoptar otras medidas preventivas que considere pertinentes.

Durante el tiempo que dure la suspensión, el acusado percibirá el setenta por ciento (70%) de sus haberes y se trabará embargo sobre el resto a las resultas del juicio; si fuese absuelto y hubiera sido suspendido, se lo reintegrará inmediatamente a sus funciones y percibirá el total de lo embargado, atendiendo al principio de intangibilidad de las remuneraciones.

g) El Tribunal sesiona con la totalidad de sus miembros. Sus decisiones se toman por mayoría simple pero en el caso de recaer sentencia condenatoria se exigirá el voto de cinco (5) de sus integrantes.

h) La sentencia puede ser absolutoria o condenatoria. Si el pronunciamiento del Tribunal fuese condenatorio, no tiene otro efecto que disponer la remoción del condenado. Si se fundare en hechos que puedan configurar delitos de acción pública o ello surgiere de la prueba o aquella ya hubiere sido iniciada, se dará intervención en la forma que corresponda al tribunal judicial competente.

i) La sentencia puede ser recurrida por el acusador o el condenado ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. El recurso debe interponerse fundadamente por escrito ante el Tribunal de Enjuiciamiento, dentro del plazo de treinta (30) días de notificado el fallo. El Tribunal de Enjuiciamiento debe elevar el recurso con las actuaciones a la Cámara mencionada, dentro de los cinco (5) días de interpuesto.

Título X

Autarquía Financiera y Gestión Económica y Financiera

Capítulo 1

Administración

ARTÍCULO 63. — *Administración*. El Defensor General de la Nación tiene a su cargo el gobierno y la administración general y financiera del Ministerio Público de la Defensa, de acuerdo con lo establecido en la presente ley y en las reglamentaciones que se dicten a tal efecto.

Capítulo 2

Autarquía Financiera

ARTÍCULO 64. — *Autarquía financiera*. A fin de asegurar su autarquía financiera, el Ministerio Público de la Defensa cuenta con un presupuesto de recursos y gastos atendido con cargo al Tesoro nacional, y con recursos propios.

ARTÍCULO 65. — *Plan Progresivo de Asignación de Recursos*. Finalizado el proceso de implementación establecido en la Ley N° 27.150, se convocará a una Comisión Técnica a integrarse por representantes del MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA NACIÓN, del MINISTERIO DE HACIENDA Y FINANZAS PÚBLICAS, de la COMISIÓN DE PRESUPUESTO Y HACIENDA de la HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, de la COMISIÓN BICAMERAL DE MONITOREO E IMPLEMENTACIÓN DEL

NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN que funciona en el ámbito del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN y del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS a los efectos de establecer un Plan Progresivo de Asignación de Recursos para el MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA NACIÓN.

(Artículo sustituido por art. 3° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)

ARTÍCULO 66. — *Recursos propios*. Constituyen recursos propios del Ministerio Público de la Defensa los siguientes:

a) Donaciones.

b) Aranceles, multas cuya aplicación tuviere a cargo y demás ingresos que se establezcan para financiar el Presupuesto de recursos y gastos del Ministerio Público de la Defensa.

c) Transferencias de recursos con o sin asignación específica provenientes de jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional u Organismos internacionales, en el marco de la implementación de políticas de colaboración a cargo de estos vinculadas a la actuación del Ministerio Público de la Defensa.

d) Toda renta que se obtenga por operaciones financieras e inversiones que se efectúen con los remanentes de recursos que no han sido aplicados a gastos.

e) El producto de la venta o locación de bienes muebles o inmuebles afectados al Ministerio Público de la Defensa.

f) Los honorarios regulados por la actuación del Ministerio Público de la Defensa conforme se establece en la presente ley.

Los recursos enumerados estarán exentos de toda contribución o impuestos nacionales.

ARTÍCULO 67. — *Elaboración del Presupuesto*. La Defensoría General de la Nación elaborará anualmente, sobre la base de las pautas técnicas establecidas para las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional y observando los principios de transparencia en la gestión y eficiencia en el uso de los recursos, el presupuesto general de recursos y gastos del Ministerio Público de la Defensa para el año siguiente.

El proyecto de presupuesto del organismo será remitido al Poder Ejecutivo nacional para su incorporación al Proyecto de Presupuesto General de la Administración Nacional que se presenta anualmente ante el Honorable Congreso de la Nación.

El Defensor General de la Nación está facultado a disponer las reestructuraciones y compensaciones que considere necesarias, dentro de la suma total correspondiente al Ministerio Público de la Defensa, en el Presupuesto General de la Administración Nacional, a cuyo fin deberá observar los principios de transparencia en la gestión y eficiencia en el uso de los recursos.

ARTÍCULO 68. — *Ejecución presupuestaria*. En la administración y ejecución financiera del presupuesto asignado se observarán las previsiones de las normas de administración financiera del Estado, con las atribuciones y excepciones conferidas por los artículos 9°, 34 y 117 de la ley 24.156.

El Poder Ejecutivo sólo podrá disponer modificaciones en las erogaciones del Ministerio Público de la Defensa en la medida que sean producto de modificaciones en la estimación de los recursos que la financian.

ARTÍCULO 69. — *Nuevas estructuras y funciones*. Todo aumento de la estructura o cargos del Ministerio Público de la Defensa debe ser acompañado de la correspondiente asignación de recursos con cargo al Tesoro nacional. Del mismo modo deberán ser financiadas las transferencias de nuevas funciones al Ministerio Público de la Defensa.

Capítulo 3

Honorarios del Ministerio Público de la Defensa

ARTÍCULO 70. — *Honorarios*. En todas las causas en que actúan los Defensores Públicos, los jueces regulan los honorarios por su actuación, de acuerdo con los aranceles vigentes para abogados y procuradores.

En las causas penales, el imputado que, a su pedido o por falta de designación de defensor particular, sea asistido por un Defensor Público Oficial, debe solventar la defensa, en caso de condena, si cuenta con los medios suficientes para ello. Con el objeto de verificar el estado patrimonial del imputado para determinar la pertinencia de dicha regulación de honorarios se practicará un informe socio-ambiental que debe contener los elementos de valoración adecuados, o el juez ordenará una información complementaria al efecto. Si el imputado no tuviere medios suficientes para contratar a un abogado al momento de la sentencia, será eximido del pago.

Para el caso que hubiera querellante particular, de resultar vencido en costas, se regularán honorarios por la actuación de un Defensor Público Oficial en defensa del imputado.

En las causas que versen sobre materia no penal, deberán cobrarse honorarios al vencido después de que los defendidos hayan cobrado íntegramente el capital reclamado y sus intereses, o cuando haya una mejora notable de la fortuna de éstos.

En caso de incumplimiento en el pago de los honorarios dentro de los diez (10) días de notificado el fallo, el Tribunal emitirá un certificado que será remitido para su ejecución al organismo encargado de ejecutar la tasa de justicia.

Los honorarios que se devenguen y perciban por la actuación de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa constituyen recursos propios e ingresarán a una cuenta especial del organismo, destinada a la capacitación de sus agentes, al Fondo Especial de Asistencia Social del Asistido y Defendido, y a toda otra actividad dirigida al mejoramiento de las prestaciones del servicio, conforme se reglamente.

Título XI

Capacitación de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa

ARTÍCULO 71. — *Capacitación*. El Ministerio Público de la Defensa promueve la permanente capacitación de sus agentes a través de programas destinados a tal efecto. Cada uno de los agentes tiene derecho a recibir la capacitación establecida por el programa y el deber de cumplir con las actividades generales y específicas que se fijen. Se instará el funcionamiento de una escuela del servicio de justicia.

ARTÍCULO 72. — *Empleados y funcionarios del Ministerio Público de la Defensa*. Dentro del Ministerio Público de la Defensa se implementa un régimen de carrera para la promoción y permanencia de los funcionarios y empleados, que se basa en la capacitación y la evaluación con estándares objetivos de la función, a través de la reglamentación que se dicte a tal efecto.

Título XII

Transformación de cargos de magistrados del Ministerio Público de la Defensa

ARTÍCULO 73. — *Transformación de cargos de Defensores Públicos*. Los actuales cargos del Ministerio Público de la Defensa modifican su denominación de acuerdo a la siguiente manera:

a) El Defensor General de la Nación, mantiene su denominación, conforme a lo previsto en el punto 1 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

b) Los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se denominan conforme a lo previsto en el punto 2 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

c) Los Defensores Públicos Oficiales ante las Cámaras de Casación Penal, los Defensores Públicos Oficiales Adjuntos ante la Cámara de Casación Penal, los Defensores Públicos Oficiales ante la Cámara Federal de Casación

en lo Contencioso Administrativo Federal, los Defensores Públicos Oficiales ante la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial y los Defensores Públicos Oficiales ante la Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social, se denominan Defensores Públicos Oficiales ante la Cámara de Casación, conforme el punto 3 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

d) Los Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal, los Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial y los Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante la Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social, se denominan Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante la Cámara de Casación, conforme el punto 3 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

e) Los Defensores Públicos Oficiales de la Defensoría General de la Nación mantienen su denominación, conforme a lo previsto en el punto 5 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

f) Los Defensores Públicos Oficiales ante los Tribunales Orales en lo Criminal, los Defensores Públicos Oficiales Adjuntos ante los Tribunales Orales en lo Criminal, los Defensores Públicos Oficiales ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal y los Defensores Públicos Oficiales ante los Jueces y Cámaras de Apelaciones, en los casos que ejerzan funciones en materia penal en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se denominan Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en lo Penal Nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme el punto 5 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

g) Los Defensores Públicos Oficiales ante la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, los Defensores Públicos Oficiales ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal, los Defensores Públicos Oficiales ante los Jueces y Cámaras de Apelaciones, en los casos que ejerzan funciones en materia penal federal en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se denominan Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en lo Penal Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme el punto 5 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

h) Los Defensores Públicos Oficiales ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital Federal, los Defensores Públicos Oficiales ante los Tribunales Orales en lo Penal Económico, los Defensores Públicos Oficiales ante los Jueces y Cámaras de Apelaciones, en los casos que ejerzan funciones en materia penal económico en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se denominan Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en lo Penal Económico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme el punto 5 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

i) Los Defensores Públicos Oficiales ante los Tribunales Orales en lo Criminal de Menores y los Defensores Públicos Oficiales ante los Jueces y Cámaras de Apelaciones, en los casos que ejerzan funciones en materia penal de menores en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se denominan Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en lo Penal de Menores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme el punto 5 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

j) Los Defensores Públicos Oficiales ante los Jueces y Cámaras de Apelaciones, en los casos que ejerzan funciones en la etapa de ejecución de la pena en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se denominan Defensores Públicos Oficiales de Instancia Única en la Ejecución de la Pena de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme el punto 5 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

k) Los Defensores Públicos Oficiales ante la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo, mantienen su denominación, conforme a lo previsto en el punto 5 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

l) Los Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante los Tribunales Orales en lo Criminal, se denominan Defensores Públicos de Menores e Incapaces de Instancia Única en lo Penal Nacional y Federal, conforme el punto 6 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

m) Los Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante los Tribunales de Segunda Instancia, mantienen su denominación, conforme a lo previsto en el punto 6 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

n) Los Defensores Públicos Oficiales ante los Tribunales Federales de la Capital Federal, se denominan Defensores

Públicos Oficiales ante los Tribunales Federales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme el punto 7 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

o) Los Defensores Públicos Oficiales ante las Cámaras Federales del interior del país, los Defensores Públicos Oficiales ante los Tribunales Orales Federales del interior del país, los Defensores Públicos Oficiales de Primera y Segunda Instancia del interior del país y los Defensores Públicos Oficiales ante los Jueces y Cámaras de Apelaciones, en los casos que ejerzan funciones en el interior del país, se denominan Defensores Públicos Oficiales Federales del interior del país, conforme el punto 7 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

p) Los Defensores Públicos Oficiales Adjuntos de la Defensoría General de la Nación, mantienen su denominación, conforme a lo previsto en el punto 8 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

q) Los Defensores Públicos de Menores e Incapaces de Primera Instancia, mantienen su denominación, conforme a lo previsto en el punto 8 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

r) Los Defensores Públicos Oficiales ante los Jueces y Cámara de Apelaciones, en los casos que ejerzan funciones en materia no penal en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mantienen su denominación conforme a lo previsto en el punto 8 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

s) Los Defensores Públicos Oficiales en las Relaciones de Consumo mantienen su denominación, conforme a lo previsto en el punto 8 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

t) Los Defensores Públicos Oficiales ante los Juzgados Federales de Ejecuciones Fiscales Tributarias mantienen su denominación, conforme a lo previsto en el punto 8 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

u) Los Tutores y Curadores Públicos, se denominarán Defensores Públicos Tutores y Defensores Públicos Curadores conforme a lo previsto en el punto 9 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

v) Los Defensores Auxiliares de la Defensoría General de la Nación, mantienen su denominación, conforme a lo previsto en el punto 10 del inciso a) del artículo 15 de esta ley.

Los cargos de magistrados que resulten de las transformaciones previstas en el presente artículo gozan de los derechos adquiridos en razón de la estabilidad prevista en el artículo 120 de la Constitución Nacional.

Toda creación de nuevos juzgados debe ir acompañada de la pertinente creación de igual cantidad de defensorías públicas.

ARTÍCULO 74. — Magistrados Tutores y Curadores Públicos. Transformación. Los actuales Tutores y Curadores Públicos del Ministerio Público de la Defensa se transforman en magistrados conforme lo dispuesto en el artículo 15 de la presente ley.

Título XIII

Disposiciones transitorias y complementarias

ARTÍCULO 75. — *(Artículo derogado por art. 6° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)*

ARTÍCULO 76. — *(Artículo derogado por art. 6° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)*

ARTÍCULO 77. — *(Artículo derogado por art. 6° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)*

ARTÍCULO 78. — *(Artículo derogado por art. 6° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)*

ARTÍCULO 79. — *(Artículo derogado por art. 6° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)*

ARTÍCULO 80. — *(Artículo derogado por art. 6° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)*

ARTÍCULO 81. — *(Artículo derogado por art. 6° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)*

ARTÍCULO 82. — *Obra Social*. Todos los integrantes del Ministerio Público de la Defensa conservan su afiliación a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, con idéntica cobertura y la misma porcentualidad en las cuotas.

ARTÍCULO 83. — *(Artículo derogado por art. 6° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)*

ARTÍCULO 84. — *Derogación*. Deróguese la ley 24.946 y sus modificatorias en lo pertinente al Ministerio Público de la Defensa y a las disposiciones referentes a sus integrantes, salvo lo expresamente dispuesto en el segundo párrafo del artículo 75 de la presente.

Deróguese asimismo toda otra disposición contraria a esta ley.

ARTÍCULO 85. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS DIEZ DÍAS DEL MES DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL QUINCE.

— REGISTRADO BAJO EN Nº 27149 —

AMADO BOUDOU. — JULIÁN A. DOMÍNGUEZ. — Juan H. Estrada. — Lucas Chedrese.

ANEXO I

(Anexo derogado por art. 6° del Decreto N° 257/2015 B.O. 29/12/2015)

Anexo 37

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN

Decreto 257/2015

Ley N° 27.148, N° 27.149, N° 27.150, N° 27.198 y N° 27.063. Modificaciones.

Bs. As., 24/12/2015

VISTO la Ley N° 27.063, la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación N° 27.148, la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación N° 27.149, la Ley de Implementación del Código Procesal Penal de la Nación N° 27.150, la Ley N° 27.198, y

CONSIDERANDO:

Que la Ley N° 27.063, por el artículo 1°, aprobó el CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN y, por su artículo 3°, estableció que dicho cuerpo legal entraría en vigencia en la oportunidad que estableciera una Ley de Implementación.

Que el 10 de junio del corriente año el HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN sancionó un conjunto de leyes destinadas a implementar la reforma procesal penal instaurada en la Ley N° 27.063.

Que la Ley de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal N° 27.146 estableció, en su artículo 51, que: "Las disposiciones de la presente ley se aplicarán de acuerdo al régimen progresivo que establezca la Ley de Implementación del Código Procesal Penal de la Nación".

Que la Ley N° 27.148 rediseñó la estructura y funcionamiento del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA NACIÓN a fin de adaptarlo a las necesidades del sistema procesal acusatorio y que, con similar objeto, se dictó la Ley N° 27.149 en lo que respecta al MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA NACIÓN.

Que, por último, la Ley N° 27.150 estableció los mecanismos para implementar el CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN, y por el artículo 2° dispuso la entrada en vigencia de ese Código a partir del 1° de marzo de 2016 en el ámbito de la Justicia Nacional.

Que en virtud de la magnitud de la tarea aún pendiente, la cual ha sido advertida por la COMISIÓN BICAMERAL DE MONITOREO E IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN, creada en el ámbito del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN por el artículo 7° de la Ley N° 27.063, y por la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación, no se encuentran reunidas las condiciones básicas para asegurar la implementación proyectada en el plazo oportunamente establecido.

Que, en consecuencia, tal implementación en las actuales condiciones pondría en grave riesgo la correcta administración de justicia.

Que las reformas operadas por las Leyes Nros. 27.148, 27.149, y 27.150, encuentran su razón de ser y operatividad funcional en la efectiva puesta en marcha del CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN sancionado por la Ley N° 27.063.

Que, dada la imposibilidad de que ello ocurra antes del 1° de marzo de 2016, resulta razonable dejar sin efecto aquellos aspectos de las Leyes Nros. 27.063, 27.148, 27.149 y 27.150 vinculados con la implementación del CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN. Todo ello con la finalidad de evitar la aplicación asistemática y carente de integralidad de un diseño institucional cuya puesta en funcionamiento no se encuentra acabadamente planificada.

Que, en atención al diferimiento de la entrada en vigencia del CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACION

aprobado por la Ley N° 27.063, corresponde también sustituir los artículos 39 de la Ley N° 27.148 y 65 de la Ley N° 27.149, toda vez que aluden a una pauta presupuestaria vinculada directamente a la efectiva puesta en funcionamiento de las nuevas estructuras y organismos previstos por las respectivas leyes orgánicas del Ministerio Público.

Que, en consecuencia, se prevé el establecimiento de un mecanismo progresivo de asignación de recursos para atender las erogaciones que demande la efectiva implementación del CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACION.

Que, en vista de las razones aquí expuestas, y en atención al período de receso legislativo que se extiende hasta el 1° de marzo de 2016, se verifican las circunstancias de carácter excepcional a las que hace referencia el inciso 3 del artículo 99 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, que hacen imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes.

Que el presente no implica modificación alguna de normas de carácter penal, sino que proyecta sus efectos sobre la organización, el funcionamiento y aspectos presupuestarios del Ministerio Público.

Que la Ley N° 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN respecto de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el PODER EJECUTIVO NACIONAL, en virtud de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3, de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Que la citada ley determina que la COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE tiene competencia para pronunciarse respecto a la validez o invalidez de los Decretos de Necesidad y Urgencia, así como elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, en el plazo de DIEZ (10) días hábiles.

Que el artículo 22 de la Ley N° 26.122 dispone que las Cámaras se pronuncien mediante sendas resoluciones y que el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Carta Magna.

Que el servicio jurídico permanente del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS ha tomado la intervención de su competencia.

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 99, inciso 3 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL y de acuerdo con los artículos 2°, 19 y 20 de la Ley N° 26.122.

Por ello,

EL PRESIDENTE DE LA NACIÓN ARGENTINA EN ACUERDO GENERAL DE MINISTROS

DECRETA:

Artículo 1° — Sustitúyese el artículo 2° de la Ley N° 27.150 por el siguiente:

“ARTÍCULO 2°.- Entrada en vigencia. El Código Procesal Penal de la Nación aprobado por la Ley N° 27.063 entrará en vigencia de conformidad con el cronograma de implementación progresiva que establezca la COMISIÓN BICAMERAL DE MONITOREO E IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN que funciona en el ámbito del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN, previa consulta con el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y el CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA NACIÓN.

Art. 2° — Sustitúyese el artículo 39 de la Ley N° 27.148 por el siguiente:

“ARTÍCULO 39.- Plan Progresivo de Asignación de Recursos. Finalizado el proceso de implementación establecido en la Ley N° 27.150, se convocará a una Comisión Técnica a integrarse por representantes del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA NACIÓN, del MINISTERIO DE HACIENDA Y FINANZAS PÚBLICAS, de la COMISIÓN DE PRESUPUESTO Y HACIENDA de la HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA

NACIÓN, de la COMISIÓN BICAMERAL DE MONITOREO E IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN que funciona en el ámbito del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN y del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS a los efectos de establecer un Plan Progresivo de Asignación de Recursos para el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA NACIÓN."

Art. 3° — Sustitúyese el artículo 65 de la Ley N° 27.149 por el siguiente:

"ARTÍCULO 65.- Plan Progresivo de Asignación de Recursos. Finalizado el proceso de implementación establecido en la Ley N° 27.150, se convocará a una Comisión Técnica a integrarse por representantes del MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA NACIÓN, del MINISTERIO DE HACIENDA Y FINANZAS PÚBLICAS, de la COMISIÓN DE PRESUPUESTO Y HACIENDA de la HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, de la COMISIÓN BICAMERAL DE MONITOREO E IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN que funciona en el ámbito del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN y del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS a los efectos de establecer un Plan Progresivo de Asignación de Recursos para el MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA NACIÓN."

Art. 4° — Deróganse los artículos 2° —texto según el artículo 43 de la Ley N° 27.150— y 3° al 37 del Anexo II de la Ley N° 27.063.

Art. 5° — Derógase el Título VI (artículos 81 al 88) de la Ley N° 27.148.

Art. 6° — Deróganse los artículos 75 al 81 y 83, y el Anexo I de la Ley N° 27.149.

Art. 7° — Sustituyese el segundo párrafo del artículo 67 de la Ley N° 27.198 por el siguiente:

"Asimismo facultase al jefe de Gabinete de Ministros para que en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 37 de la ley 24.156, efectúe las reestructuraciones presupuestarias que resulten necesarias.".

Art. 8° — Dese cuenta a la COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN.

Art. 9° — Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro oficial y archívese. — MACRI. — Marcos Peña. — Julio C. Martínez. — José G. Santos. — Germán C. Garavano. — Patricia Bullrich. — Alberto J. Triaca. — Carolina Stanley. — José L. Barañao. — Alejandro P. Avelluto. — Rogelio Frigerio. — Alfonso de Prat Gay. — Francisco A. Cabrera. — Ricardo Buryaile. — Javier Dietrich. — Esteban J. Bullrich. — Sergio A. Bergman. — Andrés H. Ibarra. — Juan José Aranguren. — Oscar R. Aguad. — Jorge D. Lemus.

Anexo 38

DICTAMEN

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de diciembre de 2017.

Sumario: I. Objeto. II. Antecedentes. III. Naturaleza del órgano. IV. Atribuciones y garantías constitutivas del órgano. V. Duración del mandato del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación. VI. Sistemas de designación y remoción del Procurador General de la Nación, del Defensor General de la Nación y de los demás miembros del Ministerio Público. VII. Relaciones con el Poder Judicial y con el Poder Legislativo. VIII. Conclusiones.

I. **Objeto**.

La Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional solicita un dictamen sobre la interpretación y alcance constitucional del Ministerio Público receptado por el art. 120 de la Constitución argentina en lo referente a los siguientes tópicos: naturaleza del órgano, atribuciones y garantías constitutivas del órgano, duración del mandato del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación, sistemas de designación y remoción del Procurador General de la Nación, del Defensor General de la Nación y de los demás miembros del Ministerio Público, relaciones con el Poder Judicial y con el Poder Legislativo.

II. **Antecedentes**.

La Constitución argentina de 1819 estableció en el art. XCII que una Alta Corte de Justicia, compuesta de siete jueces y dos fiscales, ejercerá el

Supremo Poder Judicial del Estado. La Constitución argentina de 1826 estableció en el art. 111 que una Corte de Justicia compuesta de nueve jueces y dos fiscales ejercerá el supremo Poder Judicial. La Constitución de 1853 en el art. 91 estableció que el Poder Judicial de la Confederación, será ejercido por una Corte suprema de justicia, compuesta de nueve jueces y dos fiscales, que residirá en la Capital, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Confederación.

La consolidación o cierre del poder constituyente originario producido en 1860 modificó el art. 91 de la Constitución 1853 y estableció en el art. 94 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 nacional.

La ley 27 que tuvo por objeto organizar la justicia nacional estableció en el art.6 que esta se ejercerá por medio de una Corte Suprema de Justicia compuesta de cinco Ministros y un Procurador General.

La ley 1893 que tuvo por objeto regular la organización de los tribunales de la Capital Federal estableció en los arts. 116 a 144 las funciones y atribuciones del Ministerio Público.

El decreto 1285/58 que tuvo por objeto reorganizar la justicia nacional en el art. 21 determinó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por cinco jueces y actuarán ante ella el Procurador General de la Nación y los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la

Nación y el Defensor General de la Nación y los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia. También estableció que el Procurador General de la Nación era designado por la Cámara de Senadores a propuesta del Poder Ejecutivo al igual que acontecía con los jueces.

En el año 1989 cambió el criterio de nombramiento y el Procurador General de la Nación pasó a ser designado por el Poder Ejecutivo Nacional, y a partir de dicho momento, las designaciones fueron realizadas por decreto.

La ley 24.309 mediante la cual se declaró la necesidad de reforma parcial de la Constitución argentina incluyó como tema habilitado incorporar en la segunda parte mediante un nuevo capítulo un artículo que incorporara al Ministerio Público como órgano extrapoder (art. 3 punto G).

La Convención Constituyente de 1994 incorporó el art. 120 el cual respecto del Ministerio Público establece:

> El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

De los antecedentes expuestos surge que a lo largo de la historia argentina, el instituto del Ministerio Público adquirió distintas naturalezas. En una primera etapa, que se puede denominar *constitucional-expresa* formó

parte del Poder Judicial. En una segunda etapa, que es posible definir como *constitucional-implícita y legal expresa* también formó parte del Poder Judicial. En una tercera etapa, que es pertinente definir como *factual*, formó parte del Poder Ejecutivo. En una última y actual etapa, que se puede determinar cómo *constitucional-reformadora* fue instituido como un órgano extrapoder.

III. **Naturaleza del órgano**.

El procedimiento de reforma constitucional previsto por el art. 30 de la Constitución argentina establece dos etapas. La primera donde el Congreso declara la necesidad de proceder a la reforma, la impulsa y fija un temario que establece inexorablemente los puntos y las materias donde debe realizarse la reforma. La segunda donde la Convención Constituyente como órgano especial realiza la reforma no estando obligada a introducir las reformas propuestas por el Congreso pero sin poder efectuarlas fuera de ellos; en otras palabras, la Convención Constituyente podrá tiene la potestad de realizar o no concretar las modificaciones propuestas en el etapa preconstituyente pero si lo hace no puede apartarse del mandato previamente establecido bajo pena de incurrir en una situación de invalidez o inconstitucionalidad formal.

La Convención reformadora de 1994 podía incorporar o no incorporar al Ministerio Público en el texto constitucional, pero si procedía a concretar su incorporación, estaba obligada a hacerlo estableciendo que era un órgano extrapoder.

En el debate suscitado en el plenario de la Convención Constituyente se cumplió plenamente con el mandato impuesto.

El Convencional *Manastta* sostuvo:

El artículo 3º de la ley declarativa de la necesidad de la reforma habilita en el punto g) el tratamiento por parte de esta Convención de una institución de antiguo relieve como es la del Ministerio Público. La regulación propuesta parte de la premisa contenida en dicha ley, según la cual debe incorporarse con carácter de órgano extrapoder, previendo un artículo en un nuevo capítulo de la segunda parte de la Constitución Nacional. Así se da cauce a la constitucionalización de un órgano con carácter de independiente de los poderes Ejecutivo y Judicial... Tal vez, no es una terminología apta para ser incluida *expresi verbis* en el lenguaje de la Constitución, pero su significación semántica es fácilmente alcanzable. Se quiere expresar que no tiene que estar sometido al Poder Ejecutivo pero tampoco al Poder Judicial, ya que tiene que actuar con independencia de los dos... Sin duda, la materia opinable ha vinculado en los últimos tiempos al Ministerio Público con la administración de justicia... [1] Pero nosotros hemos entendido que mejor se sirve a esa administración de justicia fuera de ella.[2]

El Convencional *Alegre* enunció:

El dictamen de mayoría, que vamos a votar afirmativamente, constituye un adelanto sustancial a la situación actual del Ministerio Público tal cual está instrumentado, y resuelve definitivamente su pertenencia, porque lo considera expresamente como un órgano independiente y extrapoder, conforme al inciso G del artículo 3º de la ley 24.309. De ninguna manera podemos interpretar que esta independencia funcional de la que se

[1] Diario de Sesiones, Convención Nacional Constituyente, 34º Reunión, 3º Sesión Ordinaria (Continuación), 19 de agosto de 1994, p. 4662.

[2] Ibídem, p. 4663.

trata puede dar pertenencia a algunos de los órganos del Estado en esta trilogía sobre la que se estructura nuestro sistema.[3]

El Convencional *De la Rúa* expresó:

Nuestro país no ha tenido esa independencia del Ministerio Público desde 1860 hasta la fecha, al menos en el plano de las normas constitucionales, sin perjuicio de ciertas etapas —que han sido bien recordadas por el señor convencional Ibarra— en las que los propios poderes se han autolimitado para respetar una autonomía funcional. Pero desde 1860 no hay normas en la Constitución que aludan al Ministerio Público como un órgano de poder independiente. Justamente ese principio es consagrado por el dictamen en consideración al señalar que el Ministerio Público es un órgano independiente que goza de autonomía funcional y de autarquía financiera. Este principio implica otorgar jerarquía constitucional a un sistema que se coloca como órgano extrapoder[4].

Lo expuesto se refirma puesto que existió un dictamen de minoría que sostenía que el Ministerio Público debía estar ubicado en la esfera del Poder Judicial. En este sentido, el Convencional *Pose s*ostuvo:

Un órgano extrapoder siempre va a encontrarse frente a los otros tres poderes, especialmente respecto al Poder Ejecutivo, en inferioridad de condiciones. Finalmente, y esto es esencial, por la propia naturaleza de la institución, el lugar correcto para instalarla es el Poder Judicial. Ello es así porque la función judicial del Estado considerada sustancialmente, no es ejercida tan sólo por el juzgador, aunque éste tenga el máximo poder decisorio que en el área procesal caracteriza a la jurisdicción, sino también por el Ministerio Público en cuanto coadyuva a la obra de administrar justicia.[5]

[3] Ib., p. 4672.

[4] Ib., p. 4676.

[5] Ib., p. 4670.

El Ministerio Público se ubica dentro segunda parte de la Constitución argentina destinada a las autoridades de la Nación en una sección propia -la cuarta- y distinta de las secciones destinadas a regular a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Como elemento comparativo es necesario remarcar que existe una diferencia sustancial entre la ubicación constitucional del Ministerio Publico en el organigrama constitucional y otros órganos que también fueron incorporados por la reforma constitucional de 1994 tales como el Defensor del Pueblo y la Auditoria General de la Nación, los cuales se ubican en la sección respectiva del Poder Legislativo y lo asisten técnicamente como sucede con la Auditoría General o bien está instituido en su ámbito como acontece con el Defensor del Pueblo.

Tal como afirma Nicolás Becerra un Ministerio Público excesivamente recostado sobre el Poder Judicial hubiera fortificado la falta de personalidad institucional e identidad republicana de los fiscales, dependiente políticamente del Poder Legislativo lo hubiera insertado en forma perniciosa en la vorágine de la lucha política provocando un desgaste institucional irrazonable, inserto en el Poder Ejecutivo hubiera aumentado las sospechas de que el ejercicio del poder político se beneficiaba con un manto de impunidad cuando quién debía ser juzgado por sus conductas ilícitas formara parte del Gobierno de turno.[6]

Así como el Poder Legislativo sanciona leyes, el Poder Judicial dicta

[6] Becerra, Nicolás E., El ministerio público fiscal. Génesis, ubicación institucional y la reforma pendiente, Ciudad Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires-Madrid, 2004, p. 70.

sentencias y el Poder Ejecutivo administra, el Ministerio Público defiende la legalidad y los intereses generales de la sociedad a través de su actuación ante el Poder Judicial y en coordinación con el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.

En el debate desarrollado en la Cámara de Senadores en oportunidad de la sanción de la primera ley orgánica del Ministerio Público -ley 24.946- en el año 1996, los Senadores Yoma, Fernández Meijide y Berhongaray -que a la vez fueron Convencionales Constituyentes- reafirmaron la naturaleza del Ministerio Público como órgano extrapoder. Especialmente, el Senador Berhongaray sostuvo que si se aceptase que el Ministerio Público forma parte de alguno de los demás poderes no hubiera sido necesario que se incorporase al texto constitucional puesto que hubiera bastado regularlo por ley, justamente fue la decisión de concebirlo como un órgano extrapoder la cual que obligó a preverlo expresamente en la Constitución argentina.[7]

IV. **Atribuciones y garantías constitutivas del órgano**.

El art. 120 de la Constitución argentina establece como *atribución funcional* la promoción de la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, como *garantía institucional* la independencia, la autonomía funcional y la autarquía financiera, como *obligacional en su carácter de órgano extrapoder* la coordinación con las demás autoridades de la Nación, como *organización*

[7] Diario de Sesiones, Cámara de Senadores de la Nación, 64º Reunión, 28º Sesión Ordinaria, 30 de octubre de 1996.

estructural un esquema bicéfalo encabezado por un Procurador General a cargo del Ministerio Público Fiscal y un Defensor General a cargo de la Ministerio Público de la Defensa y como *garantía funcional* la inmunidad en el ejercicio de sus prerrogativas y la intangibilidad de las remuneraciones.

La independencia, la autonomía funcional y la autarquía financiera del Ministerio Público configuran una garantía institucional que trasciende las decisiones que pudiera adoptar una mayoría circunstancial. Son plenamente operativas, aplicables a toda circunstancia, se vinculan con la ética de la verdad más allá de todo rigorismo formal o error material y el legítimo ejercicio legislativo por parte del Congreso no impide su plena aplicación y eficacia. Un texto constitucional (o bien el conjunto normativo que opera como regla de reconocimiento constitucional y convencional) contiene tres clases de normas: a) aquellas que regulan derechos fundamentales, b) aquellas que se ocupan de la organización del Poder, c) las garantías institucionales. Estas últimas puede estar orientadas a tutelar situaciones que guarden relación con los derechos fundamentales o con la organización del Poder. Las garantías institucionales se enrolan en el modelo que define a los derechos fundamentales como instituciones jurídicas. El concepto de "institución" fue utilizado de manera polisémica en el mundo jurídico. Pero la definición más conocida pertenece a Maurice Hauriou, quien consideraba a una institución como una organización social creada por un poder duradero, debido a que contiene una idea fundamental aceptada por la mayoría de los miembros de esa sociedad. Mediante la regulación constitucional, puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones, con la finalidad de hacer imposible que por vía legislativa ordinaria sean suprimidas. La garantía institucional es,

por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta una institución jurídicamente reconocida, que como tal, es siempre una cosa circunscripta y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aun cuando las tareas no estén especializadas en particular y sea admisible una cierta "universalidad del círculo de actuación". Para que la creación constitucional de la garantía institucional tenga sentido, se debe reconocer un contenido específico con la función de preservar su protección con un importante grado de intensidad. El primer paso consiste en dilucidar si se produce la asignación de ciertas funciones a determinados sujetos o instituciones, con lo cual estas últimas tendrán un papel estructural en el sistema diseñado por la Constitución. En este sentido, la doctrina alemana definió a las garantías institucionales como factores determinados material y jurídicamente por la Constitución y dotados de una función: la ordenación del Estado.[8] Las garantías institucionales son posiciones de derecho fundamental que tienen como objeto una específica abstención: *prescriben a los poderes del Estado el deber de abstenerse de abolir o desnaturalizar una determinada institución*.[9]

En el debate suscitado en el plenario de la Convención Constituyente se desarrollaron expresamente los contenidos de las garantías institucionales titularizadas por el Ministerio Público.

---

[8] Definición elaborada por Edzard Schmidt-Jortzig, citado por Gavara de Cara, Juan Carlos, Derechos fundamentales y desarrollo legislativo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994, p. 96.

[9] Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 81.

El Convencional *Manastta* sostuvo:

Ahora bien, ¿qué ha hecho la comisión encargada de considerar este instituto? En primer lugar, ha tratado de articularlo de conformidad con la más avanzada línea de la doctrina contemporánea y con la experiencia recogida entre nosotros, en cuanto a este instituto, con el propósito de servir mejor hacia un más adecuado servicio de justicia. Así se establece bien claramente que es un órgano independiente; es decir, la independencia es el primero de los dotes que se ha querido asignar a este instituto. ¿Por qué? Porque sólo está asegurada la defensa del justiciable si el órgano acusador está desvinculado de los poderes Ejecutivo y Judicial. Además, esta posibilidad de asegurar la defensa del justiciable con el más adecuado servicio de justicia tiene que obedecer a otro principio rector, cual es que el funcionario debe tener las garantías necesarias que aseguren su imparcialidad. Entre ellas, se enumeran en forma taxativa la inmunidad funcional y la intangibilidad de las remuneraciones. El segundo aspecto es el de asegurar la autonomía funcional. Con este objeto el proyecto en consideración contiene dos puntos: debe tener autarquía financiera e independencia funcional. Este último aspecto es lo que establece la garantía que se quiere fijar para este instituto.[10]

La autonomía funcional traza una frontera que impide cualquier injerencia de los otros poderes, lo cual implica independizar al Ministerio Público de toda subordinación a cualquier otro poder u órgano del Estado (esto implica por ejemplo que jamás el Poder Ejecutivo puede impartir instrucciones o mandato de ninguna índole o que el Poder Legislativo pueda injerir o revisar en las políticas y reglamentaciones del Ministerio Público las cuales deben ser adoptadas exclusivamente por el propio órgano). La autarquía financiera supone que el Ministerio Público debe contar con los recursos necesarios para desarrollar plenamente la autonomía funcional

[10] Op. cit.1, p. 4663.

asignados por la ley de presupuesto en forma separada y que tiene su entera disposición la administración de los recursos el Tesoro Nacional, como así también, los recursos propios.[11]

El tríptico independencia- autonomía funcional-autarquía financiera se enlaza con las garantías funcionales establecidas por la Constitución. En primer lugar, los miembros del Ministerio Público tienen las mismas inmunidades que detenta el Defensor del Pueblo que conforme lo establece el artículo 86 de la Constitución argentina son las mismas que ostentan los legisladores conforme lo establecen los artículos 68, 69 y 70 de la Constitución argentina. En segundo lugar, la intangibilidad de las remuneraciones remite al contenido establecido por el art. 110 de la Constitución argentina.[12] En la Convención Constituyente de 1994, el Convencional Masnatta expresó:

> ¿Cuáles son las garantías? Se ha señalado que debe tener inmunidad funcional a imagen y semejanza de la que se le ha otorgado al Defensor del Pueblo. Además, debe asegurársele, como ocurre con los jueces, la intangibilidad de las remuneraciones.[13]

Las garantías funcionales y las garantías funcionales convergen de manera estática y dinámica con el objeto de poder hacer efectivo el mandato de promover a través de su estructura bicéfala la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la Nación. El primer

---

[11] Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Tomo II-B, Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2005, p. 441.

[12] Ibídem, p. 445.

[13] Op. cit. 1, p. 4663.

objetivo implica que no representa al Gobierno ni al Estado y que debe defender los intereses de la sociedad cuando estos son agredidos por el Estado o por los particulares. La segunda función se vincula con hacer efectiva la fuerza normativa de la regla de reconocimiento constitucional y convencional argentina en todos los procesos que deba actuar. La articulación de los artículos 43 y 120 de la Constitución argentina permiten inferir que el Ministerio Público tiene acción para deducir todo lo relativo a la persecución penal, como así también, la defensa del ambiente, la tutela de los consumidores y usuarios y la protección de los derechos de incidencia colectiva general en donde se pone en juego los intereses generales de la sociedad.[14] En el ámbito de la Convención Constituyente de 1994, el Convencional *Masnatta* sostuvo:

> En primer lugar, como lo dice el dictamen en consideración, se debe promover la actuación de la Justicia. Es decir, se trata de un órgano destinado a asegurar la permanencia del servicio de justicia. Además, debe defender la legalidad y, lo que es muy importante, los intereses generales de la sociedad. A este respecto, aunque el dictamen en consideración lo ha omitido, quiero hacer referencia al importante debate que tuvo lugar en la Comisión, donde existió consenso sobre cuáles serían los extremos de esta función. Así por ejemplo, se ha indicado que debería tutelar la ética pública y atacar las manifestaciones delictivas que ponen en entredicho la credibilidad del sistema democrático —la Constitución colombiana lo hace con claridad—, como por ejemplo todas las actividades que como el lavado de dinero, el tráfico de drogas, la simulación fiscal y los procesos de licitación cuestionables, producen en el cuerpo social un descrédito o demérito con

[14] Junyent Bas, Francisco, "El rol institucional del Ministerio Público Fiscal", La Ley 10 de noviembre de 2017.

respecto al valor de la justicia y a la eficacia de su funcionamiento.[15]

En tanto el Convencional *Alegre* enunció:

Los argentinos vivimos todos los días hechos que dañan la ética y la moral, es decir, los valores que constituyen a nuestra nacionalidad. Este órgano debe actuar con la fuerza necesaria para restablecer estos valores que se van destiñendo día a día en nuestro país.[16]

La obligación constitucional de coordinación con los demás poderes de la Nación implica que el Ministerio Público debe concertar medios, esfuerzos con los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) a efectos de poder alcanzar un accionar común en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad teniendo en permanente consideración que sus miembros no son mandatarios de mayorías ni minorías electorales, sino representantes de la sociedad en su conjunto, ajeno a los cambios y humores circunstanciales de los partidos que disputan el gobierno del Estado.[17] En el ámbito de la Convención Constituyente de 1994, el Convencional *Masnatta* sostuvo:

A este respecto se agrega que las funciones que desempeñen tendrán que ser efectuadas en coordinación con las demás autoridades de la República. Esto tiene, además, un indiscutible sabor de sistema para garantizar más aún el ejercicio independiente. ¿Por qué? Porque por ejemplo, en lo que se refiere al Poder Ejecutivo, se tiene en cuenta la defensa de las leyes y decretos cuando se cuestione la constitucionalidad. En lo relativo al

[15] Op. cit. 1, p. 4663.

[16] Op. cit. 1, p. 4671.

[17] Ortiz Pellegrini, Miguel A., "El Ministerio Público Fiscal en la Constitución Nacional", La Ley, Doctrina Judicial, 1997-2-1067.

Poder Judicial es obvio y no requiere mayor explicación cuál es el vínculo que deberá tener. Lo mismo ocurre con el Poder Legislativo, como lo ha señalado en su proyecto el señor convencional Cavagna Martínez.[18]

En la Convención Constituyente se produjo un interesante debate respecto de las omisiones en las que incurría el texto que se estaba sancionado respecto a otros aspectos relevantes de las garantías institucionales del Ministerio Público. En este punto, el Convencional *Achem* fue elocuente al afirmar lo siguiente:

Aquí se ha obviado algunas cosas que quisiera me digan si las consideran incluidas. Quizás, por mi ignorancia jurídica, no las entiendo. ¿Quién va a nombrar a los integrantes del Ministerio Público? ¿Quién los remueve y cómo? ¿Cuánto duran? ¿Cuándo comienza su existencia? Eso no figura en el dictamen de mayoría. Si los nombra el Poder Ejecutivo, prácticamente todo esto es un anexo de dicho poder del Estado. Además, ya sabemos cómo va a funcionar en su papel de órgano de control, máxime si tampoco sabemos cómo podrán ser removidos. Si no sabemos cuándo comienza su existencia puede llegar a ocurrir que el Congreso de la Nación haga dormir en un cajón su nombramiento y nunca sea sancionada la norma.[19]

También el Convencional *Alegre* manifestó su preocupación al respecto cuando expresó:

Personalmente, hubiese deseado que este Ministerio Público establezca en forma concreta la designación del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación. Según los criterios utilizados permanentemente para establecer los otros órganos de control, hubiese preferido que se estipule la forma de designación, y que la ley posterior

[18] OP. cit. 1, p. 4643.

[19] Op. cit. 1, p. 4668.

a la que se remita sea aprobada con una mayoría especial, es decir, con la mitad más uno de los miembros de ambas Cámaras o con los dos tercios, como se ha previsto en el caso del Defensor del Pueblo y de otros órganos de control que prevé la nueva Constitución. De todas maneras, esta es una aspiración de orden personal. Voy a apoyar este dictamen de mayoría porque constituye un visible avance para el sistema que está estructurado en la actualidad, y espero que la ley orgánica que cite el Congreso en el futuro tenga la inmediatez necesaria para que la sociedad en su conjunto pueda ver defendidos sus valores permanentes[20]

La respuesta antes dichas inquietudes provino del Convencional *De la Rúa* cuando sostuvo:

Se ha completado el despacho con el reconocimiento de inmunidades en favor de los miembros del Ministerio Público y de la intangibilidad de sus remuneraciones para asegurar también en mayor grado su independencia. El resto de las cuestiones serán reguladas por una ley del Congreso que naturalmente deberá receptar los principios modernos que informan la actividad del Ministerio Público, como la legalidad, la imparcialidad, la unidad de actuación, la estructura jerárquica, el deslinde entre instrucciones generales y especiales, etcétera...La necesidad de consenso nos llevó entonces a priorizar el acuerdo para salvar esta institución al menos en sus líneas fundamentales. Con esta Constitución vamos a tener un Ministerio Público como órgano independiente. Ni siquiera la ley podrá decir que lo nombra y remueve el Poder Ejecutivo. Será pues un órgano con autonomía funcional, con autarquía y estructurado bicéfalamente para custodiar la asistencia social indispensable, todo lo cual es derivado a una ley del Congreso argentino.[21]

Ahora bien: ¿las omisiones del Convencional Constituyente pueden

[20] OP. cit. 1, p. 4672.

[21] Op. cit. 1, p. 4676.

considerase como un "cheque en blanco" a favor del legislador para que pude terminar de configurar la estructura del Ministerio Público como un órgano extrapoder, o bien, existe un vínculo no susceptible de ser escindido entre las garantías funcionales e institucionales establecidas por la Convención Constituyente y la ley orgánica que debe dictarse? Considero que la segunda opción es la constitucionalmente adecuada, puesto que de lo contrario, el poder constituido estaría habilitado para configurar la estructura final del Ministerio Público de una manera distinta o aún opuesta a la concretada por el poder constituyente reformador en el texto constitucional.

Las leyes orgánicas del Ministerio Público que se dicten como consecuencia de los contenidos funcionales e institucionales emergentes del artículo 120 de la Constitución argentina están resguardas por el principio de progresividad y no regresividad institucional, el cual opera especialmente respecto de los órganos que tienen como objeto y función hacer efectivos el sistema de derechos previsto por la regla de reconocimiento constitucional y convencional. En este sentido, las leyes 24.946 y 27.148 adquieren respecto de varios elementos estructurales del Ministerio Público el carácter de piso consolidado que no puede ser vulnerado con una normativa regresiva posterior.

V. **Duración del mandato del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación**.

En el ámbito de la Convención Constituyente de 1994 se suscitó un debate entre el dictamen propuesto por la mayoría y la alternativa que ofrecía

el dictamen de la minoría en torno al plazo de duración del mandato del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación.

Mientras que el dictamen de minoría[22] proponía un plazo de cinco (5 años) renovable por un período similar, el dictamen de la mayoría (suscripto entre otros por el actual miembro de la Corte Suprema Doctor Juan Carlos Maqueda) rechazó la posibilidad de establecer un plazo de duración al mandato del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación. Esto implica que la voluntad del Convencional Constituyente fue no establecer un plazo determinado, lo cual se condice con la lógica de la Constitución puesto que cada vez que ha querido establecer un plazo de duración de un mandato lo hizo de forma expresa.

En consonancia con lo expuesto, el art. 13 de la ley 24.946, el art. 62 de la ley 27.148 y el art. 21 de la ley 27.149 establecen que los miembros del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa gozan de estabilidad mientras dure su buena conducta y hasta los setenta (75) años de edad, pudiendo ser designados por períodos sucesivos de cinco (5) años mediante la exigencia de un nuevo nombramiento precedido de igual acuerdo.

En el debate producido en el Senado de la Nación en oportunidad de la sanción de la ley 24.946, el Senador Yoma (que fuera Convencional Constituyente de 1994) sostuvo:

[22] Op. cit.1, p. 4661.

...Sin estabilidad, todo el espíritu de la norma se cae. Por eso, este proyecto de ley viene a legislar algo que no legisló la Convención Constituyente. Esto se omitió en aquella oportunidad dejándolo para que lo reglamentara el Congreso de la Nación...[23]

En tanto, el Senador Aguirre Lanari expresó:

...El artículo 120 de la Constitución establece que los integrantes del Ministerio Público gozan de inmunidad funcional. Esta inmunidad, para ser efectiva, requiere de la estabilidad, que en el caso de los jueces la trae el art. 110 de la Constitución...[24]

La regulación normativa sucesiva expuesta se condice con la voluntad expresada por el Convencional Constituyente de 1994 respecto de la duración al mandato del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación, con lo cual toda norma posterior que intente fijar un plazo incurriría en una situación de inconstitucionalidad regresiva. A la vez que si se estableciera un plazo para los cargos de Procurador General de la Nación y de Defensor General de la Nación y se mantuviese la estabilidad para el resto de los miembros esto representaría una incoherencia orgánica y sistémica imposible de justificar.

VI. **Sistemas de designación y remoción del Procurador General de la Nación, del Defensor General de la Nación y de los demás miembros del Ministerio Público**.

[23] Op. 7, p. 6310.

[24] Op. cit. 7, p. 6332.

En su carácter de órgano extrapoder, la designación del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación debe realizarse mediante un acto complejo institucional donde participen el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo y se requieran mayorías agravadas, por cuanto ambos cargos constitucionales al no ser cubiertos por elección popular, requieren la construcción de sólidos consensos cruzados. La equiparación a la designación prevista por la Constitución argentina respecto de los jueces y juezas de la Corte Suprema de Justicia tiene su fundamento en el carácter de órgano extrapoder que ostenta el Ministerio Público y de cabeza de dicho órgano que detentan el Procurador General y el Defensor General. Como titulares de dicho órgano la mayoría requerida debe ser la misma que la exigida para designar a los miembros de la Corte Suprema de Justicia.

En consonancia con lo expuesto, el art.5 de la ley 24.946, el art. 11 de la ley 27.148 y el art. 26 de la ley 27.149 establecen que el Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación serán designados a propuesta del Poder Ejecutivo con el acuerdo de los 2/3 de los miembros presentes de la Cámara de Senadores.

La regulación normativa sucesiva expuesta se condice con la voluntad expresada por el Convencional Constituyente de 1994 respecto de la naturaleza de órgano extrapoder del Ministerio Público, con lo cual toda norma posterior que intente establecer un mecanismo distinto o una mayoría menos agravada incurriría en una situación de inconstitucionalidad regresiva.

Lo mismo acontece con la designación de los demás miembros del Ministerio Público con la única diferencia que en dicho caso es razonable que la mayoría exigida para el acuerdo por parte de la Cámara de Senadores sea de mayoría simple y que en el mecanismo de designación participen los titulares del órgano elevando una terna de candidatos al Poder Ejecutivo.

En su carácter de órgano extrapoder, la eventual remoción del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación debe contar con la máxima garantía disponible por la Constitución argentina a efectos de garantizar su independencia y autonomía funcional. Es que sin una tutela institucional adecuada en dicho aspecto, las funciones encomendadas por la Constitución argentina pierden virtualidad y sentido. Como cabeza del órgano deben contar con las mismas garantías en torno a la remoción que las atribuidas a los miembros de la Corte Suprema de Justicia.

¿Establece el art. 53 de la Constitución argentina una especie de *numerus clausus* respecto de los sujetos que son pasibles de ser sometidos a juicio político? Bidart Campos[25] sostiene que el Congreso está habilitado, cuando regula mediante la sanción de una ley orgánica los aspectos omitidos por el Convencional Constituyente, a incluir a los miembros del Ministerio Público como sujetos susceptibles de ser removidos de sus cargos mediante el juicio político con el objeto de asegurarles sus inmunidades funcionales. A esto cabe agregar que el art. 53 no establece ninguna limitación o prohibición en cuanto a incluir dentro del espectro del juicio político a otros sujetos; en

[25] Op. cit. 11, p. 232.

otras palabras, no expresa que solamente sean los sujetos expresamente nombrados aquellos que pueden ser sometidos a juicio político.

En consonancia con lo expuesto, el art.18 de la ley 24.946, el art. 76 de la ley 27.148 y el art. 57 de la ley 27.149 establecen que el Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación deben ser removidos por las causales y mediante el procedimiento establecido en los artículos 53 y 59 de la Constitución argentina, sin que esto genere una situación de inconstitucionalidad[26], puesto que la extensión de las garantías a efectos de asegurar el funcionamiento de un órgano constitucional que no depende institucionalmente de ninguno de los tres poderes previstos por la Constitución destinado a promover la actuación de la justicia ante el Poder Judicial y que mantiene relaciones de coordinación con los Poderes Ejecutivo y Legislativo[27], no producen ninguna clase de agravio o afectación de la legalidad constitucional. Por ello, todo intento de modificación de la normativa vigente respecto a quienes puedan acusar, o bien, en torno a las disminución de las mayorías requeridas para poder acusar y destituir colocaría a dicha norma en una objetiva situación de inconstitucionalidad; siendo aquella que alcance mayor intensidad, la que atribuya al Poder Ejecutivo la facultad de acusar puesto que en la práctica se ubicaría al Ministerio Público en una posición de sometimiento institucional y debilidad política frente a dicho órgano.

[26] Rosatti, Horacio, Tratado de derecho constitucional, tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, p. 515. También ver Ekmekdjian, Miguel Ángel, Tratado de derecho constitucional, Tomo V, Depalma, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1999, p. 688.

[27] Ibídem, p. 505.

El resto los miembros del Ministerio Público también deben contar con un mecanismo de remoción que objetivamente garantice el efectivo cumplimiento de sus funciones y la consecución del objetivo constitucional. En este punto, es de fundamental importancia que las decisiones que se adopten a los efectos de la remoción tengan que reunir una mayoría agravada de los miembros del tribunal que sustancie el juicio, puesto que la mera exigencia de una mayoría simple obturaría la existencia de una garantía efectiva. El art. 80 inc. g) de la ley 27.148 y el art. 62 inciso g) de la ley 27.149 al establecer que se necesita de una mayoría de cinco (5) votos positivos sobre siete (7) miembros para dictar condenatoria se adecuan al mandato constitucional exigido en esta materia.

VII. **Relaciones con el Poder Judicial y con el Poder Legislativo**.

La naturaleza de órgano extrapoder del Ministerio Público impide al Poder Ejecutivo impartir instrucciones vinculantes al Procurador General o al Defensor General, ni a ninguna otra jerarquía del Ministerio Público, sean éstas generales o particulares.[28] En cuanto a las relaciones con el Poder Legislativo, no es constitucionalmente posible que se le otorguen a dicho órgano potestades sobre el Procurador General y los Fiscales que vulneran su autonomía funcional, como así también, alguna forma de obligación de diseñar y fijar las políticas de persecución penal que permita el ejercicio eficaz de la acción penal en coordinación con demás las autoridades puesto

[28] Sáenz, Ricardo, "El Ministerio Público (Bases para una ley orgánica nacional)", La Ley 1995-D-1081.

que quizás algunas de estas deban ser perseguidas penalmente a instancias del Ministerio Público Fiscal.

VIII. **Conclusiones**.

Por todo lo expuesto, concluyo que conforme surge la interpretación constitucional del art. 120 de la Constitución argentina, el Ministerio Público:

* En un órgano extrapoder independiente de los demás poderes.

* Titulariza como *atribución funcional* la promoción de la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, como *garantía institucional* la independencia, la autonomía funcional y la autarquía financiera, como *obligacional en su carácter de órgano extrapoder* la coordinación con las demás autoridades de la Nación, como *organización estructural* un esquema bicéfalo encabezado por un Procurador General a cargo del Ministerio Público Fiscal y un Defensor General a cargo de la Ministerio Público de la Defensa y como *garantía funcional* la inmunidad en el ejercicio de sus prerrogativas y la intangibilidad de las remuneraciones.

* Sus miembros tienen las mismas inmunidades que detenta el Defensor del Pueblo que conforme lo establece el artículo 86 de la Constitución argentina son las mismas que ostentan los legisladores conforme lo establecen los artículos 68, 69 y 70 de la Constitución argentina, como así también, la intangibilidad de sus remuneraciones remite al contenido establecido por el art. 110 de la Constitución argentina.

* Las omisiones del Convencional Constituyente al incorporar al art. 120 al texto constitucional no pueden considerase como un "cheque en blanco" a favor del legislador para que pude terminar de configurar la estructura del Ministerio Público como un órgano extrapoder, por cuanto existe un vínculo no susceptible de ser escindido entre las garantías funcionales e institucionales establecidas por la Convención Constituyente y la ley orgánica que debe dictarse.

* Sus miembros gozan de estabilidad mientras dure su buena conducta y hasta los setenta (75) años de edad, pudiendo ser designados por períodos sucesivos de cinco (5) años mediante la exigencia de un nuevo nombramiento precedido de igual acuerdo.

* La designación del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación debe realizarse mediante un acto complejo institucional donde participen el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo y se requieran mayorías agravadas, por cuanto ambos cargos constitucionales al no ser cubiertos por elección popular, requieren la construcción de sólidos consensos cruzados.

* El Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación deben ser removidos por las causales y mediante el procedimiento establecidos en los artículos 53 y 59 de la Constitución argentina sin que esto genere una situación de inconstitucionalidad. El resto los miembros del Ministerio Público también deben contar con un mecanismo de remoción que objetivamente garantice el efectivo cumplimiento de sus funciones y la

consecución del objetivo constitucional que establezca una mayoría agravada de los miembros del tribunal que sustancie el juicio para adoptar sentencias condenatorias.

* Las relaciones de coordinación con los demás poderes no habilitan ningún modo de injerencia en el pleno desarrollo de su autonomía funcional y autarquía financiera.

Anexo 39

NOVIEMBRE, 2016

Por Inecip y otros *

Durante los primeros días de abril, el Poder Ejecutivo presentó ante el Congreso una propuesta de modificación de la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal (MPF) número 27148, sancionada en 2015.

La decisión de establecer un mandato temporal para la figura del procurador es, sin dudas, uno de los puntos de mayor relevancia.

En ese sentido, tal como hemos manifestado en otras oportunidades, es necesario que tal mandato tenga un límite temporal.

No obstante, debe revisarse el plazo de cuatro años estipulado en el proyecto, en función de garantizar un tiempo prudencial para el diseño y la ejecución de un plan estratégico de política criminal. Un plazo tan acotado puede conllevar un estancamiento en materia de desarrollo institucional.

Del mismo modo, es desaconsejable que la elección del procurador coincida con los plazos electorales, ya que podría afectarse seriamente la independencia del MPF, al quedar vinculado de manera directa con la elección del Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional.

Las experiencias comparadas muestran que es más aconsejable un plazo largo en el que se puedan desarrollar políticas institucionales y de persecución penal en el tiempo y no que se busque la renovación del mandato.

Por otra parte, uno de los puntos de mayor controversia del proyecto del Poder Ejecutivo es la incorporación a la estructura de la procuración de cuatro subprocuradores generales abocados a las funciones específicas de derecho penal, delito organizado, derecho público y derecho privado. El proyecto les otorga numerosas facultades, entre las que se destaca la de “diseñar y fijar la política general del ministerio en su ámbito de competencia”.

Mediante este esquema se licuan las atribuciones propias del procurador, se lo convierte en una figura sin poder de decisión en materia de planificación de la persecución penal y de organización. El diseño propuesto no parece justificado en diagnósticos concretos y puede favorecer un escenario de atomización.

Además, plantea una división por materias que no responde exactamente a una mirada aggiornada de la función del MPF y de la procuraduría, en particular. La división derecho público/privado se ha visto transformada en los últimos años con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Constitucional. Más bien,

sería razonable pensar divisiones y estructuras que apunten a una mirada estratégica –como se propone con la división sobre criminalidad organizada– y también al modo como se encararán las cuestiones vinculadas con el interés público, que pueden combinar diversas materias en una mirada integral.

Al mismo tiempo, el proyecto no parece reflejar el modo como articularán esos subprocuradores con los procuradores fiscales ante la Corte, cuyo rol es central en la defensa de la Constitución.

Por otra parte, el proyecto establece un criterio de selección y remoción para los subprocuradores mediante el cual se otorga mayor poder de decisión al Poder Ejecutivo Nacional. Las exigencias planteadas para la figura del procurador distan de las diseñadas para los subprocuradores quienes, a propuesta del Ejecutivo, pueden ser designados o removidos con simple mayoría del Senado, sin atender a criterios de representación regional, especialización técnica o, incluso, trayectoria dentro de la organización.

Esto le daría al Poder Ejecutivo la posibilidad de nombrar a estos cuatro subprocuradores, quienes reemplazarán en casi todas las competencias funcionales al procurador General, en un mismo período. Al mismo tiempo, el proyecto incorpora como facultad implícita de los subprocuradores la posibilidad de asignar casos específicos a fiscales, herramienta que, en este contexto, debe ser discutida en cuanto a los objetivos propuestos de fortalecer la independencia y la autonomía del (MPF) frente al Poder Ejecutivo.

Por otro lado, el proyecto elimina de la ley, sin razón alguna, las Direcciones Generales del MPF. Estructuras de apoyo en materia de recupero de activos, acceso a la justicia, acompañamiento a las víctimas, investigación patrimonial y análisis criminal, se han consolidado como instancias de apoyo a las investigaciones, brindando una mayor capacidad de respuesta -en calidad y cantidad- al MPF respecto de las conflictividades sobre las que tiene que intervenir. Ha sido ese propio reconocimiento el que motivó que fueran incluidas en el proyecto de ley sancionado por el Congreso un año atrás, entendiendo el valor que en sí mismas tenían para el diseño institucional.

En este sentido, su eliminación del texto legal pone en riesgo la continuidad de las direcciones, hecho que significaría un gran retroceso en materia de investigación para el conjunto del organismo.

Por último, la iniciativa modifica las funciones e integración del Consejo General del MPF. Éste es, sin duda alguna, un punto de enorme relevancia al interior del diseño institucional.

La integración del consejo debería ser evaluada siempre ponderando una perspectiva de

equilibrio, procurando no otorgar mayor preeminencia a ningún sector o estamento en particular. El consejo debe constituirse como un espacio representativo del organismo: tornar más participativo su gobierno, dar posibilidades de incidencia al resto de los fiscales y conferir mayor legitimidad a las decisiones estratégicas en las que intervenga. Sin embargo, por el contrario, el proyecto establece una conformación de ocho miembros más el procurador, quedando incluidos los cuatro subprocuradores y otros cuatro fiscales que son sorteados de un listado acotado entre aquellos que cuentan con más de 10 años de antigüedad.

Así, el sistema propuesto se aleja de las razones que históricamente han motivado su incorporación en los diseños de los MPF a lo largo de la región, favoreciendo una mayor concentración de poder y socavando su legitimidad y transparencia. De este modo, más que un órgano de control y rendición de cuentas, pasa a ser un órgano de gobierno que lima las facultades del procurador General y las concentra.

En el marco del debate por la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, urge avanzar de manera concreta en su implementación, estableciendo con certeza el cronograma para cada jurisdicción. Para que el nuevo Código logre dejar atrás el modelo arcaico, oscuro e ineficaz de administración de justicia que hoy impera, es necesario avanzar en una adecuada y planificada implementación; y debatir y modificar la ley orgánica del Poder Judicial.

Luego de la sanción de la ley 27063 no podemos permitirnos desperdiciar esfuerzos en proyectos y leyes parches que releguen las decisiones y definiciones más importantes.

** Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales; Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ); Asociación por los Derechos Civiles (ADC); Asociación Pensamiento Penal (APP) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)*

ARTÍC

Anexo 40

Ministerio Público Fiscal: un nuevo intento de reforma que vulnera su autonomía e independencia

El proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal ingresado al Senado de la Nación tras la renuncia de la Procuradora General pone en riesgo la independencia y autonomía funcional del organismo. La propuesta contiene normas inconstitucionales y otras que constituyen un peligro para la división de poderes y amenazan con debilitar la figura del/la próximo/a Procurador/a.

Se quiebra el alto nivel de acuerdo político necesario para lograr la designación del/la Procurador/a y Defensor/a General de la Nación

Mientras la ley vigente exige dos tercios de los votos del Senado, con la modificación que incorpora el proyecto de ley bastaría con una mayoría absoluta.

El requisito de una mayoría agravada para la designación tiene como fin elegir a una persona que cuente con un amplio consenso, y que cumpla adecuadamente con los requisitos de idoneidad técnica y moral e independencia. Al disminuir la mayoría necesaria para su designación, el proyecto ya no requiere de la construcción de acuerdos amplios que garanticen la legitimidad de quien eventualmente ocupe el cargo y que será el encargado, entre otras funciones, de diseñar la política criminal y garantizar el acceso a la justicia en el ámbito federal y nacional.

Tal como lo definió el constituyente en el artículo 120 de la Constitución reformada del año 1994, la designación del máximo responsable de este organismo extra-poder, independiente y central del sistema de justicia, exige una legitimidad amplia y mayor a la mera mayoría parlamentaria.

Un organismo responsable de llevar adelante el control de la legalidad constitucional y el diseño de la política criminal estratégica sobre los delitos que más preocupan a la sociedad y que mayor vínculo con el poder tienen como la narcocriminalidad, la trata de personas, el tráfico de armas, los delitos de corrupción o las graves violaciones de derechos humanos, no puede estar condicionado por las mayorías políticas circunstanciales. La crítica más importante a la gestión anterior fue la falta de independencia, sin embargo, al mismo tiempo se pretende reformar la ley de modo de debilitar el acuerdo político transversal que estas figuras requieren para su designación y posterior estabilidad en el ejercicio de su función.

Se genera inestabilidad y afecta la independencia funcional por ausencia de mecanismos rigurosos para lograr su remoción

De igual manera, las modificaciones introducidas respecto a la remoción del/la Procurador/a y Defensor General de la Nación atentan contra el mínimo de estabilidad necesario para garantizar su autonomía y evitar influencias indebidas de los otros poderes del Estado. El proyecto elimina la exigencia de remoción a través del juicio político y la reemplaza por un mecanismo endeble, al habilitar que ese proceso se realice sólo con la mayoría absoluta en ambas cámaras del Congreso de la Nación. El proyecto también habilita a que el PEN inicie el proceso de remoción, solo con una resolución fundada y que, a partir de esto, se suspenda de oficio al titular del cargo, lo que en conjunto lo vuelve una herramienta de presión inadmisible (art 76). Esta modificación deja al/la Procurador/a o Defensor/a en una situación de debilidad frente a las consecuencias políticas que las investigaciones criminales o actos de gestión puedan acarrear.

Si el requisito de una mayoría agravada para seleccionar al Procurador General tiene como fin asegurar la idoneidad y legitimidad del mismo, el requisito de una mayoría agravada para su remoción tiene por fin asegurar la independencia y autonomía del organismo. En este sentido, disminuir la mayoría necesaria atenta contra el mandato constitucional del art. 120, el cual establece que el Ministerio Público es independiente y autónomo.

Se debilita la posibilidad de desarrollar un plan de trabajo eficaz por duración exigua del mandato

Tal como hemos manifestado en otras oportunidades, es necesario que el mandato del/la Procurador/a y Defensor/a General tenga un límite temporal. No obstante, remarcamos que no resulta correcto establecer un plazo de tan sólo 5 años con renovación a propuesta del Poder Ejecutivo Nacional. Este plazo es corto para el diseño y la ejecución de un plan estratégico y quedará sometido a la necesidad del Procurador de buscar el acuerdo político para renovar el mandato. Creemos que una modificación que sostenga este criterio afecta la autonomía del MPF.

Las experiencias comparadas muestran que es aconsejable un plazo más largo en el que se puedan desarrollar políticas institucionales y de persecución penal en el tiempo, y sin necesidad de que el titular del organismo deba buscar la renovación del mandato. Por ello, consideramos recomendable implementar un modelo similar al del Ministerio Público Fiscal de Chile, donde el mandato dura 8 años y no puede ser reelegido.

Disolución de procuradurías y direcciones

Las procuradurías especializadas han marcado las decisiones más interesantes en materia de acceso a la justicia, política criminal y organización y dinámicas de las últimas gestiones del MPF. Estas estructuras son imprescindibles para la persecución de delitos de criminalidad organizada y corresponden con las necesidades de un Ministerio Público preparado para reorientar sus recursos hacia los delitos más graves.

Por ello, no condice con el objetivo de dotar de eficacia a la política de persecución de delitos complejos el hecho de eliminar de la ley todas las procuradurías existentes.

Del mismo modo, el proyecto elimina, sin razón alguna, a las Direcciones Generales del MPF. Las Direcciones Generales, entre las que se destacan la de recupero de activos, acceso a la justicia, políticas de género, acompañamiento a las víctimas, investigación patrimonial y análisis criminal, se han consolidado como instancias de apoyo a las investigaciones, brindando una mayor capacidad de respuesta al MPF respecto de las conflictividades sobre las que tiene que intervenir. Ese reconocimiento motivó que fueran incluidas en la ley vigente, como una forma también de que el Congreso Nacional definiera líneas de trabajo y orientación prioritarias para el MPF.

La eliminación de las procuradurías especializadas y de las direcciones generales del texto legal pone en riesgo su continuidad, hecho que significaría un gran retroceso en materia de especialización e investigación para el organismo encargado del diseño y ejecución de la política criminal en el nuevo sistema procesal penal. Sería también un mensaje político negativo para el sistema de investigación penal poner en cuestión y debilitar estas estructuras que pasarán a depender de la mera decisión del titular del organismo.

Se debilita la independencia al integrar tribunales de concursos públicos y de enjuiciamiento con requisitos arbitrarios

La ley establece que los fiscales que integren el tribunal encargado del concurso público de oposición y antecedentes o el tribunal de enjuiciamiento deberán tener una antigüedad mínima de 10 años. Este requisito favorece la concentración de poder y obstaculiza la dinamización y actualización de los criterios de decisión. La limitada cantidad de fiscales con 10 años de antigüedad lleva a que decisiones tan relevantes, como la designación de nuevos fiscales y su remoción, quede en manos de unos pocos funcionarios, que no necesariamente estarán ocupando ese lugar con un criterio de idoneidad.

Por otro lado, la composición de los tribunales de enjuiciamiento no es clara y su independencia queda sumamente debilitada. De los siete miembros, uno es elegido por el Poder Ejecutivo y otros dos serán abogados cuya designación será por sorteo “conforme lo disponga la reglamentación que al efecto dicte el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación”.

Esta delegación normativa resulta inapropiada en una materia tan sensible como la estabilidad en el cargo de los fiscales. La integración se completa con un representante de la Cámara de Diputados y otro del Senado de la Nación –cuya selección tampoco se regula– y dos fiscales generales con 10 años de antigüedad en el cargo.
Entendemos que si se pretende realizar alguna modificación a la composición del tribunal de enjuiciamiento, esta debería tender a garantizar la mayor independencia e imparcialidad del proceso y no, como hace este proyecto de ley, para reducir su autonomía en favor de los intereses de sectores políticos.

Por todo lo expuesto, las organizaciones debajo firmantes advertimos con preocupación este debilitamiento inconstitucional de la autonomía del Ministerio Público Fiscal, y solicitamos al Congreso que modifique los puntos señalados y que garantice que cualquier eventual reforma de la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal redunde en un fortalecimiento del órgano que contribuya con la construcción de un sistema de una justicia más transparente, ágil y democrático. Asimismo, reiteramos nuestro llamado a avanzar con urgencia en la efectiva implementación del Código Procesal Penal de corte adversarial suspendido por el Poder Ejecutivo hace casi dos años.

Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ)
Asociación Pensamiento Penal (APP)
Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)
Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP)
Fundación Poder Ciudadano

Anexo 42

INFORME SOBRE LA REFORMA DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Autor: Enrique V. del Carril (aportes de Héctor Chayer)

Al aceptar la invitación del Comité Consultivo de FORES para evaluar, de manera técnica e independiente, la iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional de reforma de la justicia que plasmó con la creación, por Decreto nro.635/2020, del "Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público", concordamos en tratar lo atinente al Consejo de la Magistratura de la Nación de acuerdo a los contenidos enunciados en el artículo 4° del mencionado decreto.

A su vez, consideramos conveniente proponer un proyecto de ley que regule el Consejo de la Magistratura de la Nación que agregamos como ANEXO al presente informe.

En este tema el Poder Ejecutivo encomendó al Consejo consultivo las siguientes tareas:

Inciso 1°: **Descripción valorativa con especial indicación de los problemas que se observan para el correcto funcionamiento de….el CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA NACIÓN (CMN)**.

A los efectos de responder a este punto la Comisión consideró conveniente describir los antecedentes legislativos para luego emitir su opinión valorativa sobre el origen y el funcionamiento del CMN.

1. Precedentes legislativos

1.1. La Ley 24.937 y su complementaria 24939 (sancionada en diciembre de 1997) que reglamentó los arts 114 y 115, si bien comparada con las que le siguieron fue la mejor regulación del organismo, no respetó estrictamente el equilibrio predicado en la CN otorgándole una leve primacía al sector político. Tampoco fue clara en lo referente a la distinción entre Gobierno y Administración del Poder Judicial aunque, sin decirlo, al darle a la Corte Suprema de Justicia la Presidencia del Consejo, optó por reconocer que ésta es la cabeza del Poder Judicial y que ejerce su gobierno. La forma poco explícita en que lo estableció dio lugar a innumerables conflictos entre la Corte y el CMN. No obstante debe reconocerse que los primeros cuatro años de su vigencia fue el período donde este organismo funcionó mejor.

1.2. En el año 2005 se sanciona la Ley 26.080, surgida por iniciativa de la Senadora Cristina Fernandez de Kirchner sin un debate público, como debió ocurrir dada su trascendencia. Esta ley, en lugar de mejorar la 24.937 agravó la situación pues rompió el equilibrio prescripto en la norma Constitucional, mediante una participación mayoritaria del sector político y una proporción que le permite, en los hechos, dominar el nombramiento y la remoción de los Jueces. A su vez dentro del estamento político le otorgó al oficialismo una representación que le permite ejercer un virtual poder de veto en las decisiones de designación o remoción de Jueces. A su vez, desdibuja el papel de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al quitar su participación en el Cuerpo y sacarle la presidencia del mismo.

1.3. El 19 de noviembre de 2015, la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativa, Sala II, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en autos: "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/E.N. - Ley 26.060 - Dto. 816/99 y otros s/proceso de conocimiento" declaró inconstitucional el art. 1° de la ley por violar el equilibrio prescripto en la Constitución Nacional. Resolvió, además que recobraba vigencia la integración del Consejo según lo prescripto en la Ley 24937 y su complementaria 24939. Este pronunciamiento no se encuentra firme pues el Estado Nacional, planteó un Recurso Extraordinario que fue concedido por la Cámara Contencioso Administrativa. Desde febrero de 2016, el juicio se encuentra a estudio de la Corte Suprema de Justicia.

1.4 Posteriormente, en el año el 24 de mayo de 2013 se promulgaron un paquete de leyes denominados "democratización de la Justicia". Entre ellas está la ley 26855 que introdujo reformas profundas en el CMN, especialmente en su integración puesto que impuso el voto popular para la elección de los representantes de los estamentos de los jueces, abogados y académicos (art 2 de la ley 26855, reformas introducidas al art 1, incs 1, 2 y 3 de la ley 24937) .

La reforma fue un intento de implantar un cambio radical respecto de las bases de nuestro sistema judicial. Mediante la selección de los representantes de jueces, abogados y académicos por medio del voto popular, la integración del Poder Judicial dejaría de encontrarse subordinado a un procedimiento donde la injerencia política electoral incide en forma indirecta para pasar a depender directamente de las mayorías circunstanciales que surjan de las periódicas elecciones.

Pero no solo este aspecto de la reforma afecta la integración del sistema judicial. La independencia se encuentra gravemente afectada al limitar la estabilidad de los jueces pues se prescribe que, tanto la integración de las ternas a elevar al Poder Ejecutivo (art. 6 del proyecto mod. Art. 7, inc 7 de la ley) como la decisión de acusar a los jueces ante el Jurado de Enjuiciamiento se resuelve por mayoría absoluta del plenario, o sea por la mitad más uno de sus miembros. Si se tiene en cuenta que en las designaciones de cada uno de los estamentos quien triunfa en las elecciones elige la mayoría de los representantes es evidente que controlará la elaboración de las ternas de candidatos y la decisión de acusación ante el Jurado de Enjuiciamiento.

Este cambio copernicano en la estructura de nuestra Justicia se frustró pues la Corte Suprema de Justicia, con sólidos fundamentos en el caso "Rizzo" declaró inconstitucional los artículos mencionados.

2. Antecedentes y valoración del funcionamiento del CMN[1]:

2.1 El CMN es una institución de tradición europea introducida en nuestra Constitución por la reforma de 1994.

2.2 La razón fundamental de su creación fue el deficiente funcionamiento del sistema de nombramiento y remoción de jueces de nuestra Constitución histórica tomada de su modelo norteamericano.

2.3. Ea situación se debió a que desde que comenzó la inestabilidad política con posterioridad a 1930, tanto el nombramiento (en manos del presidente con acuerdo del Senado) como la remoción, (acusación de la Cámara de Diputados y decisión del Senado mediante el Juicio Político), se vieron influenciados por motivaciones político partidarias, muchas veces producto de negociaciones que trajeron como consecuencia nombramientos políticos que no tenían en cuenta las condiciones de los candidatos o remociones y rechazo de acusaciones también producto de concesiones entre los distintos bloques partidarios. Todo ello contribuyó a la inestabilidad y al desprestigio del Poder Judicial.

2.4. Frente a esta realidad el objetivo buscado en el acuerdo de Olivos (pacto que dio origen al proceso constituyente) según surge de las actas de la Convención Constituyente, era despolitizar el nombramiento y remoción de los jueces encargándoselo en sus etapas fundamentales a un órgano independiente y técnico que buscara la selección de magistrados idóneos y la remoción por procedimientos que aseguren la objetividad y descarten motivaciones político partidarias que pudieran afectar la independencia de la Justicia.

2.5. Esta idea ha sido expuesta con claridad por uno de los constitucionalistas que trabajó directamente en la inclusión del Consejo de la Magistratura en la reforma del Consejo de la Magistratura, Albeto M. García Lema, quien dijo: *"La idea del Consejo de la Magistratura fue asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio de justicia, como lo expresa el artículo 114 de la Constitución reformada. Para ello se lo diseñó con una*

[1] En este punto la Comisión sigue el desarrollo expuesto en la demanda del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires citada en el punto 1.3. precedente, agregando comentarios e ideas que complementan dicha pieza

integración equilibrada "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".

La palabra "representación" de los órganos políticos fue incluida con un sentido técnico, compatible con un Consejo incorporado al Poder Judicial de la Nación. Por aplicación de la doctrina de la división de poderes, que inspira tanto a la Constitución de 1853 como a su reforma de 1994, no se concibe que miembros en ejercicio de otro poder del Estado puedan serlo, a su vez, del Poder Judicial." (García Lema: "Un Propuesta Conciliatoria", La Nación 6 de enero de 2006)

Esta opinión autorizada claramente define la naturaleza del organismo que nos ocupa. El Consejo de la Magistratura atento sus atribuciones, es un organismo técnico que participa en la selección de los magistrados (porque interviene solo en la elaboración de la terna a elevar al poder Ejecutivo quien tiene libertad en designar uno de los tres candidatos y el proceso se complementa con el acuerdo del Senado), en su destitución y en la administración del Poder Judicial. En definitiva NO ES UN ORGANO POLÍTICO. Quienes lo integran por los tres estamentos deben tener claro que su función es técnica porque el control político de los otros dos poderes sobre el Judicial -dentro del esquema de "frenos y contrapesos" de nuestra Constitución- lo realizan el Poder Ejecutivo en la elección dentro de la terna y el Senado al tratar el acuerdo.

Había además dos inquietudes que intentaron preverse en la reforma: a) Que la designación y remoción de jueces y abogados no estuviera exclusivamente en manos de la corporación profesional; b) Procurar que los Jueces se ocupen de sus tareas jurisdiccionales substrayéndoles las de índole administrativa o de gerenciamiento del sistema que fueron delegadas al Consejo de la Magistratura.

Ello surge de lo expuesto por el miembro informante de esta reforma en la Convención Constituyente Enrique Paixao quien resumió la intención de la propuesta en estos términos *"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"* (Obra de la Convención…, Tomo V, pág. 4888)

2.6. Sobre la base de éstas ideas se redactaron los artículos 114 y 115 de la CN, donde se previó: a) Una composición plural del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, estableciendo como principio para el primero el equilibrio entre los tres estamentos que mayoritariamente lo compondrían; representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces y de los abogados; b) la asignación de facultades de administración del Poder Judicial, aunque con una técnica deficiente ya que, al definirla se mezclan algunas que pueden considerarse de gobierno mas que de administración.

2.7. Es importante considerar el sentido de la palabra "equilibrio" incluida en la Constitución. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra "equilibrio" tiene las siguientes acepciones: 1. Estado de un cuerpo cuando encontradas fuerzas que obran en él se compensan destruyéndose mutuamente. //2. Peso que es igual a otro peso y lo contrarresta. // 3. fig. Contrapeso, contrarresto, armonía entre cosas diversas….

Advertimos que las acepciones citadas hacen referencia a fuerzas contrapuestas cuyo impulso se anula mutuamente, de manera que ninguna de ellas puede prevalecer sobre la

otra. Es una verdad de Perogrullo que entre una fuerza que se imponga sobre otra no existe equilibrio.

Lo dicho es plenamente aplicable al caso examinado, en donde el significado de las palabras no varía, ya que las mismas no están utilizadas en sentido técnico alguno, que difiera del significado común que ellas tienen. Pero aún si se pretendiera afirmar lo contrario, debe tenerse en cuenta que la noción de equilibrio no es algo novedoso en nuestro sistema constitucional, toda vez que es la piedra angular sobre la que se basa la separación de poderes. El nuestro es un sistema de separación y equilibrio de los poderes y esa noción de equilibrio nos remonta a la conocida frase de Montesquieu de que le pouvoir arret le pouvoir (el poder detiene al poder), la que ilustra perfectamente el sentido constitucional de la noción de equilibrio: las fuerzas en pugna se contrarrestan mutuamente, logrando que ninguna pueda imponerse a la otra.

Este es el sentido claro de la norma constitucional que regula la integración del CMN. Cuando el artículo 114 exige que se procure el equilibrio entre los representantes de los distintos sectores que menciona, pretende que se establezca una relación entre ellos en la cual ninguno pueda adoptar o bloquear decisiones por sí solo, sino que deba para ello contar con el respaldo de algunos de los otros sectores. Así lo entendieron también los miembros de la Comisión de Redacción de la Convención Constituyente: *"la Constitución ha prescripto que la configuración del órgano esté signada por el equilibrio. Con ello ha establecido que la composición numérica debe garantizar que los poderes políticos no tengan en él una hegemonía que menoscabe la transparencia en el cumplimiento de las funciones -muchas y muy importantes- que le asigna, y ha de asegurar el pluralismo en su integración. Esa composición, a su vez, no puede tener características tales que resulte generado un sistema de cooptación en el nombramiento de los jueces, o que quede transformado el sistema judicial en autogestionario, con olvido de que la función de los jueces es, primordialmente, la de decidir casos contenciosos"* (La Reforma de la Constitución explicada por los miembros de la Comisión de Redacción, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 415).

Esta es la posición unánime de la más autorizada doctrina constitucional argentina. Bidart Campos sostuvo que *"la mención del equilibrio entre tales representaciones es muy importante, porque –por ejemplo- quedaría roto si por la cantidad de miembros de los órganos políticos de origen popular quedara a merced de ellos una predominancia que neutralizara la representación de los jueces y de los abogados que, de algún modo, son pares del candidato por la índole de sus funciones profesionales"* (Tratado de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Buenos Aires, 1995, Tomo VI, pág. 493).

Algunos autores llegan incluso a sostener que los representantes de los jueces deberían tener mayoría en el Consejo y que los restantes sectores deberían ejercer una suerte de control sobre esa mayoría (Dromi y Menem, La Constitución Reformada, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, pág. 375; Bielsa, citado por Bidart Campos, op. cit., pág. 493, nota 1).

Repárese asimismo que la Constitución engloba dentro de un mismo grupo (órganos políticos resultantes de la elección popular) al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo. Resulta claro que la Constitución pretende que el equilibrio exista entre los representantes de los órganos políticos (tomados en conjunto), los represente de los jueces y los representantes de los abogados. Esta cuestión, que podría parecer meramente semántica, es de fundamental importancia para la correcta interpretación del mandato constitucional. Ninguno de los tres grupos mencionados puede ser desagregado o separado a los efectos de determinar si existe o no equilibrio en su representación ante el CMN. Así, por ejemplo, no sería válido constitucionalmente establecer distintas representaciones para los jueces de diferentes instancias, como tampoco lo es que el equilibrio se pretenda establecer entre representantes de la Cámara de Diputados, del Senado y del Poder Ejecutivo, tomados separadamente, con los restantes sectores.

Debe tenerse en cuenta que el equilibrio entre los tres estamentos mencionados en el art. 114 de la Constitución Nacional no tiene por objeto organizar el sistema de mutuo control entre los tres poderes clásicos de nuestra organización institucional. Dicho mutuo control, propio del sistema denominado de "frenos y contrapesos", está dado por la facultad del Poder Ejecutivo de designar los jueces, aún dentro de la terna propuesta por el Consejo de la

Magistratura. Por su parte, el Poder Legislativo ejerce su control mediante el acuerdo del Senado (art. 99, inc. 4º de la Constitución Nacional).

Por lo tanto, el CMN es un órgano con funciones técnicas orientadas a la selección de magistrados, a su remoción y a la administración del Poder Judicial. El componente político incluido en él en manera alguna desvirtúa esa función técnica y esa es la razón del equilibrio con los otros estamentos. Es por eso que cualquier alteración del mencionado equilibrio desvirtúa la función del CMN y el sistema de selección y remoción de magistrados que, según hemos visto, la reforma de 1994 pretendió extraerlo de la influencia de la política partidaria y de esta manera corregir las anomalías del sistema anterior.

En cuanto a la integración del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, si bien la Constitución no indica que deba existir equilibrio, dicha diferencia con lo normado respecto del Consejo de la Magistratura no debe ser entendida como que el artículo 115 autorice que los órganos políticos puedan tener preponderancia en él. Ello implicaría sostener que la reforma nada ha modificado y que ha sido solamente una alteración cosmética, ya que en nada habría influido en el anterior esquema en el cual los órganos políticos eran quienes decidían acerca de la remoción de un magistrado. Por el contrario, la falta de exigencia del equilibrio sólo puede ser interpretada en el sentido de que aquí el constituyente no tenía los mismos reparos en cuanto a que la remoción pudiera estar dominada por los mismos jueces, a diferencia de lo que ocurre con el Consejo de la Magistratura. (párrafos de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el CACBA).

3. Conclusión:

En definitiva, el CMN, tal como está integrado se ha convertido en una amenaza a la independencia del Poder Judicial, entendida ésta en el sentido de nuestra Constitución Nacional, tributaria de la de Estado Unidos de Norteamérica, donde la Justicia es un Poder del Estado con facultades para declarar la inconstitucionalidad de los actos de los otros dos poderes del Estado. Por ello es necesario encarar una reforma profunda de este organismo con el dictado de una nueva ley

Inciso 3° del Decreto. Análisis de:

a) La conveniencia, o no, de modificar la estructura y composición del cuerpo y armonizar su funcionamiento con el de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

a.1. CONVENIENCIA DE MODIFICAR LA ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN DEL CUERPO

Se considera conveniente modificar la estructura y composición del Consejo de la Magistratura en base a los siguientes objetivos:

I. Restituir el equilibrio entre los tres estamentos previstos en la Constitución en representación de: (a) los órganos políticos resultantes de la elección popular, (b) de los jueces de todas las instancias y (c) de los abogados de la matrícula federal; (d) Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.:

A esos efectos debería:

1. Otorgarle a cada estamento el número de representantes que le permita una integración plural en funciones y tendencias políticas, pero sin que pueda cada uno de ellos por sí solos: a) formar quórum; b) tener mayoría absoluta

2. Evitar que, dentro del estamento político, los representantes del oficialismo (Poder Ejecutivo y mayoría de los legisladores), en su conjunto, obtengan un virtual "poder de veto" para las decisiones referidas a nombramiento y acusación de magistrados.

3. Se propone que los representantes del Congreso de la Nación sean elegidos solo por la Cámara de Diputados pues el Senado interviene en el proceso de selección de Jueces mediante su facultad de otorgar el acuerdo a las propuestas del Poder Ejecutivo (art. 99 inciso. 4° CN);

4. Respecto al número de integrantes del Consejo, la propuesta es que esté compuesto de 20 miembros distribuidos según lo siguiente:

6 abogados;

6 jueces;

6 diputados o representantes designados por la Cámara, 4 por la mayoría y 2 por la primera minoría;

1 Ministro de la CSJN

1 académico elegido por votación de los claustros.

a.2. ARMONIZAR SU FUNCIONAMIENTO CON EL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Se considera conveniente reafirmar el principio que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la cabeza del Poder Judicial y, por lo tanto, ejerce el gobierno de éste. Conforme a ello las atribuciones del CMN en relación a la gestión son exclusivamente administrativas pues así lo establece la Constitución Nacional. En consonancia con lo expuesto se propone:

1. Establecer la participación de la Corte Suprema de Justicia en el Plenario del Consejo otorgándole su presidencia a un integrante del Alto Tribunal, designados por sus colegas.

2. Regular un recurso de revisión de las decisiones del Consejo en materia de Administración, estableciendo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como Tribunal de apelación.

3. Se considera necesario crear una Oficina Administrativa del Poder Judicial que funcione en el ámbito del CMN asistiendo al presidente del organismo que, a su vez, es un ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esta oficina debería absorber los actuales organismos existentes en el CMN y en la Corte Suprema a fin de evitar las duplicaciones de competencias. La Oficina Administrativa elaborará el presupuesto anual del Poder Judicial.

b) **Evaluación acerca de los cargos de consejeros, y analizar si los mismos deben ser de dedicación exclusiva**

1. Dada la importante función institucional que cumple el CMN los representantes de todos los estamentos, salvo el miembro de la Corte Suprema de Justicia, deben tener dedicación exclusiva. A esos efectos, los abogados deben suspender su matrícula a fin de no estar habilitados para ejercer su profesión ante los Tribunales Federales y/o Provinciales por el tiempo en que ejercen sus funciones; los miembros del Poder Judicial deberán pedir licencia en sus juzgados o Cámaras, podrá designarse como representantes a Jueces Jubilados y los diputados deberán pedir licencia en sus bancas o la Cámara podrá designar representantes que no integren el cuerpo.

2. Se considera que el actual período de cuatro años es limitado y no permite que los miembros del Consejo puedan elaborar políticas de largo y mediano plazo. Por ello se aconseja un período de 6 años.

3. Es importante que las elecciones de los Consejeros no estén vinculadas ni se realicen en períodos electorales para que no influyan en ellas las posturas políticas partidarias. En este sentido, la duración de seis años permite que se cumpla este objetivo pues los consejeros designados trascenderán en su cargo los períodos de elecciones generales.

c) Análisis sobre la forma de dotar de una mayor agilidad, publicidad y transparencia a los concursos de selección y a los procesos de enjuiciamiento de magistrados, con posibilidad de brindar una mayor

participación a las universidades públicas y a las organizaciones no gubernamentales cuyo objeto estatutario se vincule directamente con el servicio de administración de justicia.

c.1. DOTAR DE MAYOR AGILIDAD, PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA A LOS METODOS DE SELECCIÓN DE MAGISTRADOS.

La Comisión consideró que el perfeccionamiento del sistema de selección de candidatos a integrar las ternas debe estar vinculado con un sistema eficiente de formación de jueces. A su vez el sistema debe permitir, una vez que esté instalado, una mayor agilidad y objetividad en la selección de candidatos que acote la influencia de la política partidaria en este proceso que hoy es moneda corriente. Para conseguir estos objetivos se recomienda:

I Rediseño de la Escuela Judicial de la Nación:

1. El propósito del Proyecto es jerarquizar la Escuela Judicial de la Nación (EJN), actualmente existente, a fin de que sea un instituto de excelencia destinada a la formación y perfeccionamiento de jueces. Consideramos que en la Argentina ya existe experiencia sobre el funcionamiento de Escuelas Judiciales tanto en el ámbito provincial como en la EJN. Ahora es necesario trabajar para superar una etapa en la cual estos institutos organizan cursos particulares sin una coordinación, a fin de convertirlos en el paso necesario para el ingreso y el ascenso en la carrera judicial.

2. No creemos que la obligatoriedad sea el medio idóneo para imponerla; más bien debe otorgase un valor decisivo en el concurso de antecedentes, especialmente al curso de aspirantes a jueces de primera instancia, para que los interesados vean las ventajas de inscribirse en los mismos y cursarlos con éxito ya que el puntaje que otorgan debería estar en directa relación con la valoración del desempeño en el curso.

3. Se pretende darle a la EJN una alta jerarquía académica dotándolo de recursos suficientes para ello provenientes de un porcentaje de la tasa de Justicia y de una parte importante del presupuesto del Consejo de la Magistratura.

La asignación de la Tasa de Justicia responde al concepto tributario de retribución del servicio mediante el principio que el ciudadano, mediante el pago de la gabela, sabe que parte de la misma está afectada a la formación de quienes lo juzgarán.

Respecto del alto porcentaje del presupuesto del Consejo responde a la idea de que el esfuerzo presupuestario debe estar fundamentalmente dirigido a elevar el nivel de los integrantes del Poder Judicial mediante un sistema de formación inicial y continua que lleve a los más aptos a la función.

4. Deberá establecerse un curso inicial con una extensión aproximada de dos años para poder aspirar al cargo de Juez de primera instancia el cual, si bien no será obligatorio, se le otorgará una incidencia fundamental en la selección al promediarse con la nota del concurso de oposición. Este curso deberá estar inspirado en experiencias extranjeras como la de Francia, España Japón, etc. y puede inspirarse en la solución rige en el Servicio Diplomático, donde existe un instituto de concurrencia obligatoria para quienes aspiran a ingresar a la carrera.

4. A su vez, la Escuela Judicial organizará cursos de perfeccionamientos y de educación continua, voluntarios que serán valorados como antecedentes para los candidatos a Jueces de Cámara. Se ocupará también de la formación especializada de empleados.

5. En consonancia con lo expuesto en este inciso del decreto 635/2020. El Consejo de la Magistratura deberá elaborar un protocolo donde figuren los estándares mínimos que deberán cumplir los cursos de posgrado orientados a la formación de magistrados que organicen las universidades nacionales o privadas y el puntaje que otorgarán los títulos otorgadas por las mismas en los antecedentes de los aspirantes.

II. Agilidad, publicidad y transparencia a los concursos de selección.

1. El funcionamiento del curso permitirá tener una base de egresados calificados por sus notas que no solo accederán a los concursos, sino que pueden ser candidatos a cubrir vacancias temporarias mediante un sistema de acuerdo senatorial especial a fin de cumplir con las prescripciones de la Constitución y con los precedentes de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2. Se propone establecer un sistema de concursos que se convocarán anualmente con independencia de las vacantes concretas que se produzcan. Ello se basará en trabajos estadísticos sobre las vacantes existentes y el promedio de las que se producen anualmente. De esta forma, con el resultado de los concursos de oposición y antecedentes, incididos éstos últimos por la importancia en el puntaje que otorgará el desempeño en los cursos de la Escuela Judicial, podrá tenerse un panel de aspirantes a cada cargo que permitirá integrar las ternas cuando concretamente se producen las vacantes sin que deba esperar para cubrírselas al lento proceso de selección que hoy rige.

c.2. TRANSPARENCIA A LOS PROCESOS DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS.

1. La propuesta opta por establecer una oficina permanente a cargo de un secretario que tramite la iniciación de las causas y la constitución del Tribunal de Enjuiciamiento cuando se produzca la acusación por parte del Plenario del Consejo de la Magistratura.

2. Los órganos políticos deben estar representados por el Senado pues es un Tribunal destinado a juzgar la conducta de los jueces y, por ello, debe estar compuesto en parte, por integrantes del Senado, órgano que en nuestra Constitución histórica ejercía como Tribunal el el juicio político de los jueces.

b) Incorporación de perspectiva de género en la composición del Consejo y en los actos que hacen a su funcionamiento;

En esta materia proponemos seguir los lineamientos de la normativa general prescripta en leyes y decretos del Poder Ejecutivo, estableciendo las proporciones que las mismas indiquen, pero estableciendo sistemas que permitan tener en cuenta el principio de la idoneidad para el cargo.

c) Análisis de la inclusión de un criterio federal para la composición y funcionamiento del CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA NACIÓN.

Respecto a este punto consideramos que el sistema de selección de Consejeros Jueces y abogados responde a un criterio federal de los integrantes de estos estamentos. En cuanto al estamento político, al elegirse sus representantes por la Cámara de Diputados, es en ese cuerpo, mediante reglamentación, donde deben establecerse criterios federales para designar sus representantes. Lo mismo ocurre con el representante académico que es elegido por los claustros de universidades estatales y privadas de todo el país.

Anexo 43

PROYECTO DE LEY DEL

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Propuesta de Enrique V. del Carril

SECCION I

Del Consejo de la Magistratura.

TITULO I

Competencia y Composición del Consejo.

ARTICULO 1º: Competencia: 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. Está subordinado jerárquicamente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ejercicio de las atribuciones que le otorgan los incisos 3, 4 y 6 de dicho artículo.

COMENTARIO:

Es importante establecer claramente la subordinación del Consejo a la Corte Suprema de Justica en los temas de administración de los recursos humanos y materiales del Poder Judicial. En el régimen vigente este principio no surge claro y ha dado lugar a una situación de hecho signado por una convivencia negociada en cada caso manteniendo un status quo que debe definirse.

El art 114 de la Constitución establece que le corresponde al Consejo de la Magistratura las facultades de administración del Poder Judicial que deben distinguirse de las de Gobierno que corresponden a la Corte Suprema de Justicia en virtud de lo dispuesto en el artículo 113. En este sentido propiciamos una interpretación sistemática y finalista del art.114. La interpretación sistemática impide afectar los denominados "contenidos petreos" de nuestra Ley Fundamental, entre los cuales la independencia del Poder Judicial, llamado a controlar a los otros dos mediante la facultad de declarar la inconstitucionalidad de sus actos, es uno de los más importantes. La interpreta con finalista indica que debe tenerse en cuenta la intención del constituyente que fue afianzar la independencia del Poder Judicial según surge del debate en la convesión constituyente (Anexo I).

Atribuir el gobierno del Poder Judicial a un órgano integrado por representante de sus controlados y con peso suficiente para imponer sus criterios en el manejo de los recursos materiales y humanos de aquel afecta, sin duda, su independencia.

ARTICULO 2º: Composición y órganos auxiliares: El Consejo estará integrado por veinte consejeros, de acuerdo con la siguiente composición:

1. Un Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien presidirá el Consejo.

COMENTARIO:

Conforme al principio mencionado en el artículo anterior, el restablecimiento de un Ministro de la Corte como Consejero presidente es indispensable. No consideramos necesario que sea el propio presidente del Alto Tribunal quien presida el Consejo. En este sentido la propia Corte Suprema, de acuerdo a la división del trabajo entre sus Ministros y las aptitudes de cada uno estará en óptimas condiciones para designar a uno de ellos para cumplir las funciones de Presidente del Consejo.

2. Seis representantes de los jueces de todas las instancias elegidos por sistema D`Hont o similar por los jueces federales de todo el país debiéndose garantizar la representación debiéndose garantizar la representación igualitaria de hombres y mujeres, de los jueces de cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados, con competencia federal del interior de la República.

3. Seis representantes de la Cámara de Diputados elegidos cuatro por la mayoría y dos por la primera minoría. Solo podrán elegirse diputados en ejercicio si piden licencia para cumplir con lo dispuesto en el art

COMENTARIO:

(i) La presencia de los legisladores en el Consejo manteniendo sus obligaciones propias a sus cargos, no ha sido una buena experiencia. En primer lugar porque sus ocupaciones en el Congreso y sus consecuentes actividades partidarias restan dedicación a sus funciones en el Consejo; en segundo lugar porque los diputados y senadores tienden a privilegiar sus vínculos partidarios en su tarea dentro del Consejo. Esto ha conspirado contra la función técnica del Consejo destinada a seleccionar candidatos conforme a criterios de idoneidad para formar las ternas de candidatos. El control político de los otros poderes sobre el Judicial en el sistema de "frenos y contrapesos" se realiza en la etapa final de selección donde el Presidente puede aplicar criterios políticos para elegir uno entre los candidatos propuestos en las ternas, seleccionados por el Consejo según criterios de idoneidad, para elevar su propuesta al Senado quien debe otorgarle el acuerdo.

La opinión general respecto a las reformas necesarias en el Consejo se inclina hacia la designación de representantes elegidos por los componentes de los órganos políticos resultantes de la elección popular a fin de morigerar el vínculo partidario y, además, facilitar la dedicación exclusiva de los Consejeros, imposible de cumplir si sus integrantes por el sector de los órganos políticos mantienen sus funciones como diputados o senadores.

(ii) El artículo 114 de la Constitución Nacional delineo tres estamentos uno de los cuales está constituido por los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular ***en conjunto****. No es necesario distinguir entre representantes de cada uno de éstos órganos la reforma se propuso (y así surge de los debates constituyentes) incluir este sector para evitar que el Consejo se convierta en un órgano corporativo de designación y remoción de jueces. En este sentido proponemos que los representantes de los órganos políticos emanados del voto popular sean elegidos por la Cámara de Diputados pues el Poder Ejecutivo y el Senado intervienen directamente en la última etapa de designación de jueces.*

4. Seis representantes de los abogados con matrícula federal elegidos por el sistema D`Hont o similar, debiéndose garantizar la representación igualitaria de hombres y mujeres. Por lo menos uno de los representantes deberá tener domicilio real en cualquier punto del interior del país.

5. Un académico elegido por los profesores universitarios de Universidades oficiales y privadas. entre miembros de academias reconocidas o profesores titulares de facultades de Derecho,

COMENTARIO:

(i) La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el "Caso Rizzo" interpretando los términos del art. 114 de la Constitución Nacional ha dicho que del texto surge que no se le ha dado a los académicos un "rol central" (considerando 19). Dijo la Corte que "El texto constitucional no ofrece dudas en cuanto a que este sector no esta en el centro de la escena". Está claro que los consejeros académicos no forman parte del sistema de equilibrio requerido por la norma constitucional.

(ii) No puede realizarse discriminación alguna entre los consejeros académicos respecto a las Universidades donde se desempeñan pues tienen idéntica jerarquía quienes cumplen esas funciones en universidades oficiales o privadas. Asimismo debe tenerse en cuenta que quienes forman parte de Academias Nacionales tienen jerarquía suficiente para desempeñarse como consejeros

Será elegido por los integrantes de un padrón constituido al efecto por profesores de Derecho regulares de las universidades privadas y estatales de todo el país.

Los Consejeros 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.

ARTICULO 3º: Duración. Los Consejeros durarán cuatro años en sus cargos, pudiendo ser reelegidos por una vez en forma consecutiva.

ARTICULO 4º: Requisitos y dedicación. Para ser Consejero se requerirán las siguientes condiciones:

1. Los representantes de los jueces pueden estar en actividad de cualquiera de las instancias o jubilados, con una antigüedad de diez años en el ejercicio del cargo. También podrán ser elegidos representantes de los jueces abogados que hayan ejercido como jueces durante quince años. Tendrán dedicación exclusiva por lo que deberán pedir licencia en el cargo que ejercen durante el desempeño de su función en el Consejo;

COMENTARIO:

Se propone ampliar los requisitos para ser representantes de los jueces a los jubilados y a aquellos abogados que hayan ejercido la magistratura durante quince años. La idea es permitir una mayor amplitud en la elección de representantes incorporando a personas que pueden tener más tiempo y, de esta manera, facilitar el cumplimiento del requisito de dedicación exclusiva.

2. Los abogados deberán tener una antigüedad de diez años en el ejercicio de la profesión. Tendrán dedicación exclusiva e incompatibilidad con la representación y patrocinio ante Tribunales Federales y provinciales de todo el país o en tribunales arbitrales internos o internacionales. Podrán mantener su nombre en su Estudio mientras permanezcan en el cargo en el Consejo;

Se propone ampliar la incompatibilidad para el ejercicio de la profesión a fin de facilitar la dedicación exclusiva.

3. Los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular deberán tener título universitario de abogado expedido por Universidad Nacional o Privada. Tendrán dedicación exclusiva.

4. El académico designado podrá ejercer la docencia universitaria. Con esa excepción tienen dedicación exclusiva y no podrán ejercer cargos directivos de ningún tipo.

5. El Ministro de la Corte Suprema de Justicia continuará en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales es dicho Tribunal.

ARTICULO 5º: Incompatibilidades. Los Consejeros Estarán sujetos a las incompatibilidades que rigen para los jueces. Los miembros del Consejo de la Magistratura no podrán concursar para ser designados magistrados o ser promovidos si lo fueran, mientras dure su desempeño en el Consejo y hasta después de transcurrido un año del plazo en que debieron ejercer sus funciones.

ARTICULO 6º: Modo de actuación. El Consejo de la Magistratura actuará en sesiones plenarias, por la actividad de sus comisiones y por medio de las siguientes oficinas auxiliares: a) una Secretaría del Consejo, b) una Oficina de Administración y reglamentos del Poder Judicial, c) Escuela Judicial de la Nación y d) el cuerpo de auditores del Poder Judicial. A su vez podrá crear otros organismos auxiliares para el mejor desempeño de sus funciones.

TITULO II

Del Plenario del Consejo de la Magistratura.

CAPITULO I

Atribuciones y funcionamiento:

ARTICULO 7º: Atribuciones del Plenario. Además de las atribuciones que se le otorgan en otros artículos de la presente ley, el Consejo de la Magistratura reunido en sesión plenaria, tendrá las siguientes atribuciones:

1. Dictar su reglamento general.

2. Dictar los reglamentos referidos a la organización judicial y los reglamentos complementarios de las leyes procesales, así como las disposiciones necesarias para la debida ejecución de esas leyes y toda normativa que asegure la independencia de los jueces y la eficaz prestación de la administración de justicia.

3. Tomar conocimiento del anteproyecto de presupuesto anual del Poder Judicial que le remita el presidente y realizar las observaciones que estime pertinentes para su consideración por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

COMENTARIO.

Este inciso se incluyó en la primera ley y se mantuvo en todas las reformas. Su redacción demuestra la intención del legislador de respetar la prescripción constitucional que establece a la Corte Suprema de Justicia como cabeza del Poder Judicial (artículo 108). Hasta la reforma instrumentada en la ley 26080 el presidente de la Corte Suprema de Justicia –que era también presidente del Consejo- elaboraba el anteproyecto de presupuesto que, una vez conocido por el plenario de este cuerpo, se elevaba a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Luego de la reforma instrumentada por dicha ley en la cual se suprimió la participación de la Corte Suprema en el Consejo, el anteproyecto lo elaboraba la presidencia y era elevado a la Corte. En ambos supuestos está claro que nuestro más Alto Tribunal, conforme a lo dispuesto en el art. 1 de la ley de autarquía de la Justicia, aprueba el presupuesto para su elevación al Poder Ejecutivo a fin de que éste lo incorpore anualmente al proyecto de presupuesto elevado al Congreso.

4. Designar entre sus miembros a su vicepresidente.

5. Designar los integrantes de cada comisión.

6. Designar al administrador general del Poder Judicial de la Nación, al secretario general del Consejo, al secretario del cuerpo de Auditores del Poder Judicial y establecer el número de auditores. Designarán también a los titulares de los organismos auxiliares que se crearen y podrán disponer su remoción por mayoría absoluta de sus miembros. Establecer la remuneración de todos estos funcionarios.

7. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, contemplado en el artículo 114, inciso 5 de la Constitución Nacional previo dictamen de la Comisión de Acusación; formular la acusación correspondiente ante el Jurado de Enjuiciamiento, y ordenar, en su caso, la suspensión del magistrado, siempre que la misma se ejerza en forma posterior a la acusación del imputado. A tales fines se requerirá una mayoría de dos tercios de los consejeros presentes.

Esta decisión no será susceptible de acción o recurso judicial o administrativo alguno.

COMENTARIO:

Las funciones del Consejo de la Magistratura referidas a remoción de magistrados son propias e irrevisables por el Poder Judicial porque responden al esquema de división de poderes y control de los actos del Poder Judicial.

La decisión de abrir un procedimiento de remoción no podrá extenderse por un plazo mayor de un año contado a partir del día en que se presente la denuncia contra el magistrado.

Cumplido el plazo indicado sin haberse expedido la Comisión de Acusación, el expediente pasará al plenario para su inmediata consideración que deberá pronunciarse en el plazo de seis meses.

8. Dictar las reglas de funcionamiento de la Secretaría General, de la Oficina de Administración del Poder Judicial, del Cuerpo de Auditores del Poder Judicial y de los demás organismos auxiliares cuya creación disponga el Consejo.

9. Reglamentar el procedimiento de los concursos públicos de antecedentes y oposición en los términos de la presente ley.

10. Aprobar los concursos y remitir al Poder Ejecutivo las ternas vinculantes de candidatos a magistrados. A tal efecto se adoptará la resolución por el voto de la mayoría absoluta de los consejeros presentes.

11. a propuesta de la Comisión de Selección y Formación de Jueces, dictará el reglamento de la Escuela Judicial de la Nación de la República Argentina, y establecerá el puntaje que otorgarán los cursos realizados, con exclusión del previsto en el art 34, para los concursos previstos en el inciso anterior. Aprobar los cursos de capacitación para magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial para la eficaz prestación de los servicios de justicia. Todo ello en coordinación con la Comisión de Selección y Escuela Judicial.

El artículo 34 del proyecto establece las pautas y la obligación de organizar un curso de aspirantes a jueces de primera instancia. En dicha norma también se establece la forma y el puntaje que se computará en los concursos para integrar las ternas de aspirantes. La Escuela Judicial puede organizar otros cursos y establecer el puntaje que tendrán como antecedentes de quienes los hayan cursado. Estos cursos pueden orientarse a jueces de instancias superiores o a especialidades. El Plenario es el órgano que establece los puntajes a propuesta de la Comisión de Selección y Formación de Jueces.

12. Aplicar las sanciones a los magistrados a propuesta de la Comisión de Disciplina.

La Corte Suprema y los tribunales inferiores mantienen la potestad disciplinaria sobre los funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Nación, de acuerdo a las leyes y reglamentos vigentes.

La decisión de abrir un proceso disciplinario no podrá extenderse por un plazo mayor de seis meses contados a partir del día en que se presente la denuncia contra el magistrado. Cumplido el plazo indicado sin haberse expedido la comisión, el expediente pasará al plenario para su inmediata consideración que deberá expedirse en el plazo de seis meses.

13. Reponer en sus cargos a los magistrados suspendidos que, sometidos al Jurado de Enjuiciamiento, no hubieran resultado removidos por decisión del Tribunal o por falta de resolución dentro del plazo constitucional. Dicha reposición deberá tener lugar dentro de los cinco días siguientes de la fecha de finalización del enjuiciamiento, o del término del plazo previsto en el artículo 115, tercer párrafo de la Constitución Nacional.

14. Remover a los miembros de sus cargos, por el voto de las tres cuartas partes de los miembros totales del cuerpo, mediante un procedimiento que asegure el derecho de defensa del acusado, cuando incurrieran en mal desempeño o en la comisión de un delito durante el ejercicio de sus funciones.

En ninguno de estos procedimientos, el acusado podrá votar.

15. Entender en los recursos jerárquicos interpuestos contra las decisiones del Administrador del Poder Judicial

ARTICULO 8º: Reuniones del plenario. Publicidad de los expedientes. El Consejo de la Magistratura se reunirá en sesiones plenarias y públicas por lo menos una vez al mes o cuando decida convocarlo su presidente, el vicepresidente en ausencia del presidente o a petición de siete de sus miembros.

Los expedientes que tramiten en el Consejo de la Magistratura serán públicos.

ARTICULO 9º: Quórum y decisiones. El quórum para sesionar será de once miembros y adoptará sus decisiones por mayoría absoluta de miembros presentes, salvo cuando por esta ley se requieran mayorías especiales.

Si no hubiera quorum en una primera citación, se realizará una segunda convocatoria dentro de quince días de fracasada la primera y el plenario podrá sesionar con los miembros presentes.

El Consejo de la Magistratura es un organismo técnico que debe cumplir sus funciones a fin de permitir el normal funcionamiento del Poder Judicial. El quorum es un requisito impuesto para dar legitimidad a las decisiones pero en manera alguna puede constituirse en una herramienta tendiente a trabar el funcionamiento del Consejo. No puede repetirse la lógica de los órganos políticos donde otorgar o no quorum es una legítima arma que permite a la oposición forzar al oficialismo a negociar para obtener la aprobación de leyes o decisiones. En el Consejo de la Magistratura lo que se busca es el mejoramiento y la independencia del Poder Judicial, no la incidencia del factor político en los nombramientos el cual está presente en la segunda etapa del proceso de designación mediante la elección de uno de los candidatos de la terna a cargo del Presidente de la Nación y el posterior acuerdo del Senado.

CAPITULO II

Atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Del Recurso contra las decisiones del Plenario:

COMENTARIO.

En este capítulo se regula la forma en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejerce las atribuciones propias del gobierno del Poder Judicial. Las disposiciones aquí contenidas marcan la subordinación del Consejo de la Magistratura al Alto Tribunal en el ejercicio de los actos administrativos referidos al Poder Judicial.

Consideramos fundamental este capítulo, como la redacción que se propone al artículo 1, a fin de aclarar definitivamente el rol de cada uno de los órganos y evitar el conflicto actual donde la Corte Suprema de Justicia en sus acordadas reafirma que ejerce el gobierno del Poder Judicial y el Consejo le está subordinado, mientras éste reivindica una hipotética supremacía en materia de administración de los recursos del Poder Judicial. Hasta ahora este conflicto viene solucionándose por vía de negociaciones concretas en cada caso pero es necesario aclarar debidamente el punto.

ARTICULO 10º: De la revisión. La Corte Suprema de Justicia de la Nación podrá revisar de oficio por vía de acordadas las decisiones que el plenario tome en uso de las facultades establecidas en los incisos 2, 12 a 15 del artículo 7.

COMENTARIO:

Rige el principio jerárquico del Derecho Administrativo conforme al cual el órgano superior tiene facultades para revisar los actos de los órganos inferiores ya sea por la vía del recurso o por avocación.

Este principio no rige en materia de selección de candidatos a jueces y de remoción pues estas facultades son propias del Consejo de la Magistratura integrando los pasos de designación de los integrantes de los Tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia, en el esquema de control mutuo entre poderes. La inclusión del Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional tenía como uno de sus principales objetivos asegurar la calidad de nombramientos y la exclusión de motivaciones políticas partidarias en el proceso de remoción, pero también fue una de las intenciones del constituyente evitar un sistema cerrado y corporativo que incida en la selección de aspirantes o en la remoción de jueces.

ARTÍCULO 11: Las decisiones del plenario respecto de las normas mencionadas en el artículo anterior podrán recurrirse a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante un recurso directo que estará sometido a las siguientes reglas procesales:

1. El recurso deberá interponerse ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación dentro del plazo de 10 días de notificada o publicada la resolución del Plenario mediante la presentación de un escrito que reúna los requisitos impuestos por las leyes procesales y las Acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el recurso de Queja por denegación del Extraordinario.

2. Estará legitimado para interponer el recurso la persona física o jurídica directamente afectada por la resolución del Consejo. Se considerará legitimados de pleno derecho los Jueces Federales de cualquiera instancia y las organizaciones que los representen, el Procurador General de la Nación, los fiscales federales de todas las instancias, los abogados de la matrícula y cualquier organización que acredite representar a los mismos o a sectores de éstos.

3. La Corte Suprema de Justicia de la Nación examinará la procedencia del recurso y podrá rechazarlo "in límine" en el supuesto que no corresponda por la materia o no reúna los requisitos formales.

4. La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tendrá los efectos de la cosa juzgada y hará ejecutoria con el solo pronunciamiento.

COMENTARIO:

La instrumentación de un recurso directo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación permite que la facultad revisora de ésta pueda ser instada por quienes tienen interés y están legitimados para ello. En el inciso 2 se enumeran quienes están legitimados y se le otorga la misma a las organizaciones de jueces y abogados por ser éstos los principales interesados en el buen funcionamiento de la Justicia.

CAPITULO III

Autoridades:

ARTICULO 12: Presidencia. El ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ejercerá la Presidencia del Consejo de la Magistratura será designado por sus pares y contará con las atribuciones que dispone esta ley y las demás que establezcan los reglamentos que dicte el Consejo. El presidente tiene los mismos derechos y responsabilidades que los restantes miembros del Consejo y cuenta con voto simple.

COMENTARIO

No es imprescindible que el representante de la Corte Suprema de Justicia en el Consejo sea el presidente de este Tribunal. Por razones funcionales es conveniente dejar abierta la posibilidad que tal representación la ejerza cualquiera de los jueces integrantes del Tribunal.

ARTICULO 13: Vicepresidencia. El Consejo de la Magistratura elegirá entre sus miembros un vicepresidente que ejercerá las funciones ejecutivas que establezcan los reglamentos internos y sustituirá al presidente en caso de ausencia o impedimento.

TITULO III

De las Comisiones.

CAPITULO I

Integración y funcionamiento:

ARTICULO 14: Comisiones. Autoridades. Reuniones. El Consejo de la Magistratura realizará sus tareas mediante la organización de cuatro comisiones: 1) Formación y selección de jueces; 2) disciplina; 3) acusación; 4) administración y reglamentos del Poder Judicial. Las mismas deberán integrarse cada una por cinco Consejeros, de la siguiente forma:

1. Formación y selección de jueces: Dos Consejeros abogados, dos consejeros jueces, un Consejero Académico;

2. Disciplina: Un Consejero juez, dos consejeros abogados, dos consejeros representantes de la Cámara de Diputados;

3. Acusación: Un consejero abogado, dos consejeros jueces, dos consejeros representantes de la Cámara de Diputados

4. administración y reglamentos del Poder Judicial: Un Consejero Juez, un Consejero abogado; dos consejeros representantes de la Cámara de Diputados; el Presidente del Consejo de la Magistratura.

COMENTARIO

El Consejo tiene veinte consejeros. Cada uno de ellos trabajará en una comisión además de integrar el plenario que revisa las decisiones de todas ellas. Cada comisión se compone con miembros de todos los estamentos que forman el equilibrio establecido en el art. 114 de la Cosntitución Nacional.

ARTICULO 15: Funcionamiento: Las reuniones de comisión serán públicas. Cada comisión fijará sus días de labor y elegirá entre sus miembros un presidente que durará un año en sus funciones el que podrá ser reelegido en una oportunidad.

CAPITULO II

Del Procedimiento de selección de magistrados:

ARTICULO 16: Competencia: Es competencia de la Comisión de Selección y formación de Jueces llamar a concurso público de oposición y antecedentes para cubrir las vacantes de magistrados judiciales, sustanciar los concursos, designar jurados, evaluar antecedentes de aspirantes, confeccionar las propuestas de ternas elevándolas al plenario del Consejo y ejercer las demás funciones que establece esta ley y el reglamento que se dicte en consecuencia

ARTICULO 17: Selección de Magistrados. La selección de jueces de primera y segunda instancia se realizará conforme al siguiente procedimiento:

1. La selección de jueces federales para todas las instancias se realizará por concurso de antecedentes y oposición;

2. En el puntaje referido a los antecedentes en la selección de los jueces de primera instancia tendrá una gravitación principal el puntaje obtenido en el curso organizado por la Escuela Judicial conforme lo dispuesto en el artículo 35°. Respecto de los Jueces de instancias Superiores, se establecerá la valuación de los cursos realizados en la Escuela Judicial dentro de los antecedentes;

3. El primer año de vigencia de la ley se abrirán los concursos para cubrir vacantes existentes o que puedan producirse en todas las instancias elaborándose una lista por orden de mérito, que permita confeccionar las ternas en base al promedio de vacantes producidas en los cinco años anteriores;

4. La lista de postulantes seleccionados tendrá una vigencia de cinco años. Anualmente se llamará a concurso para completar dicha lista en el número necesario para: a) completar el número de aspirantes cuando se haya reducido por nombramientos efectuados; b) cubrir el aumento de posibles vacantes en el promedio calculado según lo establecido en 3.

5. Si el número de integrantes de la lista no alcanzare para cubrir las vacantes de un año se llamará a concurso para cubrir las mismas.

6. Producida la o las vacantes a llenar, el Plenario del Consejo confeccionará las ternas a elevar al Poder Ejecutivo Nacional respetando el orden de mérito conforme a las calificaciones obtenidas en los concursos. Solo podrá variarse el orden de mérito por decisión del Plenario del Consejo con el voto de dos tercios de los Consejero presentes en la cesión citada al efecto, la cual será pública y los Consejeros que propusieran la variación del orden de mérito deberán fundar oralmente su voto que se publicará en la página web del Consejo.

COMENTARIO

En los cuatro incisos precedentes se pretende realizar concursos con anticipación a la existencia de vacantes concretas a fin de tener una lista de aspirantes ya seleccionados que puedan integrar las ternas y, de esta forma, evitar las actuales demoras en la integración de las vacantes.

7. El Poder Ejecutivo podrá elegir el candidato a ser propuesto al Senado para el acuerdo de entre los tres que forman la terna libremente. No habrá prioridades entre ellos.

COMENTARIO:

La función del Consejo de la Magistratura en el proceso de designación de jueces no implica suprimir las atribuciones políticas del Poder Ejecutivo que debe ejercerlas dentro del esquema de frenos y contrapesos entre los tres poderes. Se pretende acotar la discrecionalidad del Poder Ejecutivo a la elección entre tres candidatos que han demostrado en los concursos su calidad técnica. El Presidente de la Nación debe tener la libertad de elegir entre los ternados conforme a criterios políticos.

8. Si el Senado no otorga el acuerdo al postulado, el Poder Ejecutivo deberá postular al segundo de la terna propuesta y, si tampoco recibe el acuerdo al tercero. En el supuesto que ninguno de los tres ternados reciba el acuerdo del Senado, el Poder Ejecutivo requerirá la elevación de una nueva terna al Consejo de la Magistratura.

COMENTARIO:

El sistema propuesto tiende a agilizar el proceso de integración de las vacantes. Se ejerce el control del Senado sobre las designaciones del Poder Ejecutivo como se preveía en nuestra Constitución histórica, pero el Presidente de la Nación debe agotar la terna propuesta por el Consejo si hubiera rechazos.

9. Las bases de la prueba de oposición y antecedentes serán las mismas para todos los postulantes. La prueba de oposición escrita deberá versar sobre temas directamente vinculados a la función que se pretenda cubrir y evaluará tanto la formación teórica como la práctica. Se asegurará el anonimato de los concursantes hasta la calificación realizada por el Jurado.

ARTICULO 18: Requisitos. Para ser postulante se requerirá ser argentino nativo o naturalizado, poseer título de abogado, con treinta y cinco años de edad y con diez años de ejercicio de la profesión como mínimo, si se aspira a ser juez de cámara, o treinta años de edad y cinco años en el ejercicio de la profesión como mínimo, si se aspira a ser juez de primera instancia. La nómina de aspirantes deberá darse a publicidad para permitir las impugnaciones que correspondieran respecto a la idoneidad de los candidatos.

ARTICULO 19: Integración de los jurados. El Plenario del Consejo -a propuesta de la Comisión- elaborará periódicamente listas de jurados para cada especialidad.

Dichas listas deberán garantizar la representación igualitaria de hombres y mujeres. Estarán integradas por jueces, abogados de la matrícula federal y profesores titulares, asociados y adjuntos regulares, eméritos y consultos de derecho de las universidades nacionales, públicas o privadas, que cumplieren, además, con los requisitos exigidos para ser miembro del Consejo.

La Comisión sorteará cuatro miembros de las listas, a efectos de que cada jurado quede integrado por dos jueces y un profesor de derecho y un abogado.

Los miembros, funcionarios y empleados del Consejo no podrán ser jurados.

El jurado tomará el examen y calificará las pruebas de oposición de los postulantes, elevando las notas a la Comisión, la que calificará los antecedentes obrantes en la sede del Consejo. De todo ello, se correrá vista a los postulantes, quienes podrán formular impugnaciones dentro de los cinco días, debiendo la Comisión expedirse en un plazo de quince días hábiles.

En base a los elementos reunidos la Comisión determinará la terna y el orden de prelación que será elevado al plenario junto con la nómina de los postulantes que participarán de la entrevista personal.

La entrevista con el plenario será pública y tendrá por objeto evaluar su idoneidad, aptitud funcional y compromiso con la defensa del sistema republicano, especialmente la división e independencia de los Poderes instituidos en la Constitución Nacional.

El plenario podrá revisar de oficio las calificaciones de los exámenes escritos, de los antecedentes, impugnaciones y dictámenes.

Toda modificación a las decisiones de la Comisión deberá ser suficientemente fundada y deberá adoptarse por mayoría de dos tercios de sus miembros y la misma será irrecurrible.

La duración total del procedimiento no podrá exceder de noventa días hábiles contados a partir de la prueba de oposición. El plazo sólo podrá prorrogarse por treinta días hábiles más, mediante resolución fundada del plenario, en el caso de que existieren impugnaciones. En el supuesto que al vencimiento de dicho plazo ya se haya realizado la entrevista en el Plenario prescripta en este artículo y éste no se haya pronunciado quedará consagrada la terna que surge del Concurso.

El rechazo por el Senado del pliego de todos los integrantes de la terna elevada al Poder Ejecutivo obligará a elevar una nueva terna o, en su caso, importará la convocatoria automática a un nuevo concurso para cubrir la vacante de que se trate.

ARTICULO 20: Publicidad. Este requisito se entenderá cumplido con la publicación por tres días en el Boletín Oficial y en un diario de circulación nacional donde se referenciarán sucintamente los datos que se pretenden informar individualizando los sitios en donde pueda consultarse la información in extenso, sin perjuicio de las comunicaciones a los colegios de abogados y a las asociaciones de magistrados. El Consejo deberá mantener actualizada la información referente a las convocatorias, y permitir el acceso a formularios para la inscripción de los postulantes en la página Web que deberá tener a tal fin, de modo de posibilitar a todos los aspirantes de la República conocer y acceder a la información con antelación suficiente.

CAPITULO III

De la Comisión de Disciplina:

ARTICULO 21: Competencia. Es de su competencia proponer al plenario del Consejo sanciones disciplinarias a los magistrados por faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones.

ARTICULO 22: Sanciones disciplinarias. Las faltas disciplinarias de los magistrados, por cuestiones vinculadas a la eficaz prestación del servicio de justicia, podrán ser sancionadas con advertencia, apercibimiento y multa de hasta un treinta por ciento de sus haberes. 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 debidos a otros magistrados;

3. El trato incorrecto a abogados, peritos, auxiliares de la justicia o litigantes;

4. Los actos ofensivos al decoro de la función judicial 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.

8. La demora injustificada de las causas a su cargo.

9. La exposición en medios públicos o redes sociales respecto de causas abiertas a su cargo mientras no tengan sentencia definitiva firme.

COMENTARIO

Este inciso responde al sano principio de que los jueces solo hablan por sus sentencias. No es bueno que los jueces utilicen los medios públicos para difundir sus opiniones sobre casos a su cargo antes del dictado de las sentencias. El control de la opinión pública respecto de la actuación de los jueces debe ejercerse por medio de la información objetiva que debe brindarse y la opinión de especialistas o ciudadanos. No son los jueces que tienen a cargo las causas los instrumentos de la información.

ARTICULO 23: Ejercicio de la potestad disciplinaria. La Comisión podrá proceder de oficio o ante denuncia que le efectúen otros órganos del Poder Judicial, magistrados, funcionarios o particulares que acrediten un interés legítimo. Queda asegurada la

garantía de independencia de los jueces en materia del contenido de las sentencias. En los casos de denuncias efectuadas por otros órganos del Poder Judicial, magistrados, funcionarios o particulares la Comisión deberá expedirse en un plazo máximo de noventa días hábiles contados desde la fecha de radicación de la denuncia. Vencido dicho plazo quedará sin efecto la denuncia.

ARTICULO 24: Recursos. Las sanciones disciplinarias que aplique la comisión serán recurribles ante el Plenario del Consejo de la Magistratura. El recurso se interpondrá y fundará por escrito ante el Consejo, dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la resolución, debiéndose ofrecer la prueba y acompañar la documental de que intentare valerse el recurrente. El Consejo, tomando en cuenta los argumentos del recurrente, fundará su decisión la cual será recurrible ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos del art 11.

CAPÍTULO IV

De la Comisión de Acusación

ARTICULO 25: Competencia. Es de su competencia proponer al plenario del Consejo la formulación de acusación respecto de magistrados cuando existan elementos probatorios que indiquen que incurrió en una de las causales constitucionales de remoción de los magistrados.

ARTICULO 26: Dictamen. La comisión recibirá las denuncias formuladas, analizará las pruebas aportadas por el denunciante y elevará al Plenario del Consejo de la Magistratura el dictamen previsto en el inciso 7° del artículo 7°. El dictamen deberá incluir las opiniones de la mayoría y la o las minorías.

CAPITULO V

De la Comisión de Administración y Reglamentos del Poder Judicial:

ARTICULO 27: Competencia. Es de su competencia proponer al Plenario medidas y cursos de acción para el cumplimiento de las atribuciones otorgadas al Consejo de la Magistratura por los incisos 3 y 6 del artículo 114 de la Constitución Nacional, a esos efectos podrá:

a) Analizar y emitir dictamen sobre los proyectos de reglamentos que le sean remitidos por la presidencia del Consejo, el plenario, las otras comisiones o cualquier integrante del Consejo;

b) Elaborar los proyectos de reglamentos que le sean encomendados por los órganos enunciados por el inciso precedente;

c) Propiciar ante el plenario, mediante dictamen y a través de la presidencia, las modificaciones que requieran las normas reglamentarias vigentes, para su perfeccionamiento, actualización, refundición y reordenación;

d) Emitir dictámenes a requerimiento de la presidencia, del plenario, de las otras comisiones o de cualquiera de sus miembros, en los casos en que se planteen conflictos de interpretación derivados de la aplicación de reglamentos.

e) Supervisar y controlar la actuación de la Oficina de Administración del Poder Judicial.

f) Supervisar y controlar la actuación del Cuerpo de Auditores del Poder Judicial. Proponer al mismo análisis o investigaciones relacionada con la tarea de los Tribunales e informar de sus resultados al Plenario.

TITULO VI

De la Oficina de Administración del Poder Judicial.

CAPITULO I

Administrador del Poder Judicial. Funciones:

ARTICULO 28º: Administrador general del Poder Judicial. La Oficina de Administración del Poder Judicial estará a cargo del administrador general del Poder Judicial quien será designado por concurso público por el Plenario conforme a las bases propuestas por la Comisión de Administración y Reglamentos del Poder Judicial. El Administrador general del Poder Judicial designará a los funcionarios y empleados de dicha oficina.

ARTICULO 29º: Funciones. La Oficina de Administración del Poder Judicial tendrá a su cargo las siguientes funciones:

1. Elaborar el anteproyecto de presupuesto anual del Poder Judicial de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Autarquía Judicial y la Ley de Administración Financiera y elevarlo a la consideración del presidente del Consejo de la Magistratura;

COMENTARIO:

Este inciso y el que sigue son concordantes con el 3 del art. 7. En estas normas se establece las etapas que se cumplirán para elaborar el presupuesto anual del poder judicial atribución que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que, conforme lo dispuesto en el artículo 1 de la ley de autarquía judicial (N 23853). Antes de la

instauración constitucional del Consejo de la Magistratura, la Corte cumplía esta función con las oficinas administrativas que integraban su estructura. Al crearse el Consejo otorgándole atribuciones que hacen a la administración del Poder Judicial dichas oficinas se trasladan a este último cuerpo y deberán ser integradas con personas con la especialización conveniente para llevar a cabo la tarea de elaborar un ante proyecto de presupuesto el cual se elevará al plenario del Consejo para su conocimiento y luego a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para su aprobación y elevación al Poder Ejecutivo Nacional a fin de que se incluya en la ley de presupuesto anual que se envía al Congreso para su sanción.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, como cabeza del Poder Judicial es quién debe elaborar las prioridades de inversión de los recursos del Poder Judicial. Esta función de gobierno no le corresponde al Consejo de la Magistratura que, en esta materia, solo debe cumplir las directivas del Alto Tribunal. Este mecanismo está impuesto por el principio de división de poderes. No es posible ni conveniente que un organismo integrado por representantes de otros poderes del Estado cuyas decisiones están sometidas al control de los jueces, decida sobre las prioridades de inversión de los recursos del Poder Judicial.

No cabe duda que las decisiones de inversión de fondos y las prioridades que surgen de las mismas inciden en el funcionamiento del Poder Judicial y no es conveniente que las mismas estén sujetas al debate político partidario que pueda suscitarse en el seno del Consejo de la Magistratura.

Un análisis de las acordadas dictadas por la Corte Suprema de Justicia luego de la creación del Consejo, donde se trataron competencias aparentemente concurrentes, muestran los conflictos que surgieron y cómo aquel Tribunal reivindicó su carácter de cabeza del Poder Judicial. Es cierto que, en general, los conflictos suscitados se solucionaron mediante negociaciones y un sano espíritu de colaboración. Pero no puede dejar de advertirse el riego institucional que existe de dificultar el funcionamiento del Poder Judicial si hubiera una decisión política de hacerlo para coartar su independencia. Ya hemos vivido amenazas de ese tipo en materia de selección y remoción de jueces que, en el futuro, pueden orientarse hacia aspectos de administración o disposición de los recursos.

En síntesis, es la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien debe establecer las prioridades de inversión con la colaboración de órganos administrativos especializados integrados en el Consejo de la Magistratura.

2. Ejecutar el presupuesto anual del Poder Judicial;

Una vez definidos los recursos del Poder Judicial y su inversión con participación de la Corte Suprema asistida por la Oficina de Administración del Poder Judicial, a esta le corresponde ejecutar el presupuesto.

3. Dirigir la oficina de habilitación y efectuar la liquidación y pago de haberes;

4. Dirigir la oficina de arquitectura judicial;

5. Dirigir la Imprenta del Poder Judicial;

6. Llevar el registro de estadísticas referidas a la carga de trabajo y desempeño de los diferentes Tribunales que integran el Poder Judicial elaboradas por el Cuerpo de Auditores del Poder Judicial;

COMENTARIO

En el proyecto, la oficina de Administración del Poder Judicial y el Cuerpo de auditores, no solo cumplen funciones referidas a la utilización de los recursos; se pretende también que analicen el funcionamiento y la eficiencia de los tribunales a fin de elaborar pautas de política Judicial, donde la Corte Suprema y el Consejo deberán trabajar coordinados.

7. Organizar y supervisar la oficina de informática judicial;

En materia de informática judicial ha primado la descordinación signada por esfuerzos aislados de algunos jueces o Tribunales, muy meritorios pero que carecen de uniformidad.

El resultado es que, actualmente la Justicia tiene un incompleto y precario sistema de información sobre los trámites de los juicios.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos años ha encarado tareas importantes en este campo. A partir de la sanción de la ley 26685, de expediente electrónico, en el mes de junio de 2011 llevó adelante un profundo trabajo tendiente a cumplirla, pero a cuatro años de la sanción de esta ley los resultados no han sido, hasta ahora, los esperados.

Se ha trabajado en forma cerrada sin pedir ni contar con la colaboración de los abogados que en este campo es esencial pues son los usuarios del sistema quienes, en sus estudios, hace más de dos décadas cuentan con herramientas informáticas de seguimiento de los casos de sus clientes, experiencia que les otorga legitimidad para aspirar a que aspiran que coordinar sus sistemas con las reformas introducidas.

La profesión legal ha evolucionado en su forma de prestar el servicio y son los abogados quienes están en condiciones de trasladar los criterios más adecuados para organizar la

forma en que se extrae la información y el seguimiento de los expedientes respetando la dirección de los jueces en su trámite.

En este sentido, la integración de un consejero abogado en la Comisión de Administración y Reglamentos del Poder Judicial permite que los planes referidos a la informática judicial cuenten con la opinión de la abogacía.

8. Proponer al plenario 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;

9. Llevar el inventario de bienes muebles e inmuebles y el registro de destino de los mismos;

10. 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;

11. 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;

12. Ejercer las demás funciones que establezcan los reglamentos internos.

CAPITULO II

Recursos contra las decisiones:

ARTICULO 30º: Revisión. Respecto de las decisiones del administrador general del Poder Judicial procederá el recurso jerárquico ante el plenario del Consejo previo conocimiento e informe de la Comisión de Administración y Financiera.

De la decisión del Plenario del Consejo procederá el recurso directo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación previsto en el art. 11.

TITULO VII

Del Cuerpo de Auditores del Poder Judicial.

ARTÍCULO 31°: Composición. El Cuerpo de Auditores del Poder Judicial estará integrado por el número de auditores que establezca el Plenario. Serán elegidos por concurso

público conforme a las bases que elabore la Comisión de Administración y Reglamentos del Poder Judicial.

ARTÍCULO 32°. Funciones. El Cuerpo de Auditores del Poder Judicial tendrá las siguientes funciones:

1. Elaborar las estadísticas sobre carga de trabajo y desempeño de los diferentes Tribunales que integran el Poder Judicial Federal. Las estadísticas deberán guardar la periodicidad que establezca la Comisión de Administración y Reglamentos del Poder Judicial y reflejar los datos que dicha comisión indique. Las estadísticas deberán publicarse en la página web del Consejo de la Magistratura y podrán ser consultadas por cualquier persona individual o jurídica, públicas o privadas con el único requisito de la identificación personal;

Ver comentario al artículo 28, inciso f)

2. Realizar las investigaciones y estudios que le encargue la Comisión de Administración y Reglamentos del Poder Judicial.

Las funciones que cumple el Cuerpo de Auditores del Poder Judicial solo se referirán al gerenciamiento del sistema. No están facultados a analizar el contenido de las sentencias de los jueces.

TÍTULO VIII.

De la Secretaría General del Consejo de la Magistratura.

ARTICULO 33°: Secretaría General. La Secretaría General del Consejo prestará asistencia directa al presidente, al vicepresidente y al plenario del Consejo, dispondrá las citaciones a las sesiones del plenario, coordinará las comisiones del Consejo, preparará el orden del día a tratar y llevará las actas. Ejercerá las demás funciones que establezcan los reglamentos internos. Su titular no podrá ser miembro del Consejo.

TITULO VII

De La Escuela Judicial de la Nación.

ARTICULO 34°: Objetivo. LA ESCUELA JUDICIAL DE LA NACION es el Instituto dirigido por la Comisión de Selección y Escuela Judicial que tiene por misión organizar y ejecutar el curso básico que podrán cursar todos los aspirantes a Jueces de Primera Instancia según lo establecido en el artículo 34. A su vez deberá organizar cursos de perfeccionamiento para jueces en actividad de todas las instancias que serán tenidos en cuenta a los

efectos de evaluar los antecedentes para los concursos de Jueces de Segunda Instancia y cursos para empleados y funcionarios de la Justicia en general.

COMENTARIO

El propósito del Proyecto es jerarquizar la Escuela Judicial de la Nación, actualmente existente, a fin de que sea un instituto de excelencia destinada a la formación y perfeccionamiento de jueces.

En el Derecho comparado existen diversos modelos de Institutuos de Formación de Jueces. En el caso de Estados Unidos de Norteamérica, los institutos estaduales o federales tienen por objeto el perfeccionamiento de jueces en funciones mientras que en el continente europeo se organizan como sistemas de acceso a la magistratura.

Es interesante la experiencia del Japón, donde la Universidad no otorga título hablitante y los egresados que pretendan incorporarse a alguna de las profesiones legales deben rendir un difícil examen de ingreso al Instituto de Práctica e Investigación Legal dependiente de la Corte Suprema de Justicia y cursar un programa intensivo del cual surgen los jueces, fiscales y abogados habilitados a ejercer.

Consideramos que en la Argentina ya existe experiencia sobre el funcionamiento de Escuelas Judiciales tanto en el ámbito provincial como en el propio Consejo de la Magistratura. Es necesario trabajar para superar una etapa en la cual estos institutos organizan cursos particulares sin una coordinación tendiente a convertirlas en el paso necesario para el ingreso y el ascenso en la carrera judicial.

No creemos que la obligatoriedad sea el medio idóneo para imponerla; mas bien debe otorgase valor a determinados cursos para que los aspirantes a jueces vean las ventajas de inscribirse en los mismos.

En este sentido parecería que en la Argentina debe adoptarse un modelo que tome las ventajas del sistema norteamericano destinado al perfeccionamiento de los jueces en ejercicio y el continental, destinado a la formación de aspirantes.

ARTICULO 35°: Curso de aspirantes a jueces. La comisión de Selección y Escuela Judicial organizará un curso de 560 horas/cátedra de duración destinado a magistrados de primera instancia.

COMENTARIO

Se establece un curso inicial con una extensión aproximada de dos años para poder aspirar al cargo de Juez de primera instancia el cual, si bien no es obligatorio, tiene una incidencia

fundamental en la selección al valorarse la nota obtenida en un tercio de los puntos totales compartiendo en partes iguales la valoración de los antecedentes y el puntaje obtenido en el concurso de oposición. Este curso está inspirado en experiencias extranjeras como las antes comentadas de Francia, España Japón, etc. y tiene sus antecedentes nacionales en otras instituciones como las Fuerzas Armadas donde los oficiales que pretenden tener mayores méritos para sus ascensos realizan cursos en las Escuelas Superiores. Parecida solución rige en el Servicio Diplomático donde existe un instituto de concurrencia obligatoria para quienes aspiran a ingresar a la carrera.

A su vez, la Escuela Judicial organizará cursos voluntarios de perfeccionamiento y de educación continua, que serán valorados como antecedentes para los candidatos a Jueces de Cámara. Se ocupará también de la formación especializada de empleados

ARTICULO 36°: Lista de mérito. Anualmente se confeccionará una lista de mérito con los egresados del curso mencionado en el artículo precedente según el promedio general obtenido expresado por puntaje de 1 a 10. La calificación obtenida en el curso incidirá en un tercio del puntaje atribuido a los aspirantes a jueces de primera instancia en igualdad con el correspondiente a los antecedentes y la prueba de oposición. El curso no será obligatorio.

ARTICULO 37°: Dirección. La ESCUELA JUDICIAL será dirigida por un Director seleccionado por concurso que reúna los requisitos para ser Juez de Primera Instancia, quien tendrá dedicación exclusiva y un sueldo equivalente al de Juez de Segunda Instancia con los mismos adicionales de esta categoría. A los efectos de su selección tendrá prioridad en el puntaje los antecedentes referidos a la actividad profesional de los candidatos.

ARTICULO 38°: Comité Ejecutivo. La Comisión de Selección y Escuela Judicial funcionará como Comité Ejecutivo de la ESCUELA JUDICIAL y participará en la elaboración de los programas y cursos. A su vez se designará una Comisión Académica Honoraria de Cinco Miembros que estará presidida por un ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación e integrada por dos jueces y un profesor titular de Facultades de Derecho de Universidades Públicas o Privadas y un abogado con más de quince años de ejercicio profesional. El presidente será designado por la Corte Suprema de Justicia y los restantes miembros por el Plenario del Consejo de la Magistratura.

ARTICULO 39°: Presupuesto. El presupuesto de la ESCUELA JUDICIAL se integrará con el 2% del monto de lo recaudado en concepto de Tasa de Justicia en todos los juicios que tramitan ante la Justicia Nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los Tribunales Federales de todo el país.

COMENTARIO

Se pretende crear un instituto de alta jerarquía dotándolo de recursos suficientes para ello, provenientes de la tasa de Justicia. La asignación de un porcentaje de la Tasa de Justicia responde al concepto tributario de este instituto cual es la retribución del servicio. De esta forma el litigante, mediante el pago de la tasa, contribuye a la formación de quienes lo juzgarán.

ARTICULO 40°: Remuneración y categoría de los profesores. Corresponderá a la Comisión de Selección y Escuela Judicial fijar las remuneraciones y categorías de los profesores, a propuesta del Director y elaborar el presupuesto anual de la ESCUELA JUDICIAL.

SECCION II

Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados.

COMENTARIO:

El jurado de enjuiciamiento a sido también materia de críticas, aunque, en general, no ha recibido mayores cuestionamientos cuando le tocó intervenir.

Un punto de debate es la conveniencia de mantener un jurado de enjuiciamiento permanente con sus costos de estructura y funcionamiento cuando, en general, solo actúa en pocas ocasiones.

Al respecto el proyecto que presentamos opta por establecer una oficina permanente a cargo de un secretario que tramite la iniciación de las causas y la constitución del Tribunal cuando se produzca la acusación por parte del Plenario del Consejo de la Magistratura.

Los órganos políticos deben estar representados por el Senado pues es un Tribunal destinado a juzgar la conducta de los jueces y, por ello, debe estar compuesto en parte, por integrantes del Senado, órgano que en nuestra Constitución histórica ejercía como Tribunal el el juicio político de los jueces.

TITULO I

Organización.

ARTICULO 41°: Competencia. El juzgamiento de los jueces de la Nación estará a cargo del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados según lo prescripto por el artículo 115 de la Constitución Nacional que se constituirá para cada caso respetando la integración establecida en el artículo siguiente.

ARTICULO 42°: Integración. Incompatibilidades e inmunidades. El Jurado de Enjuiciamiento estará integrado por nueve miembros de acuerdo a la siguiente composición:

1. Tres jueces que serán: un Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación elegido por sus pares, en carácter de Presidente; dos jueces de cámara elegidos por sorteo, no pudiendo integrar el Jurado cuando el asiento de su Juzgado se encuentre en la jurisdicción que corresponde al Juez acusado.

2. Tres Senadores dos por la mayoría y uno por la primera minoría. En todos los casos deberán tener título de abogado y no podrán integrar el Jurado cuando su domicilio electoral se encuentre en la jurisdicción que corresponde al Juez acusado.

3. Tres abogados de la matrícula federal, debiendo confeccionarse una lista de cien abogados de todo el país que reúnan los requisitos para ser miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que no tengan causas disciplinarias ni condenas penales. Dicha lista se conformará con abogados elegidos por los Colegios de Abogados incorporados a la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Cada Colegio con menos de mil matriculados designará un abogado. Los Colegios cuya matrícula exceda ese número elegirán uno mas por cada mil con un máximo de cinco.

Los abogados integrantes de la lista conformada serán elegidos por sorteo para cada causa, no pudiendo integrar el mismo Jurado dos abogados del mismo Colegio. Asimismo, tendrán la misma incompatibilidad aquellos que tengan domicilio legal en la jurisdicción que corresponda al Juez acusado.

ARTICULO 43°: Duración. Los miembros que integrarán los distintos Jurados de Enjuiciamiento de Magistrados se designarán cada cuatro años, al inicio del período de sesiones ordinarias del Congreso.

ARTICULO 43: Remoción. Los miembros del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados podrán ser removidos de sus cargos por el voto de las tres cuartas partes de los miembros totales del cuerpo, mediante un procedimiento que asegure el derecho de defensa del acusado, cuando incurrieran en mal desempeño o en la comisión de un delito, durante el ejercicio de sus funciones.

ARTICULO 44: Secretaría permanente. Se designará un secretario permanente del Jurado de Enjuiciamiento seleccionado por concurso por el Plenario del Consejo de la Magistratura quien deberá cumplir las condiciones para ser Juez Nacional. El secretario permanente presidirá la oficina de secretaría del Jurado de Enjuiciamiento y tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

1. Recibirá las acusaciones formuladas por el plenario. Correrá traslado de las mismas a los imputados y cumplirá las diligencias preliminares necesarias para constituir el Tribunal de Enjuiciamiento.

2. Dirigirá la producción de toda la prueba previa anterior a la audiencia de juicio y correrá traslado de la misma a la acusación y al imputado.

3. Concurrirá a la audiencia de juicio y refrendará las actas de la misma.

TITULO II

Procedimiento.

ARTICULO 45: Disposiciones generales. El procedimiento ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados será oral y público y deberá asegurar el derecho de defensa del acusado. El fallo que decida la destitución deberá emitirse con mayoría de dos tercios de sus miembros.

ARTICULO 46: Sustanciación. El procedimiento para la acusación y para el juicio será regulado por las siguientes disposiciones:

1. Los miembros del Jurado de Enjuiciamiento deberán excusarse y podrán ser recusados por las causales previstas en el artículo 55 del Código Procesal.La recusación será resuelta por el Jurado de Enjuiciamiento, por el voto de la mayoría de sus miembros y será inapelable.

2. El procedimiento se iniciará con la presentación de la acusación formulada por el plenario del Consejo de la Magistratura de acuerdo al dictamen de la Comisión de Acusación y Disciplina ante la Secretaría Permanente del Jurado de Enjuiciamiento, de la que se le correrá traslado al magistrado acusado por el término de diez días.

3. Contestado el traslado se abrirá la causa a prueba por el término de treinta días, plazo que podrá ser prorrogado por disposición de la mayoría del jurado, ante petición expresa y fundada.

4. Ambas partes podrán ofrecer todos los medios de prueba que contempla el Código Procesal Penal de la Nación, bajo las condiciones y límites allí establecidos, pudiendo ser desestimadas —por resoluciones fundadas—aquellas que se consideren inconducentes o meramente dilatorias.

5. La prueba de testigos y las explicaciones de peritos y partes se realizarán en una audiencia oral pública y continuada respetando el principio de concentración. Sólo

podrán ser interrumpidas o suspendidas cuando circunstancias extraordinarias o imprevisibles lo hicieran necesario.

6. Concluida la producción de la prueba o vencido el plazo respectivo, el representante del Consejo de la Magistratura y el magistrado acusado o su representante, producirán en forma oral el informe final en el plazo que al efecto se les fije, el que no podrá exceder de treinta días. En primer lugar lo hará el representante del Consejo de la Magistratura e inmediatamente después lo hará el acusado o su representante.

7. Producidos ambos informes finales, el Jurado de Enjuiciamiento se reunirá para deliberar debiendo resolver en un plazo no superior a veinte días.

8. Se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación, en tanto no contradigan las disposiciones de la presente o los reglamentos que se dicten.

ARTICULO 47: Aclaratoria. Contra el fallo sólo procederá el pedido de aclaratoria, el que deberá interponerse ante el jurado dentro de los tres (3) días de notificado.

SECCION III

Disposiciones Transitorias y Complementarias.

ARTICULO 48: Incompatibilidades. Los abogados deberán suspender su matrícula federal por el tiempo que dure el desempeño de sus cargos. Estarán sujetos a las incompatibilidades que rigen para los jueces, mientras dure su desempeño en el Consejo o en el Jurado de Enjuiciamiento.

No podrán ejercerse simultáneamente los cargos de miembro del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento.

ARTICULO 49: Remuneración. Los consejeros representantes de los Jueces conservarán la remuneración que les corresponde mientras dure la licencia otorgada para integrar el Consejo. El Presidente del Consejo de la Magistratura percibirá la remuneración que le corresponde como Ministro de la Corte Suprema de la Nación. Los demás Consejeros percibirán una compensación equivalente a la remuneración de un juez de cámara de casación penal.

ARTICULO 50°: Vigencia de normas. Las disposiciones reglamentarias vinculadas con el Poder Judicial, continuarán en vigencia mientras no sean modificadas por el Consejo de la Magistratura dentro del ámbito de su competencia. Las facultades concernientes a la superintendencia general sobre los distintos órganos judiciales continuarán siendo

ejercidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las cámaras nacionales de apelaciones, según lo dispuesto en las normas legales y reglamentarias vigentes.

ARTICULO 51°: Previsiones presupuestarias. Los gastos que demanden el funcionamiento del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados deberán ser incluidos en el presupuesto del Poder Judicial de la Nación.

ARTICULO 52°: Personal. Los empleados y funcionarios que actualmente se desempeñen en las oficinas y demás dependencias administrativas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con excepción de los que la Corte preserve para su propia administración, serán transferidos funcionalmente a las oficinas y comisiones del Consejo de la Magistratura, manteniendo las categorías alcanzadas y todos los derechos, beneficios y prerrogativas inherentes a su condición de integrantes del Poder Judicial de la Nación.

ARTICULO 53°: Padrón de jueces. Para la constitución del Jurado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, confeccionará el padrón correspondiente a los jueces; La Federación Argentina de Colegios de Abogados el de abogados de la matrícula federal, y las respectivas cámaras legislativas el de sus integrantes para proceder a los sorteos del caso.

ARTICULO 54°: Vigencia. La presente ley entrará en vigencia a los ciento ochenta días de su publicación. Cumplido ese plazo el Consejo, con la composición que tenga, deberá poner en ejecución todas las disposiciones de la presente ley.

ARTÍCULO 55°: Integración del Consejo. Dentro de los ciento ochenta días de la publicación de esta ley se integrará el Consejo con los representantes previstos en la presente ley complementando el número de consejeros actuales.

ARTÍCULO 56°. Integración definitiva del Consejo. El Consejo se integrará con la composición establecida en la presente ley cuando se cumpla el periodo de los actuales consejeros.

ARTÍCULO 58°. Derogación. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley quedan derogadas las leyes 24937, 26080, 26855 y todas aquellas que hayan completado o modificado las mencionadas.

Anexo 44

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 2 de mayo de 2019.-

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la defensa de Alex Mauricio Obreque Varas y Alexis Gabriel Castillo en la causa Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que, en lo que resulta de interés, la presente causa se origina a partir del veredicto de un jurado popular que decidió la culpabilidad de Alex Mauricio Obreque Varas y Alexis Gabriel Castillo como coautores penalmente responsables del delito de homicidio agravado por su comisión con armas de fuego y con el concurso premeditado de dos o más personas y por alevosía, en perjuicio de Edgardo Daniel Arias. Como consecuencia de tal decisión, el magistrado integrante del Colegio de Jueces estableció la pena de prisión perpetua y accesorias legales, respecto de ambos imputados.

EI Tribunal de Impugnación confirmó el veredicto del jurado popular, que a su vez fue convalidado por la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, oportunidad en la que declaró inadmisibles las impugnaciones extraordinarias planteadas por las defensas.

Contra dicho pronunciamiento, los encausados dedujeron recurso extraordinario federal, cuya declaración de inadmisibilidad por el Tribunal Superior de Justicia provincial motivó el presente recurso de queja.

2°) Que en el recurso extraordinario los recurrentes alegaron: (a) la afectación de la garantía del debido proceso

legal por el modo en que el jurado valoró ciertas declaraciones testimoniales, por las instrucciones impartidas a sus miembros en relación al concepto de duda razonable, por la emisión sucesiva de veredictos en formularios inválidos que impidieron a los jurados distinguir adecuadamente las acusaciones y aplicar una calificación legal distinta a la que les fue finalmente impuesta; (b) la inconstitucionalidad de la prisión perpetua respecto de Alex Mauricio Obreque Varas.

En tercer orden de ideas (c), efectuaron una serie de cuestionamientos constitucionales al Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén (ley 2784) en cuanto estableció el procedimiento de juicio que se aplicó en este caso. En primer término, cuestionaron la instauración del instituto del concerniente al juicio por jurados por medio de esta ley local por considerar que el establecimiento de este tipo de juzgamiento no constituye una facultad provincial sino federal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 24 y 75, inciso 12 de la Constitución Nacional. Según los apelantes, al incluir esta institución en el código de procedimientos, la provincia se habría arrogado la facultad de legislar en materia federal.

Seguidamente, aseveraron que el veredicto de culpabilidad había sido dictado al amparo de normas inconstitucionales -en referencia a los artículos 35 y 207 del código de rito local-, que reglamentan la competencia y la mayoría especial exigida para el pronunciamiento condenatorio, respectivamente.

Sostuvieron que la inconstitucionalidad del artículo 35 del código procesal penal neuquino -en tanto prevé la intervención obligatoria de los jueces populares para juzgar delitos contra las personas, la integridad sexual o cualquier otro delito cuyo resultado haya sido muerte o lesiones gravísimas, siempre que el Ministerio Público Fiscal solicite una pena privativa de libertad superior a los quince (15) años- radica en poner en cabeza del acusador público, quien detenta un claro interés en la suerte del proceso, la decisión que determina la competencia del jurado popular de modo obligatorio para el caso concreto. Conforme lo argumentado por la defensa, la normativa local estaría desconociendo que, en nuestra Constitución Nacional, el juicio por jurados se encuentra previsto como una "garantía-derecho del imputado" (por ello está incluida en el capítulo de las "Declaraciones, derechos y garantías" de la Constitución Nacional, artículo 24), no es una obligación, y -por tanto- resulta disponible o renunciable por los imputados.

También cuestionaron la mayoría especial exigida para el dictado del veredicto de culpabilidad, conforme el artículo 207 del código de rito local, en tanto no exige unanimidad al aceptar una mayoría de ocho votos sobre un total de doce miembros a pesar de encontrarse -según los quejosos- seriamente restringida la posibilidad de cuestionarlo teniendo en cuenta que los jueces populares no expresan los fundamentos de su decisión. Entendieron que dado que quienes no votaron la culpabilidad no habían estado convencidos de ese extremo, se estaría sustentando una conclusión que afecta el principio de inocencia.

Asimismo, la parte adujo que se vulneraba el principio constitucional de igualdad ante la ley, al comparar la mayoría de votos prevista en la ley neuquina para convalidar veredictos con aquellas exigidas en otras provincias argentinas que también han incorporado a sus procesos locales el juicio por jurados. Al respecto, la defensa hizo puntual referencia a las normas procesales de la Provincia de Buenos Aires, que requieren unanimidad para los veredictos de culpabilidad en casos de delitos con pena de prisión o reclusión perpetua, es decir, en supuestos como el que involucra a los aquí recurrentes.

Finalmente, los apelantes argumentaron la vulneración de la garantía del juez natural, en tanto objetaron la aplicación al caso del juicio por jurado popular, previsto en el Código Procesal Penal aprobado por la ley provincial 2784, que entró en vigencia durante el trámite de la causa. Conforme el planteo, al momento de aplicar el juicio por jurados al caso, la causa ya presentaba un estado procesal consolidado en la medida en que se encontraba radicada en la cámara criminal para ser tratada por jueces profesionales.

3°) Que los dos primeros agravios reseñados (a y b) no son aptos para habilitar la instancia extraordinaria pues, en lo que a ellos respecta, los apelantes no rebaten los argumentos formulados por el *a quo*.

Que, en cambio, los cuestionamientos constitucionales al código de procedimientos penal de la Provincia del Neuquén (ley 2784) en cuanto estableció el procedimiento de juicio que se aplicó en este caso, reseñados como (c), resultan formalmente

admisible pues suscitan cuestión federal suficiente toda vez que en el caso se ha puesto en cuestión la validez de la norma provincial tachándola de contraria a lo previsto en los artículos 16, 18, 24 y 75, inc. 12 de la Constitución Nacional y la decisión es contraria al derecho federal invocado por los recurrentes. Finalmente, existe relación directa e inmediata entre los agravios constitucionales incoados y el pronunciamiento impugnado. Por lo tanto, corresponde hacer lugar a la queja en este punto y examinar dichos planteos.

Cabe recordar, a este respecto, que cuando se encuentra en debate el alcance de una norma de derecho federal el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones del *a quo* 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: 308:647 y 339:609, entre otros).

4°) Que, por una cuestión de orden lógico, cabe avocarse previamente al agravio por el que se denuncia la vulneración de la garantía del juez natural a partir de la aplicación al caso del juicio por jurado popular previsto en la ley provincial 2784 que entró en vigencia durante el trámite de la causa.

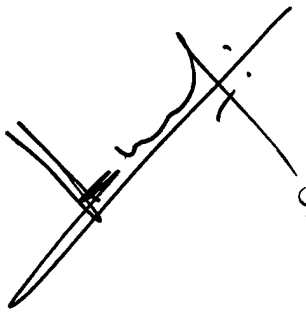
A este respecto, corresponde remarcar que este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a las causas pendientes, en tanto la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía. En ese sentido, no existe derecho adquirido a ser juzgado por un

determinado régimen procesal, pues las normas de procedimiento y jurisdicción son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir delitos (Fallos: 249:343; 321:1865; 326:2805 -voto del juez Maqueda-; entre otros).

Esto por cuanto la cláusula del artículo 18 de la Constitución Nacional, que establece que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, no impide la inmediata aplicación de nuevas normas de competencia, inclusive a las causas pendientes, a menos que ello signifique, en el caso concreto, despojar de efecto a actos procesales válidamente cumplidos, lo que obstaculizaría la pronta terminación de los procesos que exige una buena administración de justicia, supuesto que la parte ni siquiera alega que se haya verificado en el presente caso (Fallos: 327:5496).

A la luz de esta doctrina y en virtud de lo planteado, cabe concluir que la aplicación de la ley 2784 al trámite de la presente causa no conculcó la garantía constitucional de juez natural consagrada en nuestra Constitución Nacional.

5°) Que, sentado ello, corresponde abordar el planteo formulado por la parte relativo a que la ley provincial de juicio por jurados es inconstitucional por cuanto, según alega, constituye una competencia exclusiva del Congreso Nacional regular en esta materia.



La tesis de los recurrentes obliga a examinar el alcance de diversas disposiciones constitucionales, análisis a partir del cual, cabe adelantar, se concluirá que, contrariamente a lo planteado, al dictar la ley en trato la Provincia del Neuquén actuó dentro del marco de las facultades propias que le reconoce y garantiza la Constitución Nacional.

6°) Que para esta cuestión corresponde, en primer término, relevar que la Constitución Nacional alude al juicio por jurados en tres ocasiones.

Así, en la Primera Parte, Capítulo Primero, relativo a las "Declaraciones, derechos y garantías", prevé en su artículo 24 que "*El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados*".

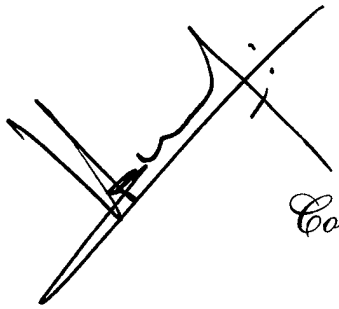
Después, en la Segunda Parte, relativa a las "Autoridades de la Nación", en el Capítulo Cuarto del Título "Atribuciones del Congreso" y Sección Primeros correspondiente al Poder Legislativo, establece en el artículo 75, inciso 12 que corresponde al Congreso "*Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda*

corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados".

Por último, también en la Segunda Parte relativa a las "Autoridades de la Nación", pero ahora en el Capítulo Segundo de la Sección Tercera correspondiente al Poder Judicial, al regular sus atribuciones -extremo del que omite la parte toda referencia-, al prever en el artículo 118 que "*Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio*".

7°) Que, por su parte, conforme el diseño constitucional establecido en los artículos 5°, 121, 122 y 123 de la Constitución Nacional, es facultad no delegada por las provincias al Gobierno Nacional la de organizar su administración de justicia y, por ello, la tramitación de los juicios es de su incumbencia exclusiva por lo que pueden establecer las instancias que estimen convenientes (conf. Fallos: "Strada, Juan Luis", 308:490; "Di Mascio, Juan Roque", 311:2478; 330:164 y sus citas).

Asimismo, según lo previsto en el artículo 126 "*Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir*



leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros".

8°) Que el planteo de los apelantes supondría admitir que la regulación del juicio por jurados constituye una excepción a la facultad, que se reservaron las provincias, de disponer lo relativo a su sistema de administración de justicia, de modo tal que la atribución de la Provincia del Neuquén de dictar los códigos de procedimientos con los que hace aplicación de las leyes de fondo en su respectiva jurisdicción no comprendería la de legislar en esta materia, la que sería exclusiva del Congreso Nacional.

Esta tesis, que aparejaría una por demás sustancial restricción de las facultades provinciales de darse sus propias instituciones y de disponer su sistema de administración de justicia, no puede ser convalidada por cuanto no se ajusta a la efectiva inteligencia que cabe darle a dichos preceptos constitucionales, no solo desde el punto de vista gramatical -en tanto de la mera formulación normativa no surge que las provincias hayan delegado expresamente en favor de la Nación la potestad de regular en esta materia ni, a la inversa, que la

Constitución Nacional se la otorgue expresamente con exclusividad al Congreso Nacional limitando las autonomías jurisdiccionales locales- sino también como partes de una estructura sistemática.

9°) Que, en efecto, la naturaleza del planteo -de enormes implicancias en nuestro sistema federal- tiene que ser abordada a partir de dos premisas básicas de interpretación constitucional.

La primera, que "*la Constitución, en su contenido de instrumento de gobierno, debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás (Fallos: 167:121; 236:100), pues sus normas, como las de toda ley, deben ser interpretadas en forma coherente, de manera que armonicen entre ellas*" (Fallos: 328:1652 y sus citas, voto del juez Maqueda).

La segunda, recordando que este Tribunal, desde sus primeros pronunciamientos, jamás ha descuidado la esencial autonomía y dignidad de las entidades políticas por cuya voluntad y elección se reunieron los constituyentes argentinos, y ha sentado el postulado axiomático "*que la Constitución Federal de la República se adoptó para su gobierno como Nación y no para el gobierno particular de las Provincias, las cuales… tienen derecho a regirse por sus propias instituciones…es decir, que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación…*" (Fallos: 329:5814 y sus citas, entre otros).

10) Que la observancia de estos postulados básicos de interpretación constitucional obliga a reconocer, en primer término, que la Constitución Nacional manda al Congreso Nacional promover el establecimiento del juicio por jurados (artículo 24) y también le atribuye competencia para legislar en materia penal *-con la reserva de jurisdicción provincial-* y para dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados (artículo 75, inciso 12) y que, al mismo tiempo, establece al juicio por jurados como una forma de enjuiciamiento de los casos *que son competencia del Poder Judicial de la Nación* (artículo 118).

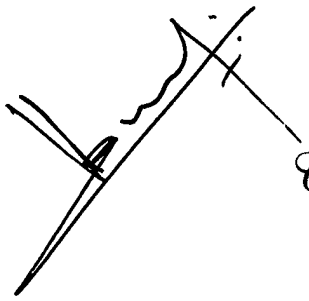
De tal modo, el ámbito de aplicación que surge de las citadas previsiones constitucionales debe ser entendido de modo tal de "*no olvidar que la reserva de la jurisdicción provincial de la que daban cuenta los ya citados arts. 67, inc. 11, y 100 de la Constitución Nacional (actuales arts. 75, inc. 12, y 116), era ajena al texto de 1853 y fue introducida por la Convención de 1860, con el deliberado propósito de impedir que las provincias carecieran de jurisdicción en las materias a que dicha norma hace referencia. Muy poco se habría avanzado en el país, cabe agregar, si todo el celo de los constituyentes de 1860 pudiese malograrse al poner en manos de una decisión legislativa, por elevada que fuese su finalidad, la suerte de las autonomías provinciales y, con ello, el sistema federal de gobierno (v. Fallos: 247:646, 669, considerando 18, voto de los jueces Boffi Boggero y Aberastury). Es por ello que esta Corte, tal como lo recordó oportunamente (Fallos: 271:206, 210, considerando 7°), ha reconocido desde antiguo la amplitud en el ejercicio de esas facultades reservadas. Así, ya en 1869,*

estableció el principio fundamental de que las provincias conservan su autonomía en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación (art. 104 de la Constitución Nacional, actual art. 121)" ("Castillo", Fallos: 327:3610).

Por tal motivo, a partir de una interpretación conjunta de estas tres previsiones referidas al instituto en cuestión, resulta claro que la Constitución Nacional concibió al juicio por jurados como una institución sustancial para el juzgamiento de los delitos que corresponde conocer al Poder Judicial de la Nación y le otorgó, a tal efecto, competencia al Congreso Federal para legislar en lo relativo a su conformación y funcionamiento *en el ámbito nacional*.

11) Que, asimismo, esta conclusión se ve corroborada atendiendo a lo previsto en el artículo 126 de la Constitución Nacional que constituye el contrapunto del mencionado artículo 75, inciso 12 y que, cuando enumera lo que las provincias no pueden hacer en materia legislativa significativamente no incluye la prohibición de las provincias de legislar en materia de juicio por jurados.

Cabe resaltar que esta constituye la única materia -de las enumeradas como facultades reconocidas al legislador nacional en el artículo 75, inciso 12- que el constituyente no incluyó dentro de las que estaban vedadas a las provincias ejercer en sus respectivos ámbitos territoriales, lo que refuerza con evidencia que las provincias se reservaron esta facultad, es decir, que no fue delegada al Congreso Nacional.



Por tal motivo, se advierte que el planteo de los recurrentes no tiene sustento en el texto constitucional y admitirlo, implicaría desatender lo que reiteradamente ha enfatizado el Tribunal en cuanto a que de "*acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75)*" (Fallos: 329:976 y sus citas) y que "*los actos de las legislaturas provinciales no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos expresos, un poder exclusivo, o en que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas*" (Fallos: 331:1412 y sus citas; 341:1148).

12) Que, de todo lo antecedentemente expuesto, se concluye que, contrariamente a lo que argumenta la parte recurrente, la Provincia del Neuquén dictó la ley 2784 que prevé y regula el juzgamiento por jurados populares, en ejercicio de sus facultades reservadas -y no delegadas a la Nación- de establecer lo concerniente a su sistema de administración de justicia y de dictar los códigos que reglan la tramitación de los procesos que se ventilan ante su jurisdicción.

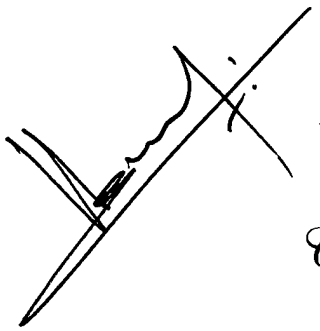
13) Que, siendo indiscutible que la Provincia del Neuquén se encuentra facultada para dictar esta regulación procesal con la que hace aplicación de la ley penal en su respectiva jurisdicción y que el criterio, oportunidad y acierto con las que ejercen dicha atribución son irrevisables, salvo el que corresponda efectuar en el marco del control de

constitucionalidad destinado a resguardar la supremacía de la Constitución Nacional y de las leyes que en su consecuencia dicte el Congreso, corresponde examinar las tachas de inconstitucionalidad que de la ley 2784 formulan los recurrentes reputándola contraria a la garantía de defensa en juicio y a los principios constitucionales de inocencia e igualdad.

14) Que en el análisis de los agravios aludidos corresponde tener presente que la declaración de inconstitucionalidad constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendar a un tribunal de justicia, ya que configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la *última ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho constitucional invocado (Fallos: 338:1026, entre otros).

De allí que la Corte, al ejercer el control de constitucionalidad de la leyes, debe imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosa en el uso de las facultades propias como en el respeto de la esfera que la Constitución asigna, con carácter privativo, a otros poderes y a las autonomías provinciales (Fallos: 242:73, entre otros).

15) Que los recurrentes, con base en el artículo 24 de la Constitución Nacional, argumentan que la ley procesal neuquina, en tanto prevé el juzgamiento obligatorio por jurados populares para los ilícitos en que -como en el caso de los imputados- corresponda una pena superior a la de quince años de



prisión, desconoce que este sistema debe ser entendido solo como un derecho individual del imputado y por ende renunciable.

Los términos con que está formulado este agravio obligan a realizar una serie de aclaraciones para asegurar su correcto abordaje normativo.

16) Que, más allá de lo dicho precedentemente en relación al ámbito federal de aplicación de las disposiciones referidas al juicio por jurados en la Constitución Nacional, resulta decisivo destacar que el carácter de garantía se invoca exclusivamente a los fines de fundar la pretensión de disponibilidad, por parte de los imputados, de la realización del juicio por jueces populares y no como un *resguardo* relativo al *modo* de juzgamiento.

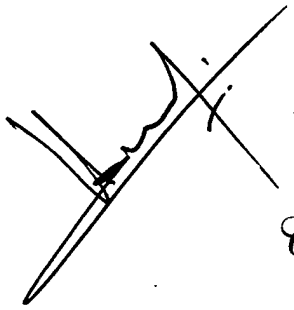
De tal modo, el planteo así efectuado resulta insuficiente para demostrar que el referido artículo 24 de la Constitución Nacional determine, por el compromiso asumido por la provincia en los términos del artículo 5° de la Carta Magna, la invalidez de la ley provincial que dispuso el juzgamiento obligatorio por parte de jueces populares de los delitos que ostentan una particular gravedad.

Resultan así aplicables, *mutatis mutandi*, las consideraciones efectuadas por esta Corte en el precedente "Marincovich" (Fallos: 336:954), cuando, al analizar los alcances del artículo 5° de la Constitución Nacional, precisó que "*en base a esta norma el Tribunal ha dicho que la Constitución Argentina no garantiza solamente la división republicana de los poderes en las provincias, sino también el goce y ejercicio efectivo y regular de las instituciones*

(Fallos: 154:192), entendiendo en todo caso que esa garantía debe ser provista por el gobierno federal a cada provincia dentro del orden provincial respectivo, sin extender el imperio de las instituciones de una al territorio de otra (Fallos: 119:291).

Es por ello que cabe aquí considerar el principio republicano a la luz de las adecuaciones propias de un Estado federal que reconoce inequívocamente la autonomía de sus provincias fundadoras. Tales adecuaciones, sintetizadas por Alberdi en la 'regla general de deslinde entre lo nacional y lo provincial' que consagra el actual art. 121, también fueron trazadas por Vélez Sarsfield durante la Convención de Buenos Aires que precedió a la reforma constituyente de 1860, partiendo de la premisa que 'la nación pide aquellas formas que están en la Constitución; que tenga cuerpo legislativo; que tenga poder ejecutivo (...) [pero] no puede decirse que han de ser bajo tales o cuales formas sino conforme a la Constitución, con los poderes que la Constitución establece' (Intervención de Dalmacio Vélez Sarsfield, 4ª sesión ordinaria, abril 27 de 1860, Convención del Estado de Buenos Aires).

[…] La necesidad de armonía entre las provincias y el Estado Nacional -se explica en el precedente mencionado con cita de Joaquín V. González- 'debe conducir a que las constituciones de Provincia sean, en lo esencial de Gobierno, semejantes a la nacional (...). Pero no exige, ni puede exigir que sean idénticas, una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta e igual de aquella. Porque la Constitución de una Provincia es el código que condensa, ordena y da fuerza



imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma originaria de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y extensos de fundar la Nación' (Manual de la Constitución Argentina, Bs. As., 1959, Ed. Estrada, págs. 648/649).

[…]En clave de la normativa constitucional, esta lectura resulta respaldada por un momento constituyente de singular importancia en el proceso de formación del Estado argentino, como resultó ser la decisión de la Convención Nacional de 1860 de abandonar la pretensión de unidad de las constituciones provinciales al suprimir del art. 5° la obligación que pesaba sobre cada provincia de remitir al Congreso Nacional sus textos constitucionales para ser revisados antes de ponerlos en ejercicio ('Las constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal garante a cada Provincia el goce y ejercicio de sus instituciones', art. 5 in fine de la Constitución de la Confederación Argentina de 1853, también el art. 103 del mismo texto: 'Cada Provincia dicta su propia Constitución, y antes de ponerla en ejercicio, la remite al Congreso para su examen, conforme a lo dispuesto en el artículo 5°' [Las constituciones de la Argentina, 1810/1972, Recopilación, notas y estudio preliminar de Arturo E. Sampay, Tomo I, EUDEBA, 1975, pág. 359]).

[…] Las supresiones señaladas constituyen pautas de interpretación insoslayables al momento de evaluar las normas que -con mayor fuerza tras la vigorización del esquema federal que surge de la reforma de 1994- gobiernan las relaciones de autonomía, participación, coordinación y subordinación al orden

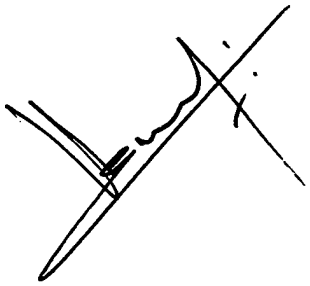
nacional de los sujetos firmantes del pacto constitucional argentino".

En función de todo lo anteriormente expuesto, se advierte sin hesitación que los recurrentes no alcanzan a demostrar en forma precisa que su juzgamiento obligatorio por jueces populares implicó, en el caso concreto, desconocer o alterar de alguna forma las garantías individuales fundamentales que la Provincia del Neuquén está obligada a proveer a sus habitantes conforme lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Nacional.

En consecuencia, no procede la declaración de inconstitucionalidad de la normativa neuquina por el hecho de no haber contemplado, en favor del imputado, un derecho a renunciar a esta modalidad de enjuiciamiento.

17) Que, manteniendo el prisma de análisis explicitado en el tratamiento del anterior agravio, corresponde examinar el cuestionamiento de la mayoría especial aceptada por el legislador neuquino para dictar veredictos de culpabilidad (un mínimo de ocho votos sobre un total de doce) que la parte entiende contrario a la presunción constitucional de inocencia y al principio de igualdad ante la ley.

En primer lugar, corresponde señalar que no existe mandato constitucional que imponga en nuestro país un número determinado de votos para afirmar la culpabilidad o la inocencia de un imputado por parte del jurado; a diferencia de la exigencia de dos tercios de votos que sí estableció para el veredicto de culpabilidad en el marco del procedimiento de



juicio político (artículo 59). Consecuentemente, en análogo razonamiento al desplegado anteriormente, resulta claro que el planteo del recurrente no logra demostrar que la Constitución Nacional exija *per se* un determinado número de votos para fundar un veredicto de culpabilidad de modo tal de condicionar la validez de la norma procesal local que exige solo una mayoría de dos tercios.

Por tal motivo, dada la desconexión del planteo efectuado respecto del contenido del principio constitucional señalado en el artículo 5°, no se advierte ninguna razón válida para admitir la tacha invocada.

Por lo demás, si el juicio por jurados expresa -en esencia- el derecho a juzgar en cabeza del pueblo, por considerarlo el sujeto jurídico más apto para ponderar la criminalidad de las acciones u omisiones del prójimo, y si -a su vez- se considera al veredicto como una conclusión que se asume luego de transitar un proceso deliberativo forjado por una pluralidad de opiniones que expresan apreciaciones en las que se congregan la multiplicidad de género, edades, oficios, experiencias de vida, etc., no luce irrazonable requerir una mayoría especial de dos terceras partes de sus miembros para generar la decisión, tal como lo prevé la legislación neuquina aplicada al presente caso.

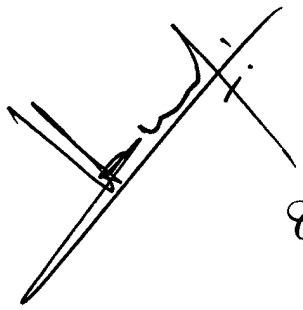
Aunado a ello, a diferencia de lo que se sostiene en la apelación, no puede colegirse que comprometa la presunción constitucional de inocencia por la mera existencia de votos disidentes del jurado que adoptó, por mayoría, el apelado veredicto de culpabilidad. La voluntad popular puede expresarse

mediante una decisión mayoritaria constitucionalmente válida, como la del caso en estudio que se encontraba conformada por las dos terceras partes del total, y respetuosa de las exigencias impuestas por el legislador. Ello no conculca nuestra Constitución Nacional, sino que -por el contrario- la observa. Por lo demás, cabe aclarar que la presunción de inocencia de ambos recurrentes subsiste hasta la fecha de la presente decisión.

Finalmente, en cuarto lugar, corresponde afirmar que la existencia de opiniones doctrinarias discrepantes que argumenten la conveniencia legislativa de adoptar otras opciones procesales distintas a la de la mayoría que exige la ley cuestionada (como -por ejemplo- la unanimidad del jurado para los veredictos de culpabilidad), de ninguna manera alcanza para fundar la inconstitucionalidad de las disposiciones en análisis.

18) Que, por otra parte, la coexistencia del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia del Neuquén con las disposiciones legales de otras provincias argentinas que exigen mayorías distintas -o unanimidad- para convalidar los veredictos de culpabilidad no vulnera el principio de igualdad ante la ley previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

En el caso concreto, las diferencias que existen entre este aspecto de la reglamentación neuquina del juicio por jurados -mayoría- en relación con las disposiciones de otras jurisdicciones, no alcanzan a configurar un supuesto de asimetría tal que permita considerar vulnerado el principio



constitucional de igualdad ante la ley o socavada la unidad en materia penal que impera en todo el país por la vigencia de un único código de fondo.

En este sentido, al valorar el punto no debe soslayarse que las distintas regulaciones procesales dentro de las respectivas jurisdicciones de la Nación y las provincias son consecuencia directa del sistema federal adoptado por la Constitución Nacional, de modo tal que la función más importante de la Corte Suprema consiste en interpretar la Constitución de manera tal que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa (Fallos: 306:1883 y 335:1794).

Resultan aquí aplicables, *mutatis mutandi*, las consideraciones formuladas en el precedente "Balado López, Haroldo c/ Provincia de Buenos Aires" (Fallos: 205:60), en cuanto a que el ejercicio de las facultades y la obligación de administrar justicia que les incumben a las provincias no importa en sí mismo agravio alguno al derecho de defensa ni al principio de la igualdad.

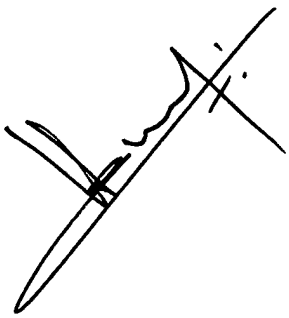
Admitir el planteo de la parte, tal como viene formulado con base en una mera diferencia de tratamiento del punto en distintas normas procesales pero sin demostrar, por lo antes dicho, que la unanimidad del veredicto sea una exigencia impuesta por la Constitución Federal, determinaría la anulación del federalismo que permite a las provincias darse sus propias

instituciones y regular lo atinente a su composición y funcionamiento (artículos 122 y 123).

19) Que, sumado a ello, cabe precisar que, contrariamente a lo que sostienen los recurrentes, la ausencia de expresión de fundamentos en los veredictos -que es propia de los jurados- no impone la inexorable exigencia legal de unanimidad de votos porque la falta de motivación expresa de estos veredictos no ha impedido el ejercicio efectivo del derecho a la revisión amplia de las decisiones judiciales, a punto tal que los recurrentes no han formulado agravio a este último respecto.

Ciertamente, la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo -no electivos- en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones. Es distinto cuando el mismo pueblo, representando por algunos de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén garantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte de un juez profesional.

Esta diferencia fue adecuadamente explicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando sostuvo que *"...la motivación de las decisiones adoptadas por los órganos*



encargados de impartir justicia no es sólo relevante para el inculpado del delito, sino que permite también el control ciudadano de los actos de gobierno, en este caso de la administración de la justicia y los expone a su escrutinio. En el caso de los jurados, dicha vertiente se entiende cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía" (Corte Interamericana de Derechos Humanos. caso "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua", sentencia del 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 257; el destacado no es del original).

Luego de confrontar sus argumentos, dar sus razones y deliberar, los miembros del jurado deciden su voto en función de un sistema de valoración de la prueba conocido como "íntima convicción", que no requiere expresión o explicación de los motivos que conformaron el convencimiento sobre la resolución adoptada para el caso. Ello no impide una adecuada revisión de lo decidido, toda vez que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia.

A este respecto, la Corte Interamericana ha precisado que entendía, tal *"como lo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación. En efecto, todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa. Pero el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados,*

quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales" y que *"la libre valoración que hace el jurado no es sustancialmente diferente de la que puede hacer un juez técnico, sólo que no lo expresa. En definitiva, cualquier tribunal (técnico o popular) debe reconstruir un hecho pasado, para lo cual utiliza la lógica metodológica que es común a cualquier persona, pues no depende de que tenga o no formación o entrenamiento jurídico. Toda persona que debe reconstruir un hecho del pasado, consciente o inconscientemente, emplea el método histórico, o sea, en un primer paso delimita las pruebas que tendrá en cuenta (heurística); a continuación valora si esas pruebas no son materialmente falsas (crítica externa); luego valora la verosimilitud del contenido de las pruebas (crítica interna) y, finalmente, llega a la síntesis. Quien valora el veredicto de un jurado, necesariamente debe reconstruir este camino, no bastando para descartarlo cualquier criterio diferente acerca de las críticas. Para descartar el veredicto de un jurado debe verificarse que la síntesis se aparte directamente de la lógica metodológica histórica antes referida, que es lo que sucede en el caso"* (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua", ya citado, párrafos 259 y 262; el destacado no es del original).

De modo que, pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia). Siendo pertinente recordar, *mutatis mutandi*, que

esto es así por cuanto el Tribunal ya remarcó que "*la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro*" (Fallos: 328:3399, considerando 24).

20) Que, en definitiva, el juicio por jurados es una alternativa que permite conjugar la 'precisión' propia el saber técnico con la 'apreciación' propia del saber popular, congregando la garantía inherente al debido proceso y la percepción de la realidad propia de una decisión basada en el sentido común.

En concreto, los representantes del saber técnico se encargan de controlar que el camino hacia la decisión se encuentre balizado conforme a reglas procesales previas y precisas (debido proceso adjetivo); y los representantes de la opinión popular se encargan de construir una conclusión prudencial sobre la base del sentido común (debido proceso sustantivo).

El ejercicio deliberativo previo a la toma de decisiones relevantes -como el veredicto de un jurado popular- posee un efecto positivo para todos los participantes. En esa línea, se puede hablar del 'valor epistemológico' de la construcción de consensos (NINO, Carlos Santiago, "La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia", en W.AA. "En torno a la democracia", Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1990, pág. 97 y sgtes.). La proyección multiplicadora de esta experiencia de aprendizaje

derrama sus beneficios sobre la comunidad, permitiendo 'generar ciudadanía'.

Por todo lo expuesto, y habiendo dictaminado el señor Procurador General de la Nación interino, corresponde hacer lugar a la queja y, con el alcance indicado, declarar admisible el recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI

(en disidencia)

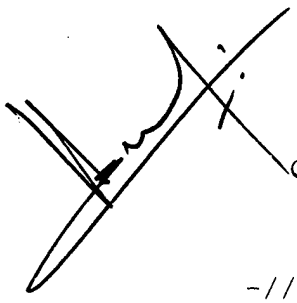
CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

VO-//-

JUAN CARLOS MAQUEDA

Por su voto

HORACIO ROSATTI



-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que, en lo que resulta de interés, la presente causa se origina a partir del veredicto de un jurado popular que decidió la culpabilidad de Alex Mauricio Obreque Varas y Alexis Gabriel Castillo como coautores penalmente responsables del delito de homicidio agravado, por la comisión con el concurso premeditado de dos o más personas y por alevosía, en perjuicio de Edgardo Daniel Arias. Como consecuencia de tal decisión, el magistrado integrante del Colegio de Jueces estableció la pena de prisión perpetua y accesorias legales, respecto de ambos imputados.

El Tribunal de Impugnación confirmó el veredicto del jurado popular, que a su vez fue convalidado por la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, oportunidad en la que declaró inadmisibles las impugnaciones extraordinarias planteadas por las defensas.

Los encausados dedujeron recurso extraordinario federal, cuya declaración de inadmisibilidad por el Tribunal Superior de Justicia provincial, motivó el presente recurso de queja.

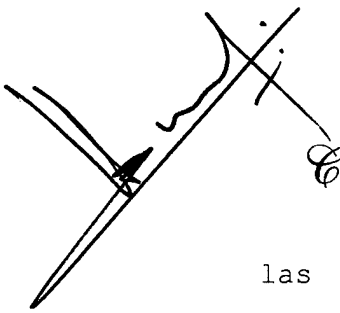
2°) Que los recurrentes alegaron la afectación de la garantía del debido proceso legal por el modo en que el jurado valoró ciertas declaraciones testimoniales, por las instrucciones impartidas a sus miembros en relación a la duda razonable, por la emisión sucesiva de veredictos en formularios inválidos que impidieron distinguir adecuadamente las

acusaciones, y por la aplicación de una calificación legal distinta a la que les había sido impuesta. Asimismo, adujeron la inconstitucionalidad de la prisión perpetua respecto de Alex Mauricio Obreque Varas.

En lo concerniente al juicio por jurados, cuestionaron la instauración del instituto en la Provincia del Neuquén, por considerar que el establecimiento de este tipo de juzgamiento no constituye una facultad provincial sino federal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 24 y 75 inciso 12 de la Constitución Nacional. Al incluir esta institución en el Código Procesal Penal local, la provincia se habría arrogado -según el apelante- la facultad de legislar en materia federal.

Seguidamente, aseveraron que el veredicto de culpabilidad había sido dictado al amparo de normas inconstitucionales -en referencia a los artículos 35 y 207 del código de rito local-, que reglamentan -respectivamente- la competencia y la mayoría especial exigida para el pronunciamiento condenatorio.

Sostuvieron que la inconstitucionalidad del artículo 35 del Código Procesal Penal neuquino radica en poner en cabeza del acusador público, quien detenta un claro interés en la suerte del proceso, la decisión que determina la competencia del jurado popular de modo obligatorio para el caso concreto. Conforme lo argumentado por la defensa, la normativa local estaría desconociendo que, en nuestra Constitución Nacional, el juicio por jurados se encuentra previsto como una "garantía-derecho del imputado" (por ello está incluida en el capítulo de



las "Declaraciones, derechos y garantías" de la Constitución Nacional, artículo 24), no es una obligación, y -por tanto- resulta disponible o renunciable por su titular.

Cuestionaron la mayoría especial exigida para el dictado de veredictos de culpabilidad, conforme el artículo 207 del código de rito local, en tanto no exige unanimidad (acepta un mínimo de ocho votos sobre un total de doce miembros) a pesar de encontrarse -según los quejosos- seriamente restringida la posibilidad de cuestionarlo, teniendo en cuenta que los jueces populares no expresan los fundamentos de su decisión. Entendieron que quienes no votaron la culpabilidad no habían estado convencidos de ese extremo, con lo cual se estaría sustentando una conclusión desfavorable para los recurrentes que afecta el principio de inocencia.

Asimismo, la parte adujo que se vulneraba el principio constitucional de igualdad ante la ley, comparando la mayoría de votos prevista en la ley neuquina para convalidar veredictos respecto de aquellas exigidas en otras provincias argentinas que también han incorporado a sus procesos locales el juicio por jurados. Al respecto, la defensa hizo puntual referencia a las normas procesales de la Provincia de Buenos Aires que requieren unanimidad para los veredictos de culpabilidad en casos de delitos con pena de prisión o reclusión perpetua, es decir, en supuestos como el que involucra a los aquí recurrentes.

Finalmente, los apelantes argumentaron la vulneración de la garantía del juez natural al objetar la aplicación al caso del juicio por jurado popular, previsto en el Código Procesal

Penal aprobado por la ley provincial 2784, que entró en vigencia durante el trámite de la causa. Conforme el planteo, al momento de aplicar el juicio por jurados al *sub judice*, el caso ya presentaba un estado procesal consolidado en la medida en que se encontraba radicada en la cámara criminal para ser tratada por jueces profesionales.

3°) Que los agravios planteados por la defensa de Alex Mauricio Obreque Varas y Alexis Gabriel Castillo remiten a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, que han sido oportuna y razonablemente atendidas por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén y que, por su naturaleza, resultan ajenas a la instancia extraordinaria federal, por lo que corresponde declarar la inadmisibilidad del recurso intentado y la desestimación de la queja (Fallos: 311:357 y 519; 313:77 y 317:1679, entre otros), con la única excepción del planteo relativo al instituto del juicio por jurado popular previsto en la ley local 2784, que suscita cuestión federal al remitir a la interpretación de los artículos 24, 75 inciso 12 y 118 de la Constitución Nacional y al reparto de competencias legislativas en nuestro sistema federal.

4°) Que en el análisis de los agravios aludidos corresponde tener presente que la declaración de inconstitucionalidad constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendar a un tribunal de justicia, ya que configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la última ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la

convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho constitucional invocado (Fallos: 338:1026, entre otros).

Así las cosas, es deber de esta Corte agotar todas las interpretaciones posibles de una norma a fin de hacerla compatible con la Constitución Nacional antes de concluir con su inconstitucionalidad, ya que esta descalificación constituye un remedio extremo que importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable (Fallos: 328:1491; entre otros). De allí que la Corte, al ejercer el control de constitucionalidad de la leyes, debe auto-imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosa en el uso de las facultades propias como en el respeto de la esfera que la Constitución asigna, con carácter privativo, a los otros poderes y a las autonomías provinciales (Fallos: 242:73; entre otros).

5°) Que, sin perjuicio de consignar valiosos antecedentes medioevales, previstos para ciertos estamentos (clérigos, señores feudales, militares), la participación popular en la función judicial surge con la conformación moderna de la teoría de la división de poderes y la extensión del concepto de ciudadano. Fue el Barón de Montesquieu quien en 1748 escribió: "El Poder judicial no debe dársele a un Senado permanente, sino ser ejercido por personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designadas de la manera que la ley disponga, las cuales formen un tribunal que dure poco tiempo, el que exija la necesidad. De este modo se consigue que el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no sea función exclusiva de una clase o de una profesión; al contrario, será un poder, por decirlo así, invisible y nulo. No se tienen

jueces constantemente a la vista; podrá temerse a la magistratura, no a los magistrados" (Montesquieu, "Del espíritu de las leyes", Libro Décimo-primero, Capítulo VI, Porrúa, México, 1982, trad. Nicolás Estévanez, pág. 105).

La manifestación típica de la participación del pueblo en la función judicial es el "juicio por jurados", entendido como el proceso judicial mediante el cual un tribunal integrado total o parcialmente por ciudadanos, que no son jueces letrados, decide sobre la culpabilidad de un acusado y habilita la aplicación de la ley penal por parte de los órganos estatales competentes.

6°) Que la Constitución Nacional prevé en tres cláusulas la incorporación del juicio por jurados a nuestro sistema de juzgamiento. En primer lugar, el artículo 24 dispone que *"El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados"; en segundo lugar, el artículo 75 inciso 12 in fine sostiene que "corresponde al Congreso (...) dictar las [leyes] que requiera el establecimiento del juicio por jurados"; y en tercer lugar, el artículo 118 declara que "todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito..."*.

7°) Que a pesar del claro -y reiterado- mandato constitucional, la institución del juicio por jurados aún no se

ha implementado por el Congreso Nacional en la República Argentina. La omisión parlamentaria no puede conllevar una derogación de hecho de la institución, en tanto ello equivaldría someter la vigencia de las normas constitucionales a la actividad o pasividad de los poderes constituidos, que son quienes -en vez de ignorarlas o violentarlas- se encuentran obligados a cumplirlas.

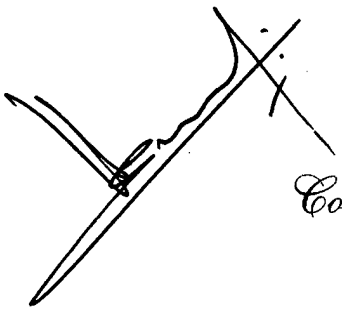
8°) Que si bien el mandato de sancionar una ley que permita el establecimiento del juicio por jurados en todo el país le fue encomendado al Congreso Nacional (artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional), ello no impide que lo hagan las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) en sus respectivas jurisdicciones: i) ya sea que se interprete esta competencia como una atribución transitoria hasta tanto lo haga el Poder Legislativo Nacional (del mismo modo que las provincias estaban constitucionalmente autorizadas a legislar -por ejemplo- en materia civil o penal en tanto no lo hiciera el Congreso, conforme al argumento del artículo 126 de la Constitución Nacional); ii) ya sea que se interprete como una derivación lógica de la competencia constitucional de asegurar la administración de justicia, derivada del artículo 5 de la Norma Fundamental para las provincias y del artículo 129 para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Es que el constituyente originario confió en que el legislador nacional cumpliría -en tiempo razonable- con su obligación constitucional de reglamentar la institución y, quizás por ello, estimó innecesaria una previsión específica sobre el tema para el caso de incumplimiento. Lo cierto es que actualmente el juicio por jurados se encuentra contemplado en

distintas constituciones locales (cfr. artículo 162 de la Constitución de la Provincia de Córdoba; artículos 135, inciso 27, 162 y 171 de la Provincia del Chubut; artículo 144 de la Provincia de La Rioja; artículos 122, inciso 23 y 186 de la Provincia de Entre Ríos; artículo 178 de la Provincia de Corrientes; artículo 197 de la Provincia de Río Negro; artículo 215 de la Provincia de San Luis y artículos 81, inciso 2 y 106 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

9°) Que contrario a lo expresado por el quejoso, el juicio por jurados no debe ser entendido solo como un derecho individual del imputado, y por ende renunciable, sino que debe ser concebido como un modelo institucional de administración de justicia que expresa la participación del pueblo en la administración de justicia penal. Dicho de otro modo: en nuestro sistema constitucional, el juicio por jurados supone no solo -o no tanto- el derecho de una persona a ser juzgada por sus pares sino -fundamentalmente- el derecho del pueblo a juzgar. Por ello es posible encontrar referencias al instituto tanto en la Primera Parte (llamada Parte Dogmática, sobre Declaraciones, Derechos y Garantías) cuanto en la Segunda Parte (llamada Parte Orgánica, referida a las autoridades y competencia del gobierno nacional y al federalismo) de la Ley Fundamental.

Por lo dicho, en relación al agravio tratado en este considerando, no procede la declaración de inconstitucionalidad de la normativa neuquina por el hecho de no haber contemplado, en favor del imputado, un derecho a renunciar a esta modalidad de enjuiciamiento.



10) Que la defensa ha cuestionado la mayoría especial aceptada por el legislador neuquino para dictar veredictos de culpabilidad (un mínimo de ocho votos sobre un total de doce), por entender que esta normativa conculca la presunción constitucional de inocencia y el principio de igualdad ante la ley.

Este argumento debe ser desestimado por las siguientes razones:

i) porque no existe mandato constitucional que imponga en nuestro país un número determinado de votos para afirmar la culpabilidad o la inocencia de un imputado por parte del jurado. Consecuentemente, es competencia del legislador delimitar los mecanismos que considere más adecuados para el establecimiento y la implementación de esta modalidad de enjuiciamiento, siempre en el marco de razonabilidad que impone la Constitución Nacional;

ii) porque si el juicio por jurados expresa -en esencia- el derecho a juzgar en cabeza del pueblo, y si -a su vez- se considera al veredicto como una conclusión a la que se arriba luego de transitar un proceso deliberativo forjado por una pluralidad de opiniones que trasuntan apreciaciones en las que se congregan la multiplicidad de perspectivas en razón de género, edades, oficios, experiencias de vida, etc., no luce irrazonable requerir una mayoría especial de dos terceras partes de sus miembros para generar la decisión, tal como lo prevé la legislación neuquina aplicada al presente caso que, por otra parte, no hace más que espejar el porcentual de mayoría aceptado

para validar los pronunciamientos de los tribunales profesionales colegiados;

iii) porque a diferencia de lo que se sostiene en la apelación, ni la presunción constitucional de inocencia ni el principio *in dubio pro reo* subsisten y/o mantienen vigencia en los votos disidentes del jurado que adoptó, por mayoría, el apelado veredicto de culpabilidad. La voluntad popular -tal como también ocurre como regla en el caso de la sanción de leyes- puede expresarse mediante una decisión mayoritaria (no unánime) sin que ello importe violación de la Constitución Nacional. Por lo demás, cabe aclarar que la presunción de inocencia de ambos recurrentes subsiste hasta la fecha de la presente decisión; y

iv) porque la existencia de opiniones doctrinarias discrepantes que argumenten la conveniencia legislativa de adoptar otras opciones procesales distintas a la mayoría que exige la ley cuestionada (como, por ejemplo, la unanimidad del jurado para los veredictos de culpabilidad), de ninguna manera alcanza para fundar la inconstitucionalidad de las disposiciones en análisis.

11) Que la coexistencia del artículo 207 del Código Procesal Penal de Neuquén con las disposiciones legales de otras provincias argentinas que exigen mayorías distintas -o unanimidad- para convalidar los veredictos de culpabilidad no vulnera el principio de igualdad ante la ley previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

En ese sentido, si bien la autonomía legislativa provincial en materia procesal no puede engendrar situaciones

tan disímiles y asimétricas que cancelen por completo el derecho a la igualdad ante la ley, tampoco cabe pretender una simetría legislativa tal que imponga la completa igualdad en todos los procedimientos del país, en desmedro del principio federal (cfr. arg. Fallos: 328:1146, *in re* "Verbitsky", considerando 56).

En el caso concreto, las diferencias que existen entre este aspecto de la reglamentación neuquina del juicio por jurados -mayoría- en relación con las disposiciones de otras jurisdicciones, no alcanzan a configurar un supuesto de asimetría tal que permita considerar vulnerado el principio constitucional de igualdad ante la ley, o socavada la unidad en materia penal que impera en todo el país por la vigencia de un único código de fondo.

12) Que a diferencia de lo que sostienen los recurrentes, la ausencia de expresión de fundamentos en los veredictos -que es propia de los jurados- no impone la inexorable exigencia legal de unanimidad de votos ni obsta la aplicación del mismo porcentual de mayoría que convalidan los pronunciamientos de los tribunales profesionales colegiados, porque la falta de motivación expresa de estos veredictos no impide el ejercicio efectivo del derecho a la revisión amplia de las decisiones judiciales.

Ciertamente, la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la

obligación de los jueces profesionales, como "representantes no electivos" del pueblo en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones. Es distinto cuando el mismo pueblo, representando por algunos de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén garantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte de un juez profesional.

Esta diferencia fue explicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando sostuvo que: "*…la motivación de las decisiones adoptadas por los órganos encargados de impartir justicia no es sólo relevante para el inculpado del delito, sino que permite también el control ciudadano de los actos de gobierno, en este caso de la administración de la justicia y los expone a su escrutinio.* ***En el caso de los jurados, dicha vertiente se entiende cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía***". (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua", sentencia del 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 257; el destacado no es del original).

Luego de confrontar sus argumentos, dar sus razones y deliberar, los miembros del jurado deciden su voto en función de un sistema de valoración de la prueba conocido como "íntima convicción", que no requiere la expresión de los motivos que conformaron el convencimiento sobre la resolución adoptada para el caso. Ello no impide una adecuada revisión de lo decidido, toda vez que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre

las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido del veredicto.

En concreto: "…***la libre valoración que hace el jurado no es sustancialmente diferente de la que puede hacer un juez técnico, sólo que no lo expresa. En definitiva, cualquier tribunal (técnico o popular) debe reconstruir un hecho pasado, para lo cual utiliza la lógica metodológica que es común a cualquier persona, pues no depende de que tenga o no formación o entrenamiento jurídico.*** *Toda persona que debe reconstruir un hecho del pasado, consciente o inconscientemente, emplea el método histórico, o sea, en un primer paso delimita las pruebas que tendrá en cuenta (heurística); a continuación valora si esas pruebas no son materialmente falsas (crítica externa); luego valora la verosimilitud del contenido de las pruebas (crítica interna) y, finalmente, llega a la síntesis. Quien valora el veredicto de un jurado, necesariamente debe reconstruir este camino, no bastando para descartarlo cualquier criterio diferente acerca de las críticas. Para descartar el veredicto de un jurado debe verificarse que la síntesis se aparte directamente de la lógica metodológica histórica antes referida…*" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "*V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*", ya citado, párrafo 262; el destacado no es del original).

De modo que, pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y la conclusión del veredicto.

13) Que, en definitiva y a mayor abundamiento, el juicio por jurados es una alternativa que permite conjugar la "precisión" propia del saber técnico con la "apreciación" propia del saber popular.

En concreto, los representantes del saber técnico se encargan de controlar que el camino hacia la decisión se encuentre balizado conforme a reglas procesales previas y precisas (debido proceso adjetivo); y los representantes populares se encargan de construir una conclusión prudencial sobre la base del sentido común (debido proceso sustantivo).

El ejercicio deliberativo previo a la toma de decisiones relevantes -como el veredicto de un jurado popular- posee un efecto positivo para todos los participantes; en esa línea se inscribe el "valor epistemológico" de la construcción de consensos propia de un sistema democrático (Nino, Carlos Santiago, "La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia", en VV.AA., "En torno a la democracia", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1990, pág. 97 y sgtes.). La proyección multiplicadora de esta experiencia de aprendizaje derrama sus beneficios sobre la comunidad, permitiendo "generar ciudadanía".

14) Que en cuanto al agravio relativo al cambio de reglas procesales en el *sub lite*, cuadra recordar que este Tribunal tiene dicho en forma reiterada que las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a las causas pendientes, por cuanto la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la

soberanía. En ese sentido, no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado régimen procesal, pues las normas de procedimiento y jurisdicción son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir delitos (Fallos: 249:343; 321:1865; 326:2805; entre otros).

La cláusula del artículo 18 de la Constitución Nacional, que establece que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, no impide la inmediata aplicación de nuevas normas de competencia, inclusive a las causas pendientes, a menos que ello signifique, en el caso concreto, despojar de efecto a actos procesales válidamente cumplidos, lo que obstaculizaría la pronta terminación de los procesos que exige una buena administración de justicia (Fallos: 327:5496).

A la luz de esta doctrina y en virtud de lo planteado, cabe concluir que la aplicación de la ley provincial de juicio por jurados (ley 2784) al trámite de la presente causa no conculcó la garantía constitucional de juez natural consagrada en nuestra Constitución Nacional.

Por todo lo expuesto y habiendo dictaminado el señor Procurador General de la Nación interino, corresponde hacer lugar a la queja y, con el alcance indicado, declarar admisible el recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

DISI-//-

HORACIO ROSATTI

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-DENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del señor Procurador General de la Nación interino, a cuyos fundamentos se remite en razón de brevedad.

Por ello, concordemente con lo dictaminado, se desestima la queja. Intímese a la parte recurrente a que dentro del quinto día de notificada, acompañe copia de la resolución que le concede el beneficio de litigar sin gastos a Alexis Gabriel Castillo o efectúe el depósito que dispone el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a la orden de esta Corte, bajo apercibimiento de ejecución. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Recurso de queja interpuesto por **Alex Mauricio Obreque Varas y Alexis Gabriel Castillo**, asistido por el **Dr. Ricardo Horacio Cancela, Defensor General.**

Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal de Impugnación de la Provincia del Neuquén.**

Anexo 45

Syllabus

NOTE: Where it is feasible, a syllabus (headnote) will be released, as is being done in connection with this case, at the time the opinion is issued. The syllabus constitutes no part of the opinion of the Court but has been prepared by the Reporter of Decisions for the convenience of the reader. See *United States* v. *Detroit Timber & Lumber Co.,* 200 U. S. 321, 337.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

Syllabus

RAMOS *v.* LOUISIANA

CERTIORARI TO THE COURT OF APPEAL OF LOUISIANA, FOURTH CIRCUIT

No. 18–5924. Argued October 7, 2019—Decided April 20, 2020

In 48 States and federal court, a single juror's vote to acquit is enough to prevent a conviction. But two States, Louisiana and Oregon, have long punished people based on 10-to-2 verdicts. In this case, petitioner Evangelisto Ramos was convicted of a serious crime in a Louisiana court by a 10-to-2 jury verdict. Instead of the mistrial he would have received almost anywhere else, Ramos was sentenced to life without parole. He contests his conviction by a nonunanimous jury as an unconstitutional denial of the Sixth Amendment right to a jury trial.

Held: The judgment is reversed.

2016–1199 (La. App. 4 Cir. 11/2/17), 231 So. 3d 44, reversed.

JUSTICE GORSUCH delivered the opinion of the Court with respect to Parts I, II–A, III, and IV–B–1, concluding that the Sixth Amendment right to a jury trial—as incorporated against the States by way of the Fourteenth Amendment—requires a unanimous verdict to convict a defendant of a serious offense. Pp. 3–9, 11–15, 20–23.

(a) The Constitution's text and structure clearly indicate that the Sixth Amendment term "trial by an impartial jury" carries with it *some* meaning about the content and requirements of a jury trial. One such requirement is that a jury must reach a unanimous verdict in order to convict. Juror unanimity emerged as a vital common law right in 14th-century England, appeared in the early American state constitutions, and provided the backdrop against which the Sixth Amendment was drafted and ratified. Postadoption treatises and 19th-century American legal treatises confirm this understanding. This Court has commented on the Sixth Amendment's unanimity requirement no fewer than 13 times over more than 120 years, see, *e.g., Thompson* v. *Utah,* 170 U. S. 343, 351; *Patton* v. *United States,* 281 U. S. 276, 288, and has

also explained that the Sixth Amendment right to a jury trial is incorporated against the States under the Fourteenth Amendment, *Duncan* v. *Louisiana,* 391 U. S. 145, 148–150. Thus, if the jury trial right requires a unanimous verdict in federal court, it requires no less in state court. Pp. 3–7.

(b) Louisiana's and Oregon's unconventional schemes were first confronted in *Apodaca* v. *Oregon,* 406 U. S. 404, and *Johnson* v. *Louisiana,* 406 U. S. 356, in a badly fractured set of opinions. A four-Justice plurality, questioning whether unanimity serves an important "function" in "contemporary society," concluded that unanimity's costs outweighed its benefits. *Apodaca*, 406 U. S., at 410. Four dissenting Justices recognized that the Sixth Amendment requires unanimity, and that the guarantee is fully applicable against the States under the Fourteenth Amendment. The remaining Justice, Justice Powell, adopted a "dual-track" incorporation approach. He agreed that the Sixth Amendment requires unanimity but believed that the Fourteenth Amendment does not render this guarantee fully applicable against the States—even though the dual-track incorporation approach had been rejected by the Court nearly a decade earlier, see *Malloy* v. *Hogan,* 378 U. S. 1, 10–11. Pp. 7–9.

(c) The best Louisiana can suggest is that all of the Court's prior statements that the Sixth Amendment *does* require unanimity are dicta. But the State offers no hint as to why the Court would walk away from those statements now and does not dispute the fact that the common law required unanimity. Instead, it argues that the Sixth Amendment's drafting history—in particular, that the original House version's explicit unanimity references were removed in the Senate version—reveals the framer's intent to leave this particular feature of the common law behind. But that piece of drafting history could just as easily support the inference that the language was removed as surplusage because the right was so plainly understood to be included in the right to trial by jury. Finally, the State invites the Court to perform a cost-benefit analysis on the historic features of common law jury trials and to conclude that unanimity does not make the cut. The dangers of that approach, however, can be seen in *Apodaca*, where the plurality subjected the ancient guarantee of a unanimous jury verdict to its own functionalist assessment. Pp. 11–15.

(d) Factors traditionally considered by the Court when determining whether to preserve precedent on *stare decisis* grounds do not favor upholding *Apodaca*. See *Franchise Tax Bd. of Cal.* v. *Hyatt*, 587 U. S. ___, ___. Starting with the quality of *Apodaca*'s reasoning, the plurality opinion and separate concurring opinion were gravely mistaken. And *Apodaca* sits uneasily with 120 years of preceding case law. When

it comes to reliance interests, neither Louisiana nor Oregon claims anything like the prospective economic, regulatory, or social disruption litigants seeking to preserve precedent usually invoke. The fact that Louisiana and Oregon may need to retry defendants convicted of felonies by nonunanimous verdicts whose cases are still pending on direct appeal will surely impose a cost, but new rules of criminal procedure usually do, see*, e.g., United States* v. *Booker*, 543 U. S. 220, and prior convictions in only two States are potentially affected here. Pp. 20–23.

JUSTICE GORSUCH, joined by JUSTICE GINSBURG and JUSTICE BREYER, concluded in Part IV–A that *Apodaca* lacks precedential force. Treating that case as precedential would require embracing the dubious proposition that a single Justice writing only for himself has the authority to bind this Court to already rejected propositions. No prior case has made such a suggestion. Pp. 16–20.

JUSTICE GORSUCH, joined by JUSTICE GINSBURG, JUSTICE BREYER, and JUSTICE SOTOMAYOR, concluded in Parts IV–B–2 and V that Louisiana's and Oregon's reliance interests in the security of their final criminal judgments do not favor upholding *Apodaca*. Worries that defendants whose appeals are already complete might seek to challenge their nonunanimous convictions through collateral review are overstated. Cf. *Teague* v. *Lane*, 489 U. S. 288. *Apodaca*'s reliance interests are not boosted by Louisiana's recent decision to bar the use of nonunanimous jury verdicts. A ruling for Louisiana would invite other States to relax their own unanimity requirements, and Louisiana continues to allow nonunanimous verdicts for crimes committed before 2019. Pp. 23–26.

JUSTICE THOMAS concluded that Ramos' felony conviction by a nonunanimous jury is unconstitutional because the Sixth Amendment's protection against nonunanimous felony guilty verdicts applies against the States through the Privileges or Immunities Clause of the Fourteenth Amendment, not the Due Process Clause. Pp. 1–9.

GORSUCH, J., announced the judgment of the Court, and delivered the opinion of the Court with respect to Parts I, II–A, III, and IV–B–1, in which GINSBURG, BREYER, SOTOMAYOR, and KAVANAUGH, JJ., joined, an opinion with respect to Parts II–B, IV–B–2, and V, in which GINSBURG, BREYER, and SOTOMAYOR, JJ., joined, and an opinion with respect to Part IV–A, in which GINSBURG and BREYER, JJ., joined. SOTOMAYOR, J., filed an opinion concurring as to all but Part IV–A. KAVANAUGH, J., filed an opinion concurring in part. THOMAS, J., filed an opinion concurring in the judgment. ALITO, J., filed a dissenting opinion, in which ROBERTS, C. J., joined, and in which KAGAN, J., joined as to all but Part III–D.

NOTICE: This opinion is subject to formal revision before publication in the preliminary print of the United States Reports. Readers are requested to notify the Reporter of Decisions, Supreme Court of the United States, Washington, D. C. 20543, of any typographical or other formal errors, in order that corrections may be made before the preliminary print goes to press.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

No. 18–5924

EVANGELISTO RAMOS, PETITIONER *v.* LOUISIANA

ON WRIT OF CERTIORARI TO THE COURT OF APPEAL OF LOUISIANA, FOURTH CIRCUIT

[April 20, 2020]

JUSTICE GORSUCH announced the judgment of the Court and delivered the opinion of the Court with respect to Parts I, II–A, III, and IV–B–1, an opinion with respect to Parts II–B, IV–B–2, and V, in which JUSTICE GINSBURG, JUSTICE BREYER, and JUSTICE SOTOMAYOR join, and an opinion with respect to Part IV–A, in which JUSTICE GINSBURG and JUSTICE BREYER join.

Accused of a serious crime, Evangelisto Ramos insisted on his innocence and invoked his right to a jury trial. Eventually, 10 jurors found the evidence against him persuasive. But a pair of jurors believed that the State of Louisiana had failed to prove Mr. Ramos's guilt beyond reasonable doubt; they voted to acquit.

In 48 States and federal court, a single juror's vote to acquit is enough to prevent a conviction. But not in Louisiana. Along with Oregon, Louisiana has long punished people based on 10-to-2 verdicts like the one here. So instead of the mistrial he would have received almost anywhere else, Mr. Ramos was sentenced to life in prison without the possibility of parole.

Why do Louisiana and Oregon allow nonunanimous convictions? Though it's hard to say why these laws persist,

their origins are clear. Louisiana first endorsed nonunanimous verdicts for serious crimes at a constitutional convention in 1898. According to one committee chairman, the avowed purpose of that convention was to "establish the supremacy of the white race," and the resulting document included many of the trappings of the Jim Crow era: a poll tax, a combined literacy and property ownership test, and a grandfather clause that in practice exempted white residents from the most onerous of these requirements.[1]

Nor was it only the prospect of African-Americans voting that concerned the delegates. Just a week before the convention, the U. S. Senate passed a resolution calling for an investigation into whether Louisiana was systemically excluding African-Americans from juries.[2] Seeking to avoid unwanted national attention, and aware that this Court would strike down any policy of overt discrimination against African-American jurors as a violation of the Fourteenth Amendment,[3] the delegates sought to undermine African-American participation on juries in another way. With a careful eye on racial demographics, the convention delegates sculpted a "facially race-neutral" rule permitting 10-to-2 verdicts in order "to ensure that African-American juror service would be meaningless."[4]

Adopted in the 1930s, Oregon's rule permitting nonunanimous verdicts can be similarly traced to the rise of the Ku Klux Klan and efforts to dilute "the influence of racial, ethnic, and religious minorities on Oregon juries."[5] In fact, no

---

[1] Official Journal of the Proceedings of the Constitutional Convention of the State of Louisiana 374 (H. Hearsey ed. 1898); Eaton, The Suffrage Clause in the New Constitution of Louisiana, 13 Harv. L. Rev. 279, 286–287 (1899); *Louisiana* v. *United States*, 380 U. S. 145, 151–153 (1965).

[2] See 31 Cong. Rec. 1019 (1898).

[3] *Strauder* v. *West Virginia*, 100 U. S. 303, 310 (1880).

[4] *State* v. *Maxie*, No. 13–CR–72522 (La. 11th Jud. Dist., Oct. 11, 2018), App. 56–57; see also Frampton, The Jim Crow Jury, 71 Vand. L. Rev. 1593 (2018).

[5] *State* v. *Williams*, No. 15–CR–58698 (C. C. Ore., Dec. 15, 2016), App.

one before us contests any of this; courts in both Louisiana and Oregon have frankly acknowledged that race was a motivating factor in the adoption of their States' respective nonunanimity rules.[6]

We took this case to decide whether the Sixth Amendment right to a jury trial—as incorporated against the States by way of the Fourteenth Amendment—requires a unanimous verdict to convict a defendant of a serious offense.[7] Louisiana insists that this Court has never definitively passed on the question and urges us to find its practice consistent with the Sixth Amendment. By contrast, the dissent doesn't try to defend Louisiana's law on Sixth or Fourteenth Amendment grounds; tacitly, it seems to admit that the Constitution forbids States from using nonunanimous juries. Yet, unprompted by Louisiana, the dissent suggests our precedent requires us to rule for the State anyway. What explains all this? To answer the puzzle, it's necessary to say a bit more about the merits of the question presented, the relevant precedent, and, at last, the consequences that follow from saying what we know to be true.

I

The Sixth Amendment promises that "[i]n all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law." The Amendment goes on to preserve other rights for criminal defendants but says nothing else about what a "trial by an impartial jury" entails.

Still, the promise of a jury trial surely meant *something*—

104.

[6] *Maxie*, App. 82; *Williams*, App. 104.

[7] Under existing precedent and consistent with a common law tradition not at issue here, a defendant may be tried for certain "petty offenses" without a jury. *Cheff* v. *Schnackenberg*, 384 U. S. 373, 379 (1966).

otherwise, there would have been no reason to write it down. Nor would it have made any sense to spell out the places from which jurors should be drawn if their powers as jurors could be freely abridged by statute. Imagine a constitution that allowed a "jury trial" to mean nothing but a single person rubberstamping convictions without hearing any evidence—but simultaneously insisting that the lone juror come from a specific judicial district "previously ascertained by law." And if that's not enough, imagine a constitution that included the same hollow guarantee *twice*—not only in the Sixth Amendment, but also in Article III.[8] No: The text and structure of the Constitution clearly suggest that the term "trial by an impartial jury" carried with it *some* meaning about the content and requirements of a jury trial.

One of these requirements was unanimity. Wherever we might look to determine what the term "trial by an impartial jury trial" meant at the time of the Sixth Amendment's adoption—whether it's the common law, state practices in the founding era, or opinions and treatises written soon afterward—the answer is unmistakable. A jury must reach a unanimous verdict in order to convict.

The requirement of juror unanimity emerged in 14th-century England and was soon accepted as a vital right protected by the common law.[9] As Blackstone explained, no person could be found guilty of a serious crime unless "the truth of every accusation . . . should . . . be confirmed by the unanimous suffrage of twelve of his equals and neighbors, indifferently chosen, and superior to all suspicion."[10] A

---

[8] See Art. III, §2.

[9] See J. Thayer, Evidence at the Common Law 86–90 (1898) (Thayer); W. Forsyth, History of Trial by Jury 200 (J. Morgan ed., 2d ed. 1875); 1 W. Holdsworth, A History of English Law 318 (rev. 7th ed. 1956); Smith, The Historical and Constitutional Contexts of Jury Reform, 25 Hofstra L. Rev. 377, 397 (1996).

[10] 4 W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England 343 (1769).

"'verdict, taken from eleven, was no verdict'" at all.[11]

This same rule applied in the young American States. Six State Constitutions explicitly required unanimity.[12] Another four preserved the right to a jury trial in more general terms.[13] But the variations did not matter much; consistent with the common law, state courts appeared to regard unanimity as an essential feature of the jury trial.[14]

It was against this backdrop that James Madison drafted and the States ratified the Sixth Amendment in 1791. By that time, unanimous verdicts had been required for about 400 years.[15] If the term "trial by an impartial jury" carried

---

[11] Thayer 88–89, n. 4 (quoting *Anonymous Case*, 41 Lib. Assisarum 11 (1367)); see also 1 M. Hale, Pleas of the Crown 33 (1736).

[12] See Del. Declaration of Rights §14 (1776), in 1 The Bill of Rights: A Documentary History 278 (1971); Md. Declaration of Rights §XIX, in 3 Federal and State Constitutions 1688 (F. Thorpe ed. 1909) (Thorpe); N. C. Declaration of Rights §IX (1776), in 5 *id.,* at 2787; Pa. Declaration of Rights §IX (1776), in 5 *id.,* at 3083; Vt. Declaration of Rights, ch. I, §XI (1786), in 6 *id.,* at 3753; Va. Declaration of Rights §8 (1776), in 7 *id.,* at 3813.

[13] See Ga. Const., Art. IV, §3 (1789), in 2 *id.,* at 789; N. J. Const., Art. XXII (1776), in 5 *id.,* at 2598; N. Y. Const., Art. XLI (1777), in 5 *id.,* at 2637; S. C. Const., Art. IX, §6 (1790), in 6 *id.,* at 3264.

[14] See, *e.g., Commonwealth* v. *Bowden*, 9 Mass. 494, 495 (1813); *People* v. *Denton*, 2 Johns. Cas. 275, 277 (N. Y. 1801); *Commonwealth* v. *Fells*, 36 Va. 613, 614–615 (1838); *State* v. *Doon & Dimond*, 1 R. Charlton 1, 2 (Ga. Super. Ct. 1811); see also *Respublica* v. *Oswald*, 1 Dall. 319, 323 (Pa. 1788) (reporting Chief Justice McKean's observations that unanimity would have been required even if the Pennsylvania Constitution had not said so explicitly).

[15] To be sure, a few of the Colonies had relaxed (and then restored) the unanimity requirement well before the founding. For example, during a two decade period in the late 17th century, the Carolinas experimented with a non-common law system designed to encourage a feudal social structure; this "reactionary" constitution permitted conviction by majority vote. See Carolina Const., Art. 69 (1669), in 5 Thorpe 2781; Reinsch, The English Common Law in the Early American Colonies, in 1 Select Essays in Anglo-American Legal History 407 (1907). But, as Louisiana admits, by the time of the Sixth Amendment's adoption, unanimity had again become the accepted rule. See Brief for Respondent 17.

any meaning at all, it surely included a requirement as long and widely accepted as unanimity.

Influential, postadoption treatises confirm this understanding. For example, in 1824, Nathan Dane reported as fact that the U. S. Constitution required unanimity in criminal jury trials for serious offenses.[16] A few years later, Justice Story explained in his Commentaries on the Constitution that "in common cases, the law not only presumes every man innocent, until he is proved guilty; but unanimity in the verdict of the jury is indispensable."[17] Similar statements can be found in American legal treatises throughout the 19th century.[18]

Nor is this a case where the original public meaning was lost to time and only recently recovered. This Court has, repeatedly and over many years, recognized that the Sixth Amendment requires unanimity. As early as 1898, the Court said that a defendant enjoys a "constitutional right to demand that his liberty should not be taken from him except by the joint action of the court and the unanimous verdict of a jury of twelve persons."[19] A few decades later, the Court elaborated that the Sixth Amendment affords a right to "a trial by jury as understood and applied at common law, . . . includ[ing] all the essential elements as they were recognized in this country and England when the Constitution was adopted."[20] And, the Court observed, this

---

[16] 6 N. Dane, Digest of American Law, ch. LXXXII, Art. 2, §1, p. 226 (1824).

[17] 2 J. Story, Commentaries on the Constitution of the United States §777, p. 248 (1833).

[18] See, *e.g.,* J. Pomeroy, An Introduction to Municipal Law §135, p. 78 (1864); J. Tiffany, Government and Constitutional Law §549, p. 367 (1867); T. Cooley, Constitutional Limitations 319–320 (1868); 1 J. Bishop, Criminal Procedure §897 (rev. 2d ed. 1872).

[19] *Thompson* v. *Utah*, 170 U. S. 343, 351 (1898). See also *Maxwell* v. *Dow*, 176 U. S. 581, 586 (1900).

[20] *Patton* v. *United States*, 281 U. S. 276, 288 (1930).

includes a requirement "that the verdict should be unanimous."[21] In all, this Court has commented on the Sixth Amendment's unanimity requirement no fewer than 13 times over more than 120 years.[22]

There can be no question either that the Sixth Amendment's unanimity requirement applies to state and federal criminal trials equally. This Court has long explained that the Sixth Amendment right to a jury trial is "fundamental to the American scheme of justice" and incorporated against the States under the Fourteenth Amendment.[23] This Court has long explained, too, that incorporated provisions of the Bill of Rights bear the same content when asserted against States as they do when asserted against the federal government.[24] So if the Sixth Amendment's right to a jury trial requires a unanimous verdict to support a conviction in federal court, it requires no less in state court.

II

A

How, despite these seemingly straightforward principles, have Louisiana's and Oregon's laws managed to hang on for so long? It turns out that the Sixth Amendment's otherwise simple story took a strange turn in 1972. That year, the Court confronted these States' unconventional schemes for

---

[21] *Ibid.* See also *Andres* v. *United States*, 333 U. S. 740, 748 (1948) ("Unanimity in jury verdicts is required where the Sixth and Seventh Amendments apply").

[22] In addition to *Thompson*, *Maxwell*, *Patton*, and *Andres*, see *Johnson* v. *Louisiana*, 406 U. S. 356, 369 (1972) (Powell, J., concurring); *United States* v. *Gaudin*, 515 U. S. 506, 510 (1995); *Richardson* v. *United States*, 526 U. S. 813, 817 (1999); *Apprendi* v. *New Jersey*, 530 U. S. 466, 477 (2000); *Southern Union Co.* v. *United States*, 567 U. S. 343, 356 (2012); *Blakely* v. *Washington*, 542 U. S. 296, 301–302 (2004); *United States* v. *Booker*, 543 U. S. 220, 233–239 (2005); *Descamps* v. *United States*, 570 U. S. 254, 269 (2013); *United States* v. *Haymond*, 588 U. S. ___, ___–___ (2019) (plurality opinion) (slip op., at 6–7).

[23] *Duncan* v. *Louisiana*, 391 U. S. 145, 148–150 (1968).

[24] *Malloy* v. *Hogan*, 378 U. S. 1, 10–11 (1964).

the first time—in *Apodaca* v. *Oregon*[25] and a companion case, *Johnson* v. *Louisiana*.[26] Ultimately, the Court could do no more than issue a badly fractured set of opinions. Four dissenting Justices would not have hesitated to strike down the States' laws, recognizing that the Sixth Amendment requires unanimity and that this guarantee is fully applicable against the States under the Fourteenth Amendment.[27] But a four-Justice plurality took a very different view of the Sixth Amendment. These Justices declared that the real question before them was whether unanimity serves an important "function" in "contemporary society."[28] Then, having reframed the question, the plurality wasted few words before concluding that unanimity's costs outweigh its benefits in the modern era, so the Sixth Amendment should not stand in the way of Louisiana or Oregon.

The ninth Member of the Court adopted a position that was neither here nor there. On the one hand, Justice Powell agreed that, as a matter of "history and precedent, . . . the Sixth Amendment requires a unanimous jury verdict to convict."[29] But, on the other hand, he argued that the Fourteenth Amendment does not render this guarantee against the federal government fully applicable against the States. In this way, Justice Powell doubled down on his belief in "dual-track" incorporation—the idea that a single right can mean two different things depending on whether it is being invoked against the federal or a state government.

Justice Powell acknowledged that his argument for dual-

---

[25] 406 U. S. 404 (plurality opinion).

[26] 406 U. S. 356.

[27] See *Apodaca*, 406 U. S., at 414–415 (Stewart, J., joined by Marshall and Brennan, JJ., dissenting) ("Until today, it has been universally understood that a unanimous verdict is an essential element of a Sixth Amendment jury trial. . . . I would follow these settled Sixth Amendment precedents"); *Johnson*, 406 U. S., at 382–383, 391–393 (Douglas, J., joined by Marshall and Brennan, JJ., dissenting).

[28] *Apodaca*, 406 U. S., at 410.

[29] *Johnson*, 406 U. S., at 371 (concurring opinion).

track incorporation came "late in the day."[30] Late it was. The Court had already, nearly a decade earlier, "rejected the notion that the Fourteenth Amendment applies to the States only a 'watered-down, subjective version of the individual guarantees of the Bill of Rights.'"[31] It's a point we've restated many times since, too, including as recently as last year.[32] Still, Justice Powell frankly explained, he was "unwillin[g]" to follow the Court's precedents.[33] So he offered up the essential fifth vote to uphold Mr. Apodaca's conviction—if based only on a view of the Fourteenth Amendment that he knew was (and remains) foreclosed by precedent.

B

In the years following *Apodaca*, both Louisiana and Oregon chose to continue allowing nonunanimous verdicts. But their practices have always stood on shaky ground. After all, while Justice Powell's vote secured a favorable judgment for the States in *Apodaca*, it's never been clear what rationale could support a similar result in future cases. Only two possibilities exist: Either the Sixth Amendment allows nonunanimous verdicts, or the Sixth Amendment's guarantee of a jury trial applies with less force to the States under the Fourteenth Amendment. Yet, as we've seen, both bear their problems. In *Apodaca* itself, a majority of Justices—including Justice Powell—recognized that the Sixth Amendment demands unanimity, just as our cases have long said. And this Court's precedents, both then and now, prevent the Court from applying the Sixth Amendment to the States in some mutated and diminished form under the

---

[30] *Id.*, at 375.

[31] *Id.*, at 384 (Douglas, J., dissenting) (quoting *Malloy*, 378 U. S., at 10–11); *Johnson*, 406 U. S., at 395–396 (Brennan, J., dissenting) (collecting cases).

[32] See, *e.g., Timbs* v. *Indiana*, 586 U. S. ___, ___ (2019) (slip op., at 3) (unanimously rejecting arguments for dual-track incorporation).

[33] *Johnson*, 406 U. S., at 375–376, and n. 15 (concurring opinion).

Fourteenth Amendment. So what could we possibly describe as the "holding" of *Apodaca*?

Really, no one has found a way to make sense of it. In later cases, this Court has labeled *Apodaca* an "exception," "unusual," and in any event "not an endorsement" of Justice Powell's view of incorporation.[34] At the same time, we have continued to recognize the historical need for unanimity.[35] We've been studiously ambiguous, even inconsistent, about what *Apodaca* might mean.[36] To its credit, Louisiana acknowledges the problem. The State expressly tells us it is not "asking the Court to accord Justice Powell's solo opinion in *Apodaca* precedential force."[37] Instead, in an effort to win today's case, Louisiana embraces the idea that everything is up for grabs. It contends that this Court has

---

[34] *McDonald* v. *Chicago*, 561 U. S. 742, 766, n. 14 (2010); see also *Timbs*, 586 U. S., at ___ (slip op., at 3) (quoting *McDonald*, 561 U. S., at 766, n. 14).

[35] *Gaudin*, 515 U. S., at 510; *Richardson*, 526 U. S., at 817; *Apprendi*, 530 U. S., at 477; *Southern Union Co.*, 567 U. S., at 356; *Blakely*, 542 U. S., at 301–302; *Booker*, 543 U. S., at 238; *Descamps*, 570 U. S., at 269; *Haymond*, 588 U. S., at ___–___ (plurality opinion) (slip op., at 6–7).

[36] See, *e.g., Burch* v. *Louisiana*, 441 U. S. 130, 136, and n. 9 (1979) (describing both plurality opinion and Justice Powell's separate writing); *Brown* v. *Louisiana*, 447 U. S. 323, 331 (1980) (plurality opinion) (describing neither); see also *McKoy* v. *North Carolina*, 494 U. S. 433, 468 (1990) (Scalia, J., dissenting) (same). On a few occasions we've suggested that perhaps *Apodaca* means the Sixth Amendment does not require unanimity at all. See *Ludwig* v. *Massachusetts*, 427 U. S. 618, 625 (1976) (quoting *Apodaca* plurality); *Gaudin*, 515 U. S., at 510, n. 2 (same); see also *Holland* v. *Illinois*, 493 U. S. 474, 511 (1990) (Stevens, J., dissenting) (same). But on another occasion, we suggested that it could make a difference whether a particular right was rooted in the Sixth Amendment's jury trial guarantee or Fourteenth Amendment due process guarantee. See *Schad* v. *Arizona*, 501 U. S. 624, 634, n. 5 (1991) (plurality opinion). The dissent contends that these cases have "reiterated time and again what *Apodaca* had established." *Post*, at 6 (opinion of ALITO, J.). More accurately, these "reiterations" have suggested different things at different times.

[37] See Brief for Respondent 47; Tr. of Oral Arg. 37–38.

never definitively ruled on the propriety of nonunanimous juries under the Sixth Amendment—and that we should use this case to hold for the first time that nonunanimous juries are permissible in state and federal courts alike.

III

Louisiana's approach may not be quite as tough as trying to defend Justice Powell's dual-track theory of incorporation, but it's pretty close. How does the State deal with the fact this Court has said 13 times over 120 years that the Sixth Amendment *does* require unanimity? Or the fact that five Justices in *Apodaca* said the same? The best the State can offer is to suggest that all these statements came in dicta.[38] But even supposing (without granting) that Louisiana is right and it's dicta all the way down, why would the Court now walk away from many of its own statements about the Constitution's meaning? And what about the prior 400 years of English and American cases requiring unanimity—should we dismiss all those as dicta too?

Sensibly, Louisiana doesn't dispute that the common law required unanimity. Instead, it argues that the drafting history of the Sixth Amendment reveals an intent by the framers to leave this particular feature behind. The State points to the fact that Madison's proposal for the Sixth Amendment originally read: "The trial of all crimes . . . shall be by an impartial jury of freeholders of the vicinage, with the requisite of unanimity for conviction, of the right

---

[38] In at least some of these cases, that may be a fair characterization. For example, while *Thompson* was quick to say that the U. S. Constitution requires "the unanimous verdict of a jury of twelve persons," the question before the Court was whether, in the circumstances of the defendant's case, a trial by eight jurors in a Utah state court would violate the *Ex Post Facto* Clause. 170 U. S., at 351. The Sixth Amendment's unanimity requirement was unnecessary to the outcome, and the Utah Constitution required unanimity either way. *Id.*, at 345.

of challenge, and other accustomed requisites. . . ."[39] Louisiana notes that the House of Representatives approved this text with minor modifications. Yet, the State stresses, the Senate replaced "impartial jury of freeholders of the vicinage" with "impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed" and also removed the explicit references to unanimity, the right of challenge, and "other accustomed requisites." In light of these revisions, Louisiana would have us infer an intent to abandon the common law's traditional unanimity requirement.

But this snippet of drafting history could just as easily support the opposite inference. Maybe the Senate deleted the language about unanimity, the right of challenge, and "other accustomed prerequisites" because all this was so plainly included in the promise of a "trial by an impartial jury" that Senators considered the language surplusage. The truth is that we have little contemporaneous evidence shedding light on why the Senate acted as it did.[40] So rather than dwelling on text left on the cutting room floor, we are much better served by interpreting the language Congress retained and the States ratified. And, as we've seen, at the time of the Amendment's adoption, the right to a jury trial *meant* a trial in which the jury renders a unanimous verdict.

Further undermining Louisiana's inference about the drafting history is the fact it proves too much. If the Senate's deletion of the word "unanimity" changed the meaning of the text that remains, then the same would seemingly have to follow for the other deleted words as well. So it's not just unanimity that died in the Senate, but all the

---

[39] 1 Annals of Cong. 435 (1789).

[40] In private writings, Madison did explain some of the Senate's objections with his original phrasing of the vicinage requirement. See 5 Writings of James Madison 420–424 (G. Hunt ed. 1904) (letters to E. Pendleton, Sept. 14 and 23, 1789). But this is little help in explaining the other changes made in the Senate.

"other accustomed requisites" associated with the common law jury trial right—*i.e., everything* history might have taught us about what it means to have a jury trial. Taking the State's argument from drafting history to its logical conclusion would thus leave the right to a "trial by jury" devoid of meaning. A right mentioned twice in the Constitution would be reduced to an empty promise. That can't be right.

Faced with this hard fact, Louisiana's only remaining option is to invite us to distinguish between the historic features of common law jury trials that (we think) serve "important enough" functions to migrate silently into the Sixth Amendment and those that don't. And, on the State's account, we should conclude that unanimity isn't worthy enough to make the trip.

But to see the dangers of Louisiana's overwise approach, there's no need to look any further than *Apodaca* itself. There, four Justices, pursuing the functionalist approach Louisiana espouses, began by describing the "'essential'" benefit of a jury trial as "'the interposition . . . of the commonsense judgment of a group of laymen'" between the defendant and the possibility of an "'overzealous prosecutor.'"[41] And measured against that muddy yardstick, they quickly concluded that requiring 12 rather than 10 votes to convict offers no meaningful improvement.[42] Meanwhile, these Justices argued, States have good and important reasons for dispensing with unanimity, such as seeking to reduce the rate of hung juries.[43]

Who can profess confidence in a breezy cost-benefit analysis like that? Lost in the accounting are the racially discriminatory *reasons* that Louisiana and Oregon adopted

---

[41] 406 U. S., at 410 (plurality opinion) (quoting *Williams* v. *Florida*, 399 U. S. 78, 100 (1970), and *Duncan*, 391 U. S., at 156).

[42] 406 U. S., at 410–411.

[43] *Id.,* at 411.

their peculiar rules in the first place.[44] What's more, the plurality never explained why the promised benefit of abandoning unanimity—reducing the rate of hung juries—always scores as a credit, not a cost. But who can say whether any particular hung jury is a waste, rather than an example of a jury doing exactly what the plurality said it should—deliberating carefully and safeguarding against overzealous prosecutions? And what about the fact, too, that some studies suggest that the elimination of unanimity has only a small effect on the rate of hung juries?[45] Or the fact that others profess to have found that requiring unanimity may provide other possible benefits, including more open-minded and more thorough deliberations?[46] It seems the *Apodaca* plurality never even conceived of such possibilities.

Our real objection here isn't that the *Apodaca* plurality's cost-benefit analysis was too skimpy. The deeper problem

---

[44] The dissent chides us for acknowledging the racist history of Louisiana's and Oregon's laws, and commends the *Apodaca* plurality's decision to disregard these facts. *Post,* at 2–5, 14. But if the Sixth Amendment calls on judges to assess the functional benefits of jury rules, as the *Apodaca* plurality suggested, how can that analysis proceed to ignore the very functions those rules were adopted to serve? The dissent answers that Louisiana and Oregon eventually recodified their nonunanimous jury laws in new proceedings untainted by racism. See *post*, at 3–4, n. 3. But that cannot explain *Apodaca*'s omission: The States' proceedings took place only *after* the Court's decision. Nor can our shared respect for "rational and civil discourse," *post*, at 5, supply an excuse for leaving an uncomfortable past unexamined. Still, the dissent is right about one thing—a jurisdiction adopting a nonunanimous jury rule even for benign reasons would still violate the Sixth Amendment.

[45] See H. Kalven & H. Zeisel, The American Jury 461 (1966); Diamond, Rose, & Murphy, Revisiting the Unanimity Requirement: The Behavior of the Nonunanimous Civil Jury, 100 Nw. U. L. Rev. 201, 207–208 (2006).

[46] Devine et al., Jury Decision Making: 45 Years of Empirical Research on Deliberating Groups, 7 Psych. Pub. Pol'y & L. 622, 669 (2001); R. Hastie, S. Penrod, & N. Pennington, Inside the Jury 115, 164–165 (1983); Hans, The Power of Twelve: The Impact of Jury Size and Unanimity on Civil Jury Decision Making, 4 Del. L. Rev. 1, 24–25 (2001).

is that the plurality subjected the ancient guarantee of a unanimous jury verdict to its own functionalist assessment in the first place. And Louisiana asks us to repeat the error today, just replacing *Apodaca*'s functionalist assessment with our own updated version. All this overlooks the fact that, at the time of the Sixth Amendment's adoption, the right to trial by jury *included* a right to a unanimous verdict. When the American people chose to enshrine that right in the Constitution, they weren't suggesting fruitful topics for future cost-benefit analyses. They were seeking to ensure that their children's children would enjoy the same hard-won liberty they enjoyed. As judges, it is not our role to reassess whether the right to a unanimous jury is "important enough" to retain. With humility, we must accept that this right may serve purposes evading our current notice. We are entrusted to preserve and protect that liberty, not balance it away aided by no more than social statistics.[47]

---

[47]The dissent seems to suggest that we must abandon the Sixth Amendment's historical meaning in favor of *Apodaca*'s functionalism because a parade of horribles would follow otherwise. In particular, the dissent reminds us that, at points and places in our history, women were not permitted to sit on juries. See *post*, at 15–16. But we hardly need *Apodaca*'s functionalism to avoid repeating that wrong. Unlike the rule of unanimity, rules about who qualified as a defendant's "peer" varied considerably at common law at the time of the Sixth Amendment's adoption. Reflecting that fact, the Judiciary Act of 1789—adopted by the same Congress that passed the Sixth Amendment—initially pegged the qualifications for federal jury service to the relevant state jury qualification requirements. 1 Stat. 88. As a result, for much of this Nation's early history the composition of federal juries varied both geographically and over time. See Hickey, Federal Legislation: Improvement of the Jury System in Federal Courts, 35 Geo. L. J. 500, 506–507 (1947); *Taylor* v. *Louisiana*, 419 U. S. 522, 536 (1975). Ultimately, however, the people themselves adopted further constitutional amendments that prohibit invidious discrimination. So today the Sixth Amendment's promise of a jury of one's peers means a jury selected from a representative cross-section of the entire community. See *Strauder*, 100 U. S., at 307–308; *Smith* v. *Texas*, 311 U. S. 128, 130 (1940); *Taylor*, 419 U. S., at 527.

IV

A

If Louisiana's path to an affirmance is a difficult one, the dissent's is trickier still. The dissent doesn't dispute that the Sixth Amendment protects the right to a unanimous jury verdict, or that the Fourteenth Amendment extends this right to state-court trials. But, it insists, we must affirm Mr. Ramos's conviction anyway. Why? Because the doctrine of *stare decisis* supposedly commands it. There are two independent reasons why that answer falls short.

In the first place and as we've seen, not even Louisiana tries to suggest that *Apodaca* supplies a governing precedent. Remember, Justice Powell agreed that the Sixth Amendment requires a unanimous verdict to convict, so he would have no objection to that aspect of our holding today. Justice Powell reached a different result only by relying on a dual-track theory of incorporation that a majority of the Court had already rejected (and continues to reject). And to accept *that* reasoning as precedential, we would have to embrace a new and dubious proposition: that a single Justice writing only for himself has the authority to bind this Court to propositions it has already rejected.

This is not the rule, and for good reason—it would do more to destabilize than honor precedent. To see how, consider a hypothetical. Suppose we face a question of first impression under the Fourth Amendment: whether a State must obtain a warrant before reading a citizen's email in the hands of an Internet provider and using that email as evidence in a criminal trial. Imagine this question splits the Court, with four Justices finding the Fourth Amendment requires a warrant and four Justices finding no such

---

Relatedly, the dissent suggests that, before doing anything here, we should survey all changes in jury practices since 1791. See *post*, at 16, n. 26. It sounds like an interesting study—but not one that could alter the plain meaning of the Constitution or obliviate its undisputed unanimity requirement.

requirement. The ninth Justice agrees that the Fourth Amendment requires a warrant, but takes an idiosyncratic view of the consequences of violating that right. In her view, the exclusionary rule has gone too far, and should only apply when the defendant is prosecuted for a felony. Because the case before her happens to involve only a misdemeanor, she provides the ninth vote to affirm a conviction based on evidence secured by a warrantless search. Of course, this Court has longstanding precedent requiring the suppression of all evidence obtained in unconstitutional searches and seizures. *Mapp* v. *Ohio*, 367 U. S. 643 (1961). But like Justice Powell, our hypothetical ninth Justice sticks to her view and expressly rejects this Court's precedent. Like Justice Powell, this Justice's vote would be essential to the judgment. So if, as the dissent suggests, *that* is enough to displace precedent, would *Mapp*'s exclusionary rule now be limited to felony prosecutions?

Admittedly, this example comes from our imagination. It has to, because no case has before suggested that a single Justice may overrule precedent. But if the Court were to embrace the dissent's view of *stare decisis*, it would not stay imaginary for long. Every occasion on which the Court is evenly split would present an opportunity for single Justices to overturn precedent to bind future majorities. Rather than advancing the goals of predictability and reliance lying behind the doctrine of *stare decisis*, such an approach would impair them.

The dissent contends that, in saying this much, we risk defying *Marks* v. *United States*.[48] According to *Marks*, when "a fragmented Court decides a case and no single rationale explaining the result enjoys the assent of five Justices, 'the holding of the Court may be viewed as that position taken by those Members who concurred in the

[48] 430 U. S. 188 (1977).

judgments on the narrowest grounds.'"[49] But notice that the dissent never actually gets around to telling us which opinion in *Apodaca* it considers to be the narrowest and controlling one under *Marks*—or why. So while the dissent worries that we defy a *Marks* precedent, it is oddly coy about where exactly that precedent might be found.

The parties recognize what the dissent does not: *Marks* has nothing to do with this case. Unlike a *Marks* dispute where the litigants duel over which opinion represents the narrowest and controlling one, the parties before us accept that *Apodaca* yielded no controlling opinion at all. In particular, both sides admit that Justice Powell's opinion cannot bind us—precisely because he relied on a dual-track rule of incorporation that an unbroken line of majority opinions before and after *Apodaca* has rejected. Still, the dissent presses the issue, suggesting that a single Justice's opinion *can* overrule prior precedents under "the logic" of *Marks*.[50] But, as the dissent itself implicitly acknowledges, *Marks* never sought to offer or defend such a rule. And, as we have seen, too, a rule like that would do more to harm than advance *stare decisis*.

The dissent's backup argument fares no better. In the end, even the dissent is forced to concede that Justice Powell's *reasoning* in *Apodaca* lacks controlling force.[51] So far, so good. But then the dissent suggests *Apodaca* somehow still manages to supply a controlling precedent as to its *result*.[52] Look closely, though. The dissent's account of *Apodaca*'s *result* looks suspiciously like the *reasoning* of Justice Powell's opinion: "In *Apodaca,* this means that when (1) a defendant is convicted in state court, (2) at least 10 of the 12 jurors vote to convict, and (3) the defendant argues that the conviction violates the Constitution because the vote

---

[49] *Id.*, at 193.
[50] *Post,* at 10–11.
[51] *Post,* at 11–12.
[52] *Post,* at 8.

was not unanimous, the challenge fails."[53] Where does the convenient "state court" qualification come from? Neither the *Apodaca* plurality nor the dissent included any limitation like that—their opinions turned on the meaning of the Sixth Amendment. What the dissent characterizes as *Apodaca*'s result turns out to be nothing more than Justice Powell's reasoning about dual-track incorporation dressed up to look like a logical proof.

All of this does no more than highlight an old truth. It is usually a judicial decision's reasoning—its *ratio decidendi*—that allows it to have life and effect in the disposition of future cases.[54] As this Court has repeatedly explained in the context of summary affirmances, "'unexplicated'" decisions may "'settl[e] the issues for the parties, [but they are] not to be read as a renunciation by this Court of doctrines previously announced in our opinions.'"[55] Much the same may be said here. *Apodaca*'s judgment line resolved that case for the parties in that case. It is binding in that sense. But stripped from any reasoning, its judgment alone cannot be read to repudiate this Court's

---

[53] *Ibid.* See also *post*, at 11, n. 6 (KAVANAUGH, J., concurring in part) (offering the same argument by contending that "[t]he result of *Apodaca*" means "state criminal juries need not be unanimous").

[54] See J. Salmond, Jurisprudence §62, p. 191 (G. Williams ed., 10th ed. 1947) ("The concrete decision is binding between the parties to it, but is the abstract *ratio decidendi* which alone has the force of law as regards the world at large"); F. Schauer, Precedent, in Routledge Companion to Philosophy of Law 129 (A. Marmor ed. 2012) ("[T]he traditional answer to the question of what is a precedent is that subsequent cases falling within the *ratio decidendi*—or *rationale*—of the precedent case are controlled by that case"); N. Duxbury, The Nature and Authority of Precedent 65–66 (2008).

[55] *Mandel* v. *Bradley*, 432 U. S. 173, 176 (1977) (*per curiam*) (quoting *Fusari* v. *Steinberg*, 419 U. S. 379, 392 (1975) (Burger, C. J., concurring); see also *Bush* v. *Vera*, 517 U. S. 952, 1001–1002 (1996) (THOMAS, J., concurring in judgment).

repeated pre-existing teachings on the Sixth and Fourteenth Amendments.[56]

B

1

There's another obstacle the dissent must overcome. Even if we accepted the premise that *Apodaca* established a precedent, no one on the Court today is prepared to say it was rightly decided, and *stare decisis* isn't supposed to be the art of methodically ignoring what everyone knows to be true.[57] Of course, the precedents of this Court warrant our deep respect as embodying the considered views of those who have come before. But *stare decisis* has never been treated as "an inexorable command."[58] And the doctrine is "at its weakest when we interpret the Constitution"[59] because a mistaken judicial interpretation of that supreme law is often "practically impossible" to correct through other means.[60] To balance these considerations, when it revisits a precedent this Court has traditionally considered "the quality of the decision's reasoning; its consistency with related decisions; legal developments since the decision; and reliance on the decision."[61] In this case, each factor points

---

[56] The dissent floats a different theory when it suggests this Court's denials of certiorari in cases seeking to clarify *Apodaca* is evidence of *Apodaca*'s precedential force. *Post,* at 7. But "[t]he significance of a denial of a petition for certiorari ought no longer . . . require discussion. This Court has said again and again and again that such a denial has no legal significance whatever bearing on the merits of the claim." *Darr* v. *Burford*, 339 U. S. 200, 226 (1950) (Frankfurter, J., dissenting).

[57] R. Cross & J. Harris, Precedent in English Law 1 (4th ed. 1991) (attributing this aphorism to Jeremy Bentham).

[58] *Pearson* v. *Callahan*, 555 U. S. 223, 233 (2009) (internal quotation marks omitted).

[59] *Agostini* v. *Felton*, 521 U. S. 203, 235 (1997).

[60] *Payne* v. *Tennessee*, 501 U. S. 808, 828 (1991) (internal quotation marks omitted).

[61] *Franchise Tax Bd. of Cal.* v. *Hyatt*, 587 U. S. ___, ___ (2019) (slip op., at 17).

in the same direction.

Start with the quality of the reasoning. Whether we look to the plurality opinion or Justice Powell's separate concurrence, *Apodaca* was gravely mistaken; again, no Member of the Court today defends either as rightly decided. Without repeating what we've already explained in detail, it's just an implacable fact that the plurality spent almost no time grappling with the historical meaning of the Sixth Amendment's jury trial right, this Court's long-repeated statements that it demands unanimity, or the racist origins of Louisiana's and Oregon's laws. Instead, the plurality subjected the Constitution's jury trial right to an incomplete functionalist analysis of its own creation for which it spared one paragraph. And, of course, five Justices expressly rejected the plurality's conclusion that the Sixth Amendment does not require unanimity. Meanwhile, Justice Powell refused to follow this Court's incorporation precedents. Nine Justices (including Justice Powell) recognized this for what it was; eight called it an error.

Looking to *Apodaca*'s consistency with related decisions and recent legal developments compounds the reasons for concern. *Apodaca* sits uneasily with 120 years of preceding case law. Given how unmoored it was from the start, it might seem unlikely that later developments could have done more to undermine the decision. Yet they have. While Justice Powell's dual-track theory of incorporation was already foreclosed in 1972, some at that time still argued that it might have a role to play outside the realm of criminal procedure. Since then, the Court has held otherwise.[62] Until recently, dual-track incorporation attracted at least a measure of support in dissent. But this Court has now roundly rejected it.[63] Nor has the plurality's rejection of the

---

[62] *McDonald*, 561 U. S., at 765–766.

[63] *Timbs*, 586 U. S., at ___ (slip op., at 3). Contrary to the dissent's suggestion, this Court's longstanding rejection of dual-track incorporation does not necessarily imply that the Fourteenth Amendment renders

Sixth Amendment's historical unanimity requirement aged more gracefully. As we've seen, in the years since *Apodaca*, this Court has spoken inconsistently about its meaning—but nonetheless referred to the traditional unanimity requirement on at least eight occasions.[64] In light of all this, calling *Apodaca* an outlier would be perhaps too suggestive of the possibility of company.

When it comes to reliance interests, it's notable that neither Louisiana nor Oregon claims anything like the prospective economic, regulatory, or social disruption litigants seeking to preserve precedent usually invoke. No one, it seems, has signed a contract, entered a marriage, purchased a home, or opened a business based on the expectation that, should a crime occur, at least the accused may be sent away by a 10-to-2 verdict.[65] Nor does anyone suggest that nonunanimous verdicts have "become part of our national culture."[66] It would be quite surprising if they had, given that nonunanimous verdicts are insufficient to convict in 48 States and federal court.

Instead, the only reliance interests that might be asserted here fall into two categories. The first concerns the fact Louisiana and Oregon may need to retry defendants convicted of felonies by nonunanimous verdicts whose cases are still pending on direct appeal. The dissent claims that this fact supplies the winning argument for retaining *Apodaca* because it has generated "enormous reliance interests" and overturning the case would provoke a "crushing"

---

the entire Bill of Rights applicable to the States. See *post,* at 17–18. The scope of an incorporated right and whether a right is incorporated at all are two different questions. See *Timbs*, 586 U. S., at ___–___ (slip op., at 2–3) ("[I]f a Bill of Rights protection is incorporated, there is no daylight between the federal and state conduct it prohibits or requires").

[64] See n. 35, *supra*.

[65] Cf. *Leegin Creative Leather Products, Inc.* v. *PSKS, Inc.*, 551 U. S. 877, 925–926 (2007) (BREYER, J., dissenting).

[66] *Dickerson* v. *United States*, 530 U. S. 428, 443 (2000).

"tsunami" of follow-on litigation.[67]

The overstatement may be forgiven as intended for dramatic effect, but prior convictions in only two States are potentially affected by our judgment. Those States credibly claim that the number of nonunanimous felony convictions still on direct appeal are somewhere in the hundreds,[68] and retrying or plea bargaining these cases will surely impose a cost. But new rules of criminal procedures usually do, often affecting significant numbers of pending cases across the whole country. For example, after *Booker* v. *United States* held that the Federal Sentencing Guidelines must be advisory rather than mandatory, this Court vacated and remanded nearly 800 decisions to the courts of appeals. Similar consequences likely followed when *Crawford* v. *Washington* overturned prior interpretations of the Confrontation Clause[69] or *Arizona* v. *Gant* changed the law for searches incident to arrests.[70] Our decision here promises to cause less, and certainly nothing before us supports the dissent's surmise that it will cause wildly more, disruption than these other decisions.

2

The second and related reliance interest the dissent seizes upon involves the interest Louisiana and Oregon have in the security of their final criminal judgments. In light of our decision today, the dissent worries that defendants whose appeals are already complete might seek to

---

[67] *Post*, at 1, 19.

[68] Brief for State of Oregon as *Amicus Curiae* 13 ("In 2018 alone . . . there were 673 felony jury trials in Oregon, and studies suggest that as many as two-thirds of those cases would have had a non-unanimous verdict"). At most, Oregon says the number of cases remaining on direct appeal and affected by today's decision "easily may eclipse a thousand." *Id.*, at 12 (emphasis added).

[69] 541 U. S. 36, 60–63 (2004).

[70] 556 U. S. 332, 345–347 (2009).

challenge their nonunanimous convictions through collateral (*i.e.,* habeas) review.

But again the worries outstrip the facts. Under *Teague* v. *Lane*, newly recognized rules of criminal procedure do not normally apply in collateral review.[71] True, *Teague* left open the possibility of an exception for "watershed rules" "implicat[ing] the fundamental fairness [and accuracy] of the trial."[72] But, as this language suggests, *Teague*'s test is a demanding one, so much so that this Court has yet to announce a new rule of criminal procedure capable of meeting it.[73] And the test is demanding by design, expressly calibrated to address the reliance interests States have in the finality of their criminal judgments.[74]

Nor is the *Teague* question even before us. Whether the right to jury unanimity applies to cases on collateral review is a question for a future case where the parties will have a chance to brief the issue and we will benefit from their adversarial presentation. That litigation is sure to come, and will rightly take into account the States' interest in the finality of their criminal convictions. In this way, *Teague* frees us to say what we know to be true about the rights of the accused under our Constitution today, while leaving questions about the reliance interest States possess in their final judgments for later proceedings crafted to account for them. It would hardly make sense to ignore that two-step process and count the State's reliance interests in final judgments both here and again there. Certainly the dissent cites no authority for such double counting.

Instead, the dissent suggests that the feeble reliance interests it identifies should get a boost because the right to

---

[71] 489 U. S. 288, 311–312 (1989) (plurality opinion).

[72] *Ibid.*

[73] See *Whorton* v. *Bockting*, 549 U. S. 406, 417–418 (2007).

[74] See *Stringer* v. *Black*, 503 U. S. 222, 227–228 (1992).

a unanimous jury trial has "little practical importance going forward."[75] In the dissent's telling, Louisiana has "abolished" nonunanimous verdicts and Oregon "seemed on the verge of doing the same until the Court intervened."[76] But, as the dissent itself concedes, a ruling for Louisiana would invite other States to relax their own unanimity requirements.[77] In fact, 14 jurisdictions have already told us that they would value the right to "experiment" with nonunanimous juries.[78] Besides, Louisiana's law bears only prospective effect, so the State continues to allow nonunanimous verdicts for crimes committed before 2019.[79] And while the dissent speculates that our grant of certiorari contributed to the failure of legal reform efforts in Oregon, its citation does not support its surmise. No doubt, too, those who risk being subjected to nonunanimous juries in Louisiana and Oregon today, and elsewhere tomorrow, would dispute the dissent's suggestion that their Sixth Amendment rights are of "little practical importance."

That point suggests another. In its valiant search for reliance interests, the dissent somehow misses maybe the most important one: the reliance interests of the American people. Taken at its word, the dissent would have us discard a Sixth Amendment right in perpetuity rather than ask two States to retry a slice of their prior criminal cases. Whether that slice turns out to be large or small, it cannot outweigh the interest we all share in the preservation of our constitutionally promised liberties. Indeed, the dissent can cite no case in which the one-time need to retry defendants has *ever* been sufficient to inter a constitutional right forever.

---

[75] *Post,* at 2.
[76] *Ibid.*
[77] *Post,* at 3.
[78] Brief for State of Utah et al. as *Amici Curiae* 1.
[79] See 2018 La. Reg. Sess., Act 722.

In the final accounting, the dissent's *stare decisis* arguments round to zero. We have an admittedly mistaken decision, on a constitutional issue, an outlier on the day it was decided, one that's become lonelier with time. In arguing otherwise, the dissent must elide the reliance the American people place in their constitutionally protected liberties, overplay the competing interests of two States, count some of those interests twice, and make no small amount of new precedent all its own.

V

On what ground would anyone have us leave Mr. Ramos in prison for the rest of his life? Not a single Member of this Court is prepared to say Louisiana secured his conviction constitutionally under the Sixth Amendment. No one before us suggests that the error was harmless. Louisiana does not claim precedent commands an affirmance. In the end, the best anyone can seem to muster against Mr. Ramos is that, if we dared to admit in his case what we all know to be true about the Sixth Amendment, we might have to say the same in some others. But where is the justice in that? Every judge must learn to live with the fact he or she will make some mistakes; it comes with the territory. But it is something else entirely to perpetuate something we all know to be wrong only because we fear the consequences of being right. The judgment of the Court of Appeals is

Reversed.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

No. 18–5924

EVANGELISTO RAMOS, PETITIONER *v.* LOUISIANA

ON WRIT OF CERTIORARI TO THE COURT OF APPEAL OF LOUISIANA, FOURTH CIRCUIT

[April 20, 2020]

JUSTICE SOTOMAYOR, concurring as to all but Part IV–A.

I agree with most of the Court's rationale, and so I join all but Part IV–A of its opinion. I write separately, however, to underscore three points. First, overruling precedent here is not only warranted, but compelled. Second, the interests at stake point far more clearly to that outcome than those in other recent cases. And finally, the racially biased origins of the Louisiana and Oregon laws uniquely matter here.

I

Both the majority and the dissent rightly emphasize that *stare decisis* "has been a fundamental part of our jurisprudence since the founding." *Post*, at 12 (opinion of ALITO, J.); see *ante*, at 20. Indeed, "[w]e generally adhere to our prior decisions, even if we question their soundness, because doing so 'promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process.'" *Alleyne* v. *United States*, 570 U. S. 99, 118 (2013) (SOTOMAYOR, J., concurring) (quoting *Payne* v. *Tennessee*, 501 U. S. 808, 827 (1991)).

But put simply, this is not a case where we cast aside precedent "simply because a majority of this Court now dis-

agrees with" it. *Alleyne*, 570 U. S., at 133 (ALITO, J., dissenting). Rather, *Apodaca* v. *Oregon,* 406 U. S. 464 (1972), was on shaky ground from the start. That was not because of the functionalist analysis of that Court's plurality: Reasonable minds have disagreed over time—and continue to disagree—about the best mode of constitutional interpretation. That the plurality in *Apodaca* used different interpretive tools from the majority here is not a reason on its own to discard precedent.

What matters instead is that, as the majority rightly stresses, *Apodaca* is a universe of one—an opinion uniquely irreconcilable with not just one, but two, strands of constitutional precedent well established both before and after the decision. The Court has long recognized that the Sixth Amendment requires unanimity. *Ante,* at 11, 20–22. Five Justices in *Apodaca* itself disagreed with that plurality's contrary view of the Sixth Amendment. Justice Powell's theory of dual-track incorporation also fared no better: He recognized that his argument on that score came "late in the day." *Johnson* v. *Louisiana*, 406 U. S. 356, 375 (1972) (concurring opinion).

Moreover, "[t]he force of *stare decisis* is at its nadir in cases concerning [criminal] procedur[e] rules that implicate fundamental constitutional protections." *Alleyne*, 570 U. S., at 116, n. 5. And the constitutional protection here ranks among the most essential: the right to put the State to its burden, in a jury trial that comports with the Sixth Amendment, before facing criminal punishment. See *Codispoti* v. *Pennsylvania*, 418 U. S. 506, 515–516 (1974) ("The Sixth Amendment represents a deep commitment of the Nation to the right of jury trial in serious criminal cases as a defense against arbitrary law enforcement" (internal quotation marks omitted)). Where the State's power to imprison those like Ramos rests on an erroneous interpretation of the jury-trial right, the Court should not hesitate to reconsider its precedents.

II

In contrast to the criminal-procedure context, "[c]onsiderations in favor of *stare decisis* are at their acme in cases involving property and contract rights." *Payne*, 501 U. S., at 828. Despite that fact, the Court has recently overruled precedent where the Court's shift threatened vast regulatory and economic consequences. *Janus* v. *State, County, and Municipal Employees*, 585 U. S. ___ (2018); *id.*, at ___ (KAGAN, J., dissenting) (slip op., at 23) (noting that the Court's opinion called into question "thousands of . . . contracts covering millions of workers"); see *South Dakota* v. *Wayfair, Inc.*, 585 U. S. ___, ___ (2018) (slip op., at 21) (noting the "legitimate" burdens that the Court's overruling of precedent would place on vendors who had started businesses in reliance on a previous decision).

This case, by contrast, threatens no broad upheaval of private economic rights. Particularly when compared to the interests of private parties who have structured their affairs in reliance on our decisions, the States' interests here in avoiding a modest number of retrials—emphasized at such length by the dissent—are much less weighty. They are certainly not new: Opinions that force changes in a State's criminal procedure typically impose such costs. And were this Court to take the dissent's approach—defending criminal-procedure opinions as wrong as *Apodaca* simply to avoid burdening criminal justice systems—it would never correct its criminal jurisprudence at all.

To pick up on the majority's point, *ante*, at 23, in that alternate universe, a trial judge alone could still decide the critical facts necessary to sentence a defendant to death. *Walton* v. *Arizona*, 497 U. S. 639 (1990), overruled by *Ring* v. *Arizona*, 536 U. S. 584 (2002). An officer would still be able to search a car upon the arrest of any one of its recent occupants. *New York* v. *Belton*, 453 U. S. 454 (1981), holding limited by *Arizona* v. *Gant*, 556 U. S. 332 (2009). And

States could still deprive a defendant of the right to confront her accuser so long as the incriminating statement was "reliable." *Ohio* v. *Roberts*, 448 U. S. 56 (1980), abrogated by *Crawford* v. *Washington*, 541 U. S. 36 (2004). The Constitution demands more than the continued use of flawed criminal procedures—all because the Court fears the consequences of changing course.

III

Finally, the majority vividly describes the legacy of racism that generated Louisiana's and Oregon's laws. *Ante,* at 1–2, 13–14, and n. 44. Although Ramos does not bring an equal protection challenge, the history is worthy of this Court's attention. That is not simply because that legacy existed in the first place—unfortunately, many laws and policies in this country have had some history of racial animus—but also because the States' legislatures never truly grappled with the laws' sordid history in reenacting them. See generally *United States* v. *Fordice*, 505 U. S. 717, 729 (1992) (policies that are "traceable" to a State's *de jure* racial segregation and that still "have discriminatory effects" offend the Equal Protection Clause).

Where a law otherwise is untethered to racial bias—and perhaps also where a legislature actually confronts a law's tawdry past in reenacting it—the new law may well be free of discriminatory taint. That cannot be said of the laws at issue here. While the dissent points to the "legitimate" reasons for Louisiana's reenactment, *post*, at 3–4, Louisiana's perhaps only effort to contend with the law's discriminatory purpose and effects came recently, when the law was repealed altogether.

Today, Louisiana's and Oregon's laws are fully—and rightly—relegated to the dustbin of history. And so, too, is *Apodaca*. While overruling precedent must be rare, this Court should not shy away from correcting its errors where

the right to avoid imprisonment pursuant to unconstitutional procedures hangs in the balance.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

No. 18–5924

EVANGELISTO RAMOS, PETITIONER *v.* LOUISIANA

ON WRIT OF CERTIORARI TO THE COURT OF APPEAL OF LOUISIANA, FOURTH CIRCUIT

[April 20, 2020]

JUSTICE KAVANAUGH, concurring in part.

In *Apodaca* v. *Oregon*, this Court held that state juries need not be unanimous in order to convict a criminal defendant. 406 U. S. 404 (1972). Two States, Louisiana and Oregon, have continued to use non-unanimous juries in criminal cases. Today, the Court overrules *Apodaca* and holds that state juries must be unanimous in order to convict a criminal defendant.

I agree with the Court that the time has come to overrule *Apodaca*. I therefore join the introduction and Parts I, II–A, III, and IV–B–1 of the Court's persuasive and important opinion. I write separately to explain my view of how *stare decisis* applies to this case.

I

The legal doctrine of *stare decisis* derives from the Latin maxim "*stare decisis et non quieta movere*," which means to stand by the thing decided and not disturb the calm. The doctrine reflects respect for the accumulated wisdom of judges who have previously tried to solve the same problem. In 1765, Blackstone—"the preeminent authority on English law for the founding generation," *Alden* v. *Maine*, 527 U. S. 706, 715 (1999)—wrote that "it is an established rule to abide by former precedents," to "keep the scale of justice even and steady, and not liable to waver with every new judge's opinion." 1 W. Blackstone, Commentaries on the

Laws of England 69 (1765). The Framers of our Constitution understood that the doctrine of *stare decisis* is part of the "judicial Power" and rooted in Article III of the Constitution. Writing in Federalist 78, Alexander Hamilton emphasized the importance of *stare decisis*: To "avoid an arbitrary discretion in the courts, it is indispensable" that federal judges "should be bound down by strict rules and precedents, which serve to define and point out their duty in every particular case that comes before them." The Federalist No. 78, p. 529 (J. Cooke ed. 1961). In the words of THE CHIEF JUSTICE, *stare decisis*' "greatest purpose is to serve a constitutional ideal—the rule of law." *Citizens United* v. *Federal Election Comm'n*, 558 U. S. 310, 378 (2010) (concurring opinion).

This Court has repeatedly explained that *stare decisis* "promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process." *Payne* v. *Tennessee*, 501 U. S. 808, 827 (1991). The doctrine "permits society to presume that bedrock principles are founded in the law rather than in the proclivities of individuals, and thereby contributes to the integrity of our constitutional system of government, both in appearance and in fact." *Vasquez* v. *Hillery*, 474 U. S. 254, 265–266 (1986).

The doctrine of *stare decisis* does not mean, of course, that the Court should never overrule erroneous precedents. All Justices now on this Court agree that it is sometimes appropriate for the Court to overrule erroneous decisions. Indeed, in just the last few Terms, every current Member of this Court has voted to overrule multiple constitutional precedents. See, *e.g., Knick* v. *Township of Scott*, 588 U. S. ___ (2019); *Franchise Tax Bd. of Cal.* v. *Hyatt*, 587 U. S. ___ (2019); *Janus* v. *State, County, and Municipal Employees*, 585 U. S. ___ (2018); *Hurst* v. *Florida*, 577 U. S. ___ (2016); *Obergefell* v. *Hodges*, 576 U. S. 644 (2015); *Johnson* v.

United States, 576 U. S. 591 (2015); *Alleyne* v. *United States*, 570 U. S. 99 (2013); see also Baude, Precedent and Discretion, 2020 S. Ct. Rev. 1, 4 (forthcoming) ("Nobody on the Court believes in absolute stare decisis").

Historically, moreover, some of the Court's most notable and consequential decisions have entailed overruling precedent. See, *e.g., Obergefell* v. *Hodges*, 576 U. S. 644 (2015); *Citizens United* v. *Federal Election Comm'n*, 558 U. S. 310 (2010); *Montejo* v. *Louisiana*, 556 U. S. 778 (2009); *Crawford* v. *Washington*, 541 U. S. 36 (2004); *Lawrence* v. *Texas*, 539 U. S. 558 (2003); *Ring* v. *Arizona*, 536 U. S. 584 (2002); *Agostini* v. *Felton*, 521 U. S. 203 (1997); *Seminole Tribe of Fla.* v. *Florida*, 517 U. S. 44 (1996); *Planned Parenthood of Southeastern Pa.* v. *Casey*, 505 U. S. 833 (1992);[1] *Payne* v. *Tennessee*, 501 U. S. 808 (1991); *Batson* v. *Kentucky*, 476 U. S. 79 (1986); *Garcia* v. *San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U. S. 528 (1985); *Illinois* v. *Gates*, 462 U. S. 213 (1983); *United States* v. *Scott*, 437 U. S. 82 (1978); *Craig* v. *Boren*, 429 U. S. 190 (1976); *Taylor* v. *Louisiana*, 419 U. S. 522 (1975); *Brandenburg* v. *Ohio*, 395 U. S. 444 (1969) (*per curiam*); *Katz* v. *United States*, 389 U. S. 347 (1967); *Miranda* v. *Arizona*, 384 U. S. 436 (1966); *Malloy* v. *Hogan*, 378 U. S. 1 (1964); *Wesberry* v. *Sanders*, 376 U. S. 1 (1964); *Gideon* v. *Wainwright*, 372 U. S. 335 (1963); *Baker* v. *Carr*, 369 U. S. 186 (1962); *Mapp* v. *Ohio*, 367 U. S. 643 (1961); *Brown* v. *Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954); *Smith* v. *Allwright*, 321 U. S. 649 (1944); *West Virginia Bd. of Ed.* v. *Barnette*, 319 U. S. 624 (1943); *United States* v. *Darby*, 312 U. S. 100 (1941); *Erie R. Co.* v. *Tompkins*, 304 U. S. 64

---

[1] In *Casey*, the Court reaffirmed what it described as the "central holding" of *Roe* v. *Wade*, 410 U. S. 113 (1973), the Court expressly rejected *Roe*'s trimester framework, and the Court expressly overruled two other important abortion precedents, *Akron* v. *Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U. S. 416 (1983), and *Thornburgh* v. *American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U. S. 747 (1986). See *Casey*, 505 U. S., at 861; *id.,* at 870, 873 (plurality opinion).

(1938); *West Coast Hotel Co.* v. *Parrish*, 300 U. S. 379 (1937).

The lengthy and extraordinary list of landmark cases that overruled precedent includes the single most important and greatest decision in this Court's history, *Brown* v. *Board of Education*, which repudiated the separate but equal doctrine of *Plessy* v. *Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896).

As those many examples demonstrate, the doctrine of *stare decisis* does not dictate, and no one seriously maintains, that the Court should *never* overrule erroneous precedent. As the Court has often stated and repeats today, *stare decisis* is not an "inexorable command." *E.g., ante,* at 20.

On the other hand, as Justice Jackson explained, just "because one should avoid Scylla is no reason for crashing into Charybdis." Jackson, Decisional Law and Stare Decisis, 30 A. B. A. J. 334 (1944). So no one advocates that the Court should *always* overrule erroneous precedent.

Rather, applying the doctrine of *stare decisis*, this Court ordinarily adheres to precedent, but *sometimes* overrules precedent. The difficult question, then, is when to overrule an erroneous precedent.

To begin with, the Court's precedents on precedent distinguish statutory cases from constitutional cases.

In statutory cases, *stare decisis* is comparatively strict, as history shows and the Court has often stated. That is because Congress and the President can alter a statutory precedent by enacting new legislation. To be sure, enacting new legislation requires finding room in a crowded legislative docket and securing the agreement of the House, the Senate (in effect, 60 Senators), and the President. Both by design and as a matter of fact, enacting new legislation is difficult—and far more difficult than the Court's cases sometimes seem to assume. Nonetheless, the Court has ordinarily left the updating or correction of erroneous statutory precedents to the legislative process. See, *e.g., Kimble*

v. *Marvel Entertainment, LLC*, 576 U. S. 446, 456–457 (2015); *Patterson* v. *McLean Credit Union*, 491 U. S. 164, 172–173 (1989); *Flood* v. *Kuhn*, 407 U. S. 258, 283–284 (1972). The principle that "it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right" is "commonly true even where the error is a matter of serious concern, *provided correction can be had by legislation*." *Burnet* v. *Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U. S. 393, 406 (1932) (Brandeis, J., dissenting) (emphasis added).[2]

In constitutional cases, by contrast, the Court has repeatedly said—and says again today—that the doctrine of *stare decisis* is not as "inflexible." *Burnet*, 285 U. S., at 406 (Brandeis, J., dissenting); see also *ante,* at 20; *Payne*, 501 U. S., at 828; *Scott*, 437 U. S., at 101. The reason is straightforward: As Justice O'Connor once wrote for the Court, *stare decisis* is not as strict "when we interpret the Constitution because our interpretation can be altered only by constitutional amendment or by overruling our prior decisions." *Agostini*, 521 U. S., at 235. The Court therefore "must balance the importance of having constitutional questions *decided* against the importance of having them *decided right*." *Citizens United*, 558 U. S., at 378 (ROBERTS, C. J., concurring). It follows "that in the unusual circumstance when fidelity to any particular precedent does more to damage this constitutional ideal than to advance it, we must be more willing to depart from that precedent." *Ibid.* In his canonical opinion in *Burnet*, Justice Brandeis described the Court's practice with respect to *stare decisis* in constitutional cases in a way that was accurate then and

---

[2]The Court's precedents applying common-law statutes and pronouncing the Court's own interpretive methods and principles typically do not fall within that category of stringent statutory *stare decisis*. See *Leegin Creative Leather Products, Inc.* v. *PSKS, Inc.*, 551 U. S. 877, 899–907 (2007); *Kisor* v. *Wilkie*, 588 U. S. ___, ___–___ (2019) (GORSUCH, J., concurring in judgment) (slip op., at 34–36).

remains accurate now: In "cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this Court has often overruled its earlier decisions." 285 U. S., at 406–407 (dissenting opinion).

That said, in constitutional as in statutory cases, to "overrule an important precedent is serious business." Jackson, 30 A. B. A. J., at 334. In constitutional as in statutory cases, adherence to precedent is the norm. To overrule a constitutional decision, the Court's precedents on precedent still require a "special justification," *Allen* v. *Cooper*, 589 U. S. ___, ___ (2020) (slip op., at 9) (internal quotation marks omitted); *Arizona* v. *Rumsey*, 467 U. S. 203, 212 (1984), or otherwise stated, "strong grounds," *Janus*, 585 U. S., at ___ (slip op., at 34).

In particular, to overrule a constitutional precedent, the Court requires something "over and above the belief that the precedent was wrongly decided." *Allen*, 589 U. S., at ___ (slip op., at 9) (internal quotation marks omitted). As Justice Scalia put it, the doctrine of *stare decisis* always requires "reasons that go beyond mere demonstration that the overruled opinion was wrong," for "otherwise the doctrine would be no doctrine at all." *Hubbard* v. *United States*, 514 U. S. 695, 716 (1995) (opinion concurring in part and concurring in judgment). To overrule, the Court demands a special justification or strong grounds.

But the "special justification" or "strong grounds" formulation elides a key question: What constitutes a special justification or strong grounds?[3] In other words, in deciding whether to overrule an erroneous constitutional decision,

---

[3]The Court first used the term "special justification" in the *stare decisis* context in 1984, without explaining what the term might entail. See *Arizona* v. *Rumsey*, 467 U. S. 203, 212. In employing that term, the Court did not suggest that it was imposing a new *stare decisis* requirement as opposed to merely describing the Court's historical practice with respect to *stare decisis*.

how does the Court know when to overrule and when to stand pat?

As the Court has exercised the "judicial Power" over time, the Court has identified various *stare decisis* factors. In articulating and applying those factors, the Court has, to borrow James Madison's words, sought to liquidate and ascertain the meaning of the Article III "judicial Power" with respect to precedent. The Federalist No. 37, at 236.

The *stare decisis* factors identified by the Court in its past cases include:

- the quality of the precedent's reasoning;
- the precedent's consistency and coherence with previous or subsequent decisions;
- changed law since the prior decision;
- changed facts since the prior decision;
- the workability of the precedent;
- the reliance interests of those who have relied on the precedent; and
- the age of the precedent.

But the Court has articulated and applied those various individual factors without establishing any consistent methodology or roadmap for how to analyze all of the factors taken together. And in my view, that muddle poses a problem for the rule of law and for this Court, as the Court attempts to apply *stare decisis* principles in a neutral and consistent manner.

As I read the Court's cases on precedent, those varied and somewhat elastic *stare decisis* factors fold into three broad considerations that, in my view, can help guide the inquiry and help determine what constitutes a "special justification" or "strong grounds" to overrule a prior constitutional decision.

First, is the prior decision not just wrong, but grievously or egregiously wrong? A garden-variety error or disagreement does not suffice to overrule. In the view of the Court

that is considering whether to overrule, the precedent must be egregiously wrong as a matter of law in order for the Court to overrule it. In conducting that inquiry, the Court may examine the quality of the precedent's reasoning, consistency and coherence with other decisions, changed law, changed facts, and workability, among other factors. A case may be egregiously wrong when decided, see, *e.g.*, *Korematsu* v. *United States*, 323 U. S. 214 (1944); *Plessy* v. *Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896), or may be unmasked as egregiously wrong based on later legal or factual understandings or developments, see, *e.g.*, *Nevada* v. *Hall*, 440 U. S. 410 (1979), or both, *ibid.*

Second, has the prior decision caused significant negative jurisprudential or real-world consequences? In conducting that inquiry, the Court may consider jurisprudential consequences (some of which are also relevant to the first inquiry), such as workability, as well as consistency and coherence with other decisions, among other factors. Importantly, the Court may also scrutinize the precedent's real-world effects on the citizenry, not just its effects on the law and the legal system. See, *e.g., Brown* v. *Board of Education*, 347 U. S., at 494–495; *Barnette*, 319 U. S., at 630–642; see also *Payne*, 501 U. S., at 825–827.

Third, would overruling the prior decision unduly upset reliance interests? This consideration focuses on the legitimate expectations of those who have reasonably relied on the precedent. In conducting that inquiry, the Court may examine a variety of reliance interests and the age of the precedent, among other factors.

In short, the first consideration requires inquiry into how wrong the precedent is as a matter of law. The second and third considerations together demand, in Justice Jackson's words, a "sober appraisal of the disadvantages of the innovation as well as those of the questioned case, a weighing of practical effects of one against the other." Jackson, 30 A. B. A. J., at 334.

Those three considerations together provide a structured methodology and roadmap for determining whether to overrule an erroneous constitutional precedent. The three considerations correspond to the Court's historical practice and encompass the various individual factors that the Court has applied over the years as part of the *stare decisis* calculus. And they are consistent with the Founding understanding and, for example, Blackstone's shorthand description that overruling is warranted when (and only when) a precedent is "manifestly absurd or unjust." 1 Blackstone, Commentaries on the Laws of England, at 70.

Taken together, those three considerations set a high (but not insurmountable) bar for overruling a precedent, and they therefore limit the number of overrulings and maintain stability in the law.[4] Those three considerations also constrain judicial discretion in deciding when to overrule an erroneous precedent. To be sure, applying those considerations is not a purely mechanical exercise, and I do not claim otherwise. I suggest only that those three considerations may better structure how to consider the many traditional *stare decisis* factors.

It is inevitable that judges of good faith applying the *stare decisis* considerations will sometimes disagree about when to overrule an erroneous constitutional precedent, as the Court does in this case. To begin with, judges may disagree about whether a prior decision is wrong in the first place—and importantly, that disagreement is sometimes the *real* dispute when judges joust over *stare decisis*. But even when judges agree that a prior decision is wrong, they may disagree about whether the decision is so egregiously wrong as to justify an overruling. Judges may likewise disagree

---

[4] Another important factor that limits the number of overrulings is that the Court typically does not overrule a precedent unless a party requests overruling, or at least unless the Court receives briefing and argument on the *stare decisis* question.

about the severity of the jurisprudential or real-world consequences caused by the erroneous decision and, therefore, whether the decision is worth overruling. In that regard, some judges may think that the negative consequences can be addressed by narrowing the precedent (or just living with it) rather than outright overruling it. Judges may also disagree about how to measure the relevant reliance interests that might be affected by an overruling. And on top of all of that, judges may also disagree about how to weigh and balance all of those competing considerations in a given case.[5]

This case illustrates that point. No Member of the Court contends that the result in *Apodaca* is correct. But the Members of the Court vehemently disagree about whether to overrule *Apodaca*.

II

Applying the three broad *stare decisis* considerations to this case, I agree with the Court's decision to overrule *Apodaca*.

First, *Apodaca* is egregiously wrong. The original meaning and this Court's precedents establish that the Sixth Amendment requires a unanimous jury. *Ante,* at 6–7; see, *e.g., Patton* v. *United States*, 281 U. S. 276, 288 (1930); *Thompson* v. *Utah*, 170 U. S. 343, 351 (1898). And the original meaning and this Court's precedents establish that the Fourteenth Amendment incorporates the Sixth Amend-

---

[5]To be clear, the *stare decisis* issue in this case is one of horizontal *stare decisis*—that is, the respect that this Court owes to its own precedents and the circumstances under which this Court may appropriately overrule a precedent. By contrast, vertical *stare decisis* is absolute, as it must be in a hierarchical system with "one supreme Court." U. S. Const., Art III, §1. In other words, the state courts and the other federal courts have a constitutional obligation to follow a precedent of this Court unless and until it is overruled by this Court. See *Rodriguez de Quijas* v. *Shearson/American Express, Inc.*, 490 U. S. 477, 484 (1989).

ment jury trial right against the States. See *Duncan* v. *Louisiana*, 391 U. S. 145, 149 (1968); *id.,* at 166 (Black, J., concurring); see also *Malloy*, 378 U. S., at 10–11; see generally *Timbs* v. *Indiana*, 586 U. S. ___ (2019); *McDonald* v. *Chicago*, 561 U. S. 742 (2010). When *Apodaca* was decided, it was already an outlier in the Court's jurisprudence, and over time it has become even more of an outlier. As the Court today persuasively explains, the original meaning of the Sixth and Fourteenth Amendments and this Court's two lines of decisions—the Sixth Amendment jury cases and the Fourteenth Amendment incorporation cases—overwhelmingly demonstrate that *Apodaca*'s holding is egregiously wrong.[6]

---

[6] Notwithstanding the splintered 4–1–4 decision in *Apodaca*, its bottom-line result carried precedential force. In the American system of *stare decisis*, the result and the reasoning each independently have precedential force, and courts are therefore bound to follow both the result and the reasoning of a prior decision. See *Seminole Tribe of Fla.* v. *Florida*, 517 U. S. 44, 67 (1996); *Randall* v. *Sorrell*, 548 U. S. 230, 243 (2006) (opinion of BREYER, J.); *County of Allegheny* v. *American Civil Liberties Union, Greater Pittsburgh Chapter*, 492 U. S. 573, 668 (1989) (Kennedy, J., concurring in judgment in part and dissenting in part). The result of *Apodaca* was that state criminal juries need not be unanimous. That precedential result has been followed by this Court and the other federal and state courts for the last 48 years. To be sure, *Apodaca* had no majority opinion. When the Court's decision is splintered, courts follow the result, and they also follow the reasoning or standards set forth in the opinion constituting the "narrowest grounds" of the Justices in the majority. See *Marks* v. *United States*, 430 U. S. 188, 193 (1977). That *Marks* rule is ordinarily commonsensical to apply and usually means that courts in essence heed the opinion that occupies the middle-ground position between (i) the broadest opinion among the Justices in the majority and (ii) the dissenting opinion. See *United States* v. *Duvall*, 740 F. 3d 604, 610–611 (CADC 2013) (Kavanaugh, J., concurring in denial of rehearing en banc). On very rare occasions, as in *Apodaca*, it can be difficult to discern which opinion's reasoning has precedential effect under *Marks*. See also *Nichols* v. *United States*, 511 U. S. 738, 745–746 (1994) (analyzing *Baldasar* v. *Illinois*, 446 U. S. 222 (1980) (*per curiam*)). But even when that happens, the *result* of the decision still constitutes a binding precedent for the federal and state courts, and for this Court, unless and

Second, *Apodaca* causes significant negative consequences. It is true that *Apodaca* is workable. But *Apodaca* sanctions the conviction at trial or by guilty plea of some defendants who might not be convicted under the proper constitutional rule (although exactly how many is of course unknowable). That consequence has traditionally supplied some support for overruling an egregiously wrong criminal-procedure precedent. See generally *Malloy*, 378 U. S. 1.

In addition, and significant to my analysis of this case, the origins and effects of the non-unanimous jury rule strongly support overruling *Apodaca*. Louisiana achieved statehood in 1812. And throughout most of the 1800s, the State required unanimous juries in criminal cases. But at its 1898 state constitutional convention, Louisiana enshrined non-unanimous juries into the state constitution. Why the change? The State wanted to diminish the influence of black jurors, who had won the right to serve on juries through the Fourteenth Amendment in 1868 and the Civil Rights Act of 1875. See *Strauder* v. *West Virginia*, 100 U. S. 303, 308–310 (1880); T. Aiello, Jim Crow's Last Stand: Nonunanimous Criminal Jury Verdicts in Louisiana 16, 19 (2015). Coming on the heels of the State's 1896 victory in *Plessy* v. *Ferguson*, 163 U. S. 537, the 1898 constitutional convention expressly sought to "establish the supremacy of the white race." Semmes, Chairman of the Committee on the Judiciary, Address at the Louisiana Constitutional Convention in 1898, in Official Journal of the Proceedings of the Constitutional Convention of the State of Louisiana 375 (H. Hearsey ed. 1898). And the convention approved non-unanimous juries as one pillar of a comprehensive and brutal program of racist Jim Crow measures against African-Americans, especially in voting and jury service. See Aiello,

---

until it is overruled by this Court. As I read the Court's various opinions today, six Justices treat the result in *Apodaca* as a precedent for purposes of *stare decisis* analysis. A different group of six Justices concludes that *Apodaca* should be and is overruled.

supra, at 16–26; Frampton, The Jim Crow Jury, 71 Vand. L. Rev. 1593, 1620 (2018).[7]

In light of the racist origins of the non-unanimous jury, it is no surprise that non-unanimous juries can make a difference in practice, especially in cases involving black defendants, victims, or jurors. After all, that was the whole point of adopting the non-unanimous jury requirement in the first place. And the math has not changed. Then and now, non-unanimous juries can silence the voices and negate the votes of black jurors, especially in cases with black defendants or black victims, and only one or two black jurors. The 10 jurors "can simply ignore the views of their fellow panel members of a different race or class." *Johnson* v. *Louisiana*, 406 U. S. 356, 397 (1972) (Stewart, J., dissenting). That reality—and the resulting perception of unfairness and racial bias—can undermine confidence in and respect for the criminal justice system. The non-unanimous jury operates much the same as the unfettered peremptory challenge, a practice that for many decades likewise functioned as an engine of discrimination against black defendants, victims, and jurors. In effect, the non-unanimous jury allows backdoor and unreviewable peremptory strikes against up to 2 of the 12 jurors.

In its 1986 decision in *Batson* v. *Kentucky*, the Court recognized the pervasive racial discrimination woven into the traditional system of unfettered peremptory challenges. See 476 U. S., at 85–89, 91. The Court therefore overruled a prior decision, *Swain* v. *Alabama*, 380 U. S. 202 (1965), that had allowed those challenges. See generally *Flowers*

---

[7] Oregon adopted the non-unanimous jury practice in 1934—one manifestation of the extensive 19th- and early 20th-century history of racist and anti-Semitic sentiment in that State. See Kaplan & Saack, Overturning *Apodaca v. Oregon* Should Be Easy: Nonunanimous Jury Verdicts in Criminal Cases Undermine the Credibility of Our Justice System, 95 Ore. L. Rev. 1, 3, 43–51 (2016); Mooney, Remembering 1857, 87 Ore. L. Rev. 731, 778, n. 174 (2008).

v. *Mississippi*, 588 U. S. ___ (2019).

In my view, *Apodaca* warrants the same fate as *Swain*. After all, the "requirements of unanimity and impartial selection thus complement each other in ensuring the fair performance of the vital functions of a criminal court jury." *Johnson*, 406 U. S., at 398 (Stewart, J., dissenting). And as Justice Thurgood Marshall forcefully explained in dissent in *Apodaca*, to "fence out a dissenting juror fences out a voice from the community, and undermines the principle on which our whole notion of the jury now rests." *Johnson,* 406 U. S., at 402 (Marshall, J., dissenting in both *Johnson* and *Apodaca*).

To be clear, one could advocate for and justify a non-unanimous jury rule by resort to neutral and legitimate principles. England has employed non-unanimous juries, and various legal organizations in the United States have at times championed non-unanimous juries. See, *e.g.,* Juries Act 1974, ch. 23, §17 (Eng.); ABA Project on Standards for Criminal Justice, Trial By Jury §1.1, p. 7 (App. Draft 1968); ALI, Code of Criminal Procedure §355, p. 99 (1930). And Louisiana's modern policy decision to retain non-unanimous juries—as distinct from its original decision in the late 1800s to adopt non-unanimous juries—may have been motivated by neutral principles (or just by inertia).

But the question at this point is not whether the Constitution prohibits non-unanimous juries. It does. Rather, the disputed question here is whether to overrule an erroneous constitutional precedent that allowed non-unanimous juries. And on that question—the question whether to overrule—the Jim Crow origins and racially discriminatory effects (and the perception thereof) of non-unanimous juries in Louisiana and Oregon should matter and should count heavily in favor of overruling, in my respectful view. After all, the non-unanimous jury "is today the last of Louisiana's Jim Crow laws." Aiello, *supra,* at 63. And this Court has emphasized time and again the "imperative to

purge racial prejudice from the administration of justice" generally and from the jury system in particular. *Pena-Rodriguez* v. *Colorado*, 580 U. S. ___, ___–___ (2017) (slip op., at 13–14) (collecting cases).

To state the point in simple terms: Why stick by an erroneous precedent that is egregiously wrong as a matter of constitutional law, that allows convictions of some who would not be convicted under the proper constitutional rule, and that tolerates and reinforces a practice that is thoroughly racist in its origins and has continuing racially discriminatory effects?

Third, overruling *Apodaca* would not unduly upset reliance interests. Only Louisiana and Oregon employ non-unanimous juries in criminal cases. To be sure, in those two States, the Court's decision today will invalidate some non-unanimous convictions where the issue is preserved and the case is still on direct review. But that consequence almost always ensues when a criminal-procedure precedent that favors the government is overruled. See *Ring*, 536 U. S. 584; *Batson*, 476 U. S. 79. And here, at least, I would "count that a small price to pay for the uprooting of this weed." *Hubbard*, 514 U. S., at 717 (Scalia, J., concurring in part and concurring in judgment).

Except for the effects on that limited class of direct-review cases, it will be relatively easy going forward for Louisiana and Oregon to transition to the unanimous jury rule that the other 48 States and the federal courts use. Indeed, in 2018, Louisiana amended its constitution to require jury unanimity in criminal trials for crimes committed on or after January 1, 2019, meaning that the transition is already well under way in Louisiana.

Importantly, moreover, this Court applies a separate non-retroactivity doctrine to mitigate the disruptive effects of overrulings in criminal cases. Under the Court's precedents, new constitutional rules apply on direct review, but

generally do not apply retroactively on habeas corpus review. See *Teague* v. *Lane*, 489 U. S. 288, 311 (1989) (plurality opinion); *Griffith* v. *Kentucky*, 479 U. S. 314, 328 (1987). *Teague* recognizes only two exceptions to that general habeas non-retroactivity principle: "if (1) the rule is substantive or (2) the rule is a 'watershed rul[e] of criminal procedure' implicating the fundamental fairness and accuracy of the criminal proceeding." *Whorton* v. *Bockting*, 549 U. S. 406, 416 (2007) (internal quotation marks omitted). The new rule announced today—namely, that state criminal juries must be unanimous—does not fall within either of those two narrow *Teague* exceptions and therefore, as a matter of federal law, should not apply retroactively on habeas corpus review.

The first *Teague* exception does not apply because today's new rule is procedural, not substantive: It affects "only the *manner of determining* the defendant's culpability." *Schriro* v. *Summerlin*, 542 U. S. 348, 353 (2004).

The second *Teague* exception does not apply because today's new rule, while undoubtedly important, is not a "watershed" procedural rule. This Court has flatly stated that "it is unlikely that any such rules" have "yet to emerge." *Whorton*, 549 U. S., at 417 (internal quotation marks omitted). In "the years since *Teague*, we have rejected every claim that a new rule satisfied the requirements for watershed status." *Id.*, at 418, 421 (rejecting retroactivity for *Crawford* v. *Washington*, 541 U. S. 36 (2004)); see, *e.g.*, *Beard* v. *Banks*, 542 U. S. 406, 420 (2004) (rejecting retroactivity for *Mills* v. *Maryland*, 486 U. S. 367 (1988)); *Summerlin*, 542 U. S., at 358 (rejecting retroactivity for *Ring* v. *Arizona*, 536 U. S. 584 (2002)); *O'Dell* v. *Netherland*, 521 U. S. 151, 167–168 (1997) (rejecting retroactivity for *Simmons* v. *South Carolina*, 512 U. S. 154 (1994)); *Lambrix* v. *Singletary*, 520 U. S. 518, 539–540 (1997) (rejecting retroactivity for *Espinosa* v. *Florida*, 505 U. S. 1079 (1992) (*per curiam*)); *Sawyer* v. *Smith*, 497 U. S. 227, 241–245 (1990)

(rejecting retroactivity for *Caldwell* v. *Mississippi*, 472 U. S. 320 (1985)); see also *Allen* v. *Hardy*, 478 U. S. 255, 261 (1986) (*per curiam*) (rejecting retroactivity for *Batson* v. *Kentucky*, 476 U. S. 79 (1986)); *DeStefano* v. *Woods*, 392 U. S. 631, 635 (1968) (*per curiam*) (rejecting retroactivity for *Duncan,* 391 U. S. 145).

So assuming that the Court faithfully applies *Teague*, today's decision will not apply retroactively on federal habeas corpus review and will not disturb convictions that are final.[8]

In addition, as to ineffective-assistance-of-counsel claims, an attorney presumably would not have been deficient for failing to raise a constitutional jury-unanimity argument before today's decision—or at the very least, before the Court granted certiorari in this case. Before today, after all, this Court's precedents had repeatedly allowed non-unanimous juries in state criminal cases. In that situation, the Courts of Appeals have consistently held that an attorney is not ineffective for failing to anticipate or advocate for the overruling of a constitutional precedent of this Court. See, *e.g., Walker* v. *United States*, 810 F. 3d 568, 577 (CA8 2016); *United States* v. *Smith*, 241 F. 3d 546, 548 (CA7 2001); *Honeycutt* v. *Mahoney*, 698 F. 2d 213, 216–217 (CA4 1983); see also *Steiner* v. *United States*, 940 F. 3d 1282, 1293 (CA11 2019) (*per curiam*); *Snider* v. *United States*, 908 F. 3d 183, 192 (CA6 2018); *Green* v. *Johnson*, 116 F. 3d 1115, 1125 (CA5 1997).

For those reasons, the reliance interests at stake in this case are not especially substantial, and they do not mandate adherence to *Apodaca*.[9]

---

[8] In *Allen* v. *Hardy*, 478 U. S. 255 (1986) (*per curiam*), this Court concluded—without briefing or oral argument—that *Batson* would not apply retroactively. Under the well-settled *Teague* principles, there should be no doubt that today's decision likewise will not apply retroactively on collateral review.

[9] JUSTICE ALITO's characteristically incisive dissent rests largely on his

* * *

In sum, *Apodaca* is egregiously wrong, it has significant negative consequences, and overruling it would not unduly upset reliance interests. I therefore agree with the Court's decision to overrule *Apodaca*.[10]

---

view of the States' reliance interests. My respectful disagreement with JUSTICE ALITO primarily boils down to our different assessments of those reliance interests—in particular, our different evaluations of how readily Louisiana and Oregon can adjust to an overruling of *Apodaca*.

[10] As noted above, I join the introduction and Parts I, II–A, III, and IV–B–1 of JUSTICE GORSUCH's opinion for the Court. The remainder of JUSTICE GORSUCH's opinion does not command a majority. That point is important with respect to Part IV–A, which only three Justices have joined. It appears that six Justices of the Court treat the result in *Apodaca* as a precedent and therefore do not subscribe to the analysis in Part IV–A of JUSTICE GORSUCH's opinion.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

No. 18–5924

EVANGELISTO RAMOS, PETITIONER *v.* LOUISIANA

ON WRIT OF CERTIORARI TO THE COURT OF APPEAL OF LOUISIANA, FOURTH CIRCUIT

[April 20, 2020]

JUSTICE THOMAS, concurring in the judgment.

I agree with the Court that petitioner Evangelisto Ramos' felony conviction by a nonunanimous jury was unconstitutional. I write separately because I would resolve this case based on the Court's longstanding view that the Sixth Amendment includes a protection against nonunanimous felony guilty verdicts, without undertaking a fresh analysis of the meaning of "trial . . . by an impartial jury." I also would make clear that this right applies against the States through the Privileges or Immunities Clause of the Fourteenth Amendment, not the Due Process Clause.

I

I begin with the parties' dispute as to whether the Sixth Amendment right to a trial by jury includes a protection against nonunanimous felony guilty verdicts. On this question, I do not write on a blank slate. As the Court acknowledges, our decisions have long recognized that unanimity is required. See *ante*, at 6–7. Because this interpretation is not demonstrably erroneous, I would resolve the Sixth Amendment question on that basis.

A

This Court first decided that the Sixth Amendment protected a right to unanimity in *Thompson* v. *Utah*, 170 U. S. 343 (1898). The Court reasoned that Thompson, a Utah prisoner, was protected by the Sixth Amendment when

Utah was still a Territory because "the right of trial by jury in suits at common law appl[ied] to the Territories of the United States." *Id.*, at 346. The Court then stated that this right "made it impossible to deprive him of his liberty except by [a] unanimous verdict." *Id.*, at 355; see also *id.*, at 351, 353.

The Court has repeatedly reaffirmed the Sixth Amendment's unanimity requirement. In *Patton* v. *United States*, 281 U. S. 276 (1930), the Court stated that the Sixth Amendment protects the right "that the verdict should be unanimous," *id.*, at 288. In *Andres* v. *United States*, 333 U. S. 740 (1948), the Court repeated that "[u]nanimity in jury verdicts is required" by the Sixth Amendment, *id.*, at 748. And in *Apodaca* v. *Oregon*, 406 U. S. 404 (1972), five Justices agreed that "the Sixth Amendment's guarantee of trial by jury embraces a guarantee that the verdict of the jury must be unanimous," *id.,* at 414 (Stewart, J., joined by Brennan and Marshall, JJ., dissenting); see also *Johnson* v. *Louisiana*, 406 U. S. 356, 371 (1972) (Powell, J., concurring) (explaining views in *Apodaca* and its companion case); *id.*, at 382–383 (Douglas, J., joined by Brennan and Marshall, JJ., dissenting) (same). We have accepted this interpretation of the Sixth Amendment in recent cases. See *Southern Union Co.* v. *United States*, 567 U. S. 343, 356 (2012); *Blakely* v. *Washington*, 542 U. S. 296, 301 (2004); *Apprendi* v. *New Jersey*, 530 U. S. 466, 477 (2000).

B

The question then becomes whether these decisions are entitled to *stare decisis* effect. As I have previously explained, "the Court's typical formulation of the *stare decisis* standard does not comport with our judicial duty under Article III because it elevates demonstrably erroneous decisions—meaning decisions outside the realm of permissible interpretation—over the text of the Constitution and other duly enacted federal law." *Gamble* v. *United States*, 587

U. S. ___, ___ (2019) (concurring opinion) (slip op., at 2). There is considerable evidence that the phrase "trial . . . by . . . jury" in the Sixth Amendment was understood since the founding to require that a felony guilty verdict be unanimous. Because our precedents are thus not outside the realm of permissible interpretation, I will apply them.

1

Blackstone—"the preeminent authority on English law for the founding generation," *Alden* v. *Maine*, 527 U. S. 706, 715 (1999)—wrote that no subject can "be affected either in his property, his liberty, or his person, but by the unanimous consent" of a jury, 3 W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England 379 (1772); see also 4 *id.*, at 343. Another influential treatise author, Hale, wrote that "the law of England hath afforded the best method of trial, that is possible, . . . namely by a jury . . . all concurring in the same judgment." 1 M. Hale, Pleas of the Crown 33 (1736) (emphasis deleted). Such views continued in scholarly works throughout the early Republic. See, *e.g.,* 2 J. Story, Commentaries on the Constitution of the United States §777, p. 248 (1833); 6 N. Dane, Digest of American Law, ch. LXXXII, Art. 2, §1, p. 226 (1824); 2 J. Wilson, Works of the Honourable James Wilson 349–350 (1804).

The uniform practice among the States was in accord. Despite isolated 17th-century colonial practices allowing nonunanimous juries, "unanimity became the accepted rule during the 18th century, as Americans became more familiar with the details of English common law and adopted those details in their own colonial legal systems." *Apodaca*, *supra*, at 408, n. 3 (plurality opinion). In the founding era, six States explicitly mentioned unanimity in their constitutions. See Del. Declaration of Rights §14 (1776); Md. Declaration of Rights, Art. XIX (1776); N. C. Declaration of Rights §IX (1776); Pa. Declaration of Rights, Art. IX (1776); Vt. Const., Art. XI (1786); Va. Declaration of Rights §8

(1776). Four more States clearly referred to the common-law jury right, which included unanimity. Ky. Const., Art. XII, §6 (1792); N. J. Const., Art. XXII (1776); N. Y. Const., Art. XLI (1777); S. C. Const., Art. IX, §6 (1790). Some States did not explicitly refer to either the common law or unanimity. See, *e.g.,* Ga. Const., Art. LXI (1777); Mass. Declaration of Rights, Art. XII (1780). But there is reason to believe that they nevertheless understood unanimity to be required. See, *e.g., Rouse* v. *State,* 4 Ga. 136, 147 (1848).

In light of the express language used in some State Constitutions, respondent Louisiana argues that the omission of an express unanimity requirement in the Sixth Amendment reflects a deliberate choice. This argument fails to establish that the Court's decisions are demonstrably erroneous. The House of Representatives passed a version of the amendment providing that "[t]he trial of all crimes . . . shall be by an impartial jury of freeholders of the vicinage, with the requisite of unanimity for conviction, of the right of challenge, and other accustomed requisites," 1 Annals of Cong. 435 (1789), but the final Amendment contained no reference to vicinage or unanimity. See Amdt. 6. I agree with Justice Harlan and the Court that "the meaning of this change is wholly speculative" and that there is "no concrete evidence" that the Senate rejected the requirement of unanimity. *Baldwin* v. *New York*, 399 U. S. 66, 123, n. 9 (1970) (Harlan, J., dissenting); see also *ante*, at 11–12; Letter from J. Madison to E. Pendleton (Sept. 14, 1789), in 1 Letters and Other Writings of James Madison 491 (1867). There is thus sufficient evidence to support this Court's prior interpretation that the Sixth Amendment right to a trial by jury requires unanimity.

2

There is also considerable evidence that this understanding persisted up to the time of the Fourteenth Amendment's

ratification. State courts, for example, continued to interpret the phrase "trial by jury" to require unanimity in felony guilty verdicts. The New Hampshire Superior Court of Judicature expounded on the point:

> "The terms 'jury,' and 'trial by jury,' are, and for ages have been well known in the language of the law. They were used at the adoption of the constitution, and always, it is believed, before that time, and almost always since, in a single sense.
>
> "A jury for the trial of a cause . . . must return their unanimous verdict upon the issue submitted to them.
>
> "All the books of the law describe a trial jury substantially as we have stated it. And a 'trial by jury' is a trial by such a body, so constituted and conducted. So far as our knowledge extends, these expressions were used at the adoption of the constitution and always before, in these senses alone by all classes of writers and speakers." *Opinion of Justices*, 41 N. H. 550, 551–552 (1860).

Other state courts held the same view. The Missouri Supreme Court in 1860 called unanimity one of the "essential requisites in a jury trial," *Vaughn* v. *Scade*, 30 Mo. 600, 603, and the Ohio Supreme Court in 1853 called it one of "the essential and distinguishing features of the trial by jury, as known at common law, and generally, if not universally, adopted in this country," *Work* v. *State*, 2 Ohio St. 296, 306.

Treatises from the Reconstruction era likewise adopted this position. A leading work on criminal procedure explained that if a "statute authorizes [a jury] to find a verdict upon anything short of . . . unanimous consent," it "is void." 1 J. Bishop, Criminal Procedure §761, p. 532 (1866). A widely read treatise on constitutional law reiterated that "'by a jury' is generally understood to mean" a body that "must *unanimously* concur in the guilt of the accused before a conviction can be had." G. Paschal, The Constitution of the United States 210 (1876) (capitalization omitted). And

a volume on the jury trial was in agreement. See J. Proffatt, Trial by Jury §77, p. 112 (1877).

* * *

Based on this evidence, the Court's prior interpretation of the Sixth Amendment's guarantee is not demonstrably erroneous. It is within the realm of permissible interpretations to say that "trial . . . by . . . jury" in that Amendment includes a protection against nonunanimous felony guilty verdicts.

II

The remaining question is whether that right is protected against the States. In my view, the Privileges or Immunities Clause provides this protection. I do not adhere to this Court's decisions applying due process incorporation, including *Apodaca* and—it seems—the Court's opinion in this case.

The Privileges or Immunities Clause provides that "[n]o State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States." Amdt. 14, §1. At the time of the Fourteenth Amendment's ratification, "the terms 'privileges' and 'immunities' had an established meaning as synonyms of 'rights.'" *McDonald* v. *Chicago*, 561 U. S. 742, 813 (2010) (THOMAS, J., concurring in part and concurring in judgment). "[T]he ratifying public understood the Privileges or Immunities Clause to protect constitutionally enumerated rights" against abridgment by the States. *Id.*, at 837. The Sixth Amendment right to a trial by jury is certainly a constitutionally enumerated right. See *Maxwell* v. *Dow*, 176 U. S. 581, 606–608 (1900) (Harlan, J., dissenting).

The Court, however, has made the Due Process Clause serve the function that the Privileges or Immunities Clause should serve. Although the Privileges or Immunities Clause grants "United States citizens a certain collection of

rights—*i.e.*, privileges or immunities—attributable to that status," the Court has interpreted the Clause "quite narrowly." *McDonald*, 561 U. S., at 808 (opinion of THOMAS, J.). Perhaps to compensate for this limited view of the Privileges or Immunities Clause, it has incorporated individual rights against the States through the Due Process Clause. *Id.*, at 809.

Due process incorporation is a demonstrably erroneous interpretation of the Fourteenth Amendment. As I have explained before, "[t]he notion that a constitutional provision that guarantees only 'process' before a person is deprived of life, liberty, or property could define the substance of those rights strains credulity for even the most casual user of words." *Id.*, at 811. The unreasonableness of this interpretation is underscored by the Court's struggle to find a "guiding principle to distinguish 'fundamental' rights that warrant protection from nonfundamental rights that do not," *ibid.*, as well as its many incorrect decisions based on this theory, see *Obergefell* v. *Hodges*, 576 U. S. 644 (2015); *Roe* v. *Wade*, 410 U. S. 113 (1973); *Dred Scott* v. *Sandford*, 19 How. 393 (1857).

I "decline to apply the legal fiction" of due process incorporation. *Timbs* v. *Indiana*, 586 U. S. ___, ___ (2019) (THOMAS, J., concurring in judgment) (slip op., at 3) (internal quotation marks omitted). As a result, I part ways with the Court on both its affirmative argument about the Fourteenth Amendment and its treatment of *Apodaca*, in which five Justices agreed the Sixth Amendment included a right to unanimity but a different majority concluded that the right did not apply to the States. See *ante*, at 7–11.

I would accept petitioner's invitation to decide this case under the Privileges or Immunities Clause. The Court conspicuously avoids saying which clause it analyzes. See, *e.g.*, *ante,* at 3, 7. But one assumes from its silence that the Court is either following our due process incorporation precedents or believes that "nothing in this case turns on" which

clause applies, *Timbs*, *supra*, at ___ (GORSUCH, J., concurring) (slip op., at 1).

I have already rejected our due process incorporation cases as demonstrably erroneous, and I fundamentally disagree with applying that theory of incorporation simply because it reaches the same result in the case before us. Close enough is for horseshoes and hand grenades, not constitutional interpretation. The textual difference between protecting "citizens" (in the Privileges or Immunities Clause) and "person[s]" (in the Due Process Clause) will surely be relevant in another case. And our judicial duty—not to mention the candor we owe to our fellow citizens—requires us to put an end to this Court's due process prestidigitation, which no one is willing to defend on the merits.

I would simply hold that, because all of the opinions in *Apodaca* addressed the Due Process Clause, its Fourteenth Amendment ruling does not bind us because the proper question here is the scope of the Privileges or Immunities Clause. I cannot understand why the Court, having decided to abandon *Apodaca*, refuses to correctly root its holding in the Privileges or Immunities Clause.[1]

III

There is no need to prove the original meaning of the

---

[1] I also note that, under my approach to *stare decisis*, there is no need to decide which reliance interests are important enough to save an incorrect precedent. I doubt that this question is susceptible of principled resolution in this case, compare *ante,* at 22–26 (principal opinion), with *ante,* at 3 (SOTOMAYOR, J., concurring); *ante,* at 15–17 (KAVANAUGH, J., concurring); and *post*, at 19–26 (ALITO, J., dissenting), or in any other case for that matter, see, *e.g., Kimble* v. *Marvel Entertainment, LLC*, 576 U. S. 446, 457–458 (2015); *Lawrence* v. *Texas*, 539 U. S. 558, 577 (2003); *Dickerson* v. *United States*, 530 U. S. 428, 443 (2000); *Planned Parenthood of Southeastern Pa.* v. *Casey*, 505 U. S. 833, 855–856 (1992).

Sixth Amendment right to a trial by jury in this case.[2] The evidence that I have recounted is enough to establish that our previous interpretations of the Sixth Amendment are not demonstrably erroneous. What is necessary, however, is a clear understanding of the means by which the Sixth Amendment right applies against the States. We should rely on the Privileges or Immunities Clause, not the Due Process Clause or the Fourteenth Amendment in some vague sense. Accordingly, I concur only in the judgment.

[2] Similarly, I express no view on how fundamental the right to unanimity is, what other attributes of a criminal jury are protected by the Privileges or Immunities Clause, what rights are protected in misdemeanor cases, or what rights are protected in civil trials.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

No. 18–5924

EVANGELISTO RAMOS, PETITIONER *v.* LOUISIANA

ON WRIT OF CERTIORARI TO THE COURT OF APPEAL OF LOUISIANA, FOURTH CIRCUIT

[April 20, 2020]

JUSTICE ALITO, with whom THE CHIEF JUSTICE joins, and with whom JUSTICE KAGAN joins as to all but Part III–D, dissenting.

The doctrine of *stare decisis* gets rough treatment in today's decision. Lowering the bar for overruling our precedents, a badly fractured majority casts aside an important and long-established decision with little regard for the enormous reliance the decision has engendered. If the majority's approach is not just a way to dispose of this one case, the decision marks an important turn.

Nearly a half century ago in *Apodaca* v. *Oregon*, 406 U. S. 404 (1972), the Court held that the Sixth Amendment permits non-unanimous verdicts in state criminal trials, and in all the years since then, no Justice has even hinted that *Apodaca* should be reconsidered. Understandably thinking that *Apodaca* was good law, the state courts in Louisiana and Oregon have tried thousands of cases under rules that permit such verdicts. But today, the Court does away with *Apodaca* and, in so doing, imposes a potentially crushing burden on the courts and criminal justice systems of those States. The Court, however, brushes aside these consequences and even suggests that the States should have known better than to count on our decision.

To add insult to injury, the Court tars Louisiana and Oregon with the charge of racism for permitting non-unanimous verdicts—even though this Court found such

verdicts to be constitutional and even though there are entirely legitimate arguments for allowing them.

I would not overrule *Apodaca*. Whatever one may think about the correctness of the decision, it has elicited enormous and entirely reasonable reliance. And before this Court decided to intervene, the decision appeared to have little practical importance going forward. Louisiana has now abolished non-unanimous verdicts, and Oregon seemed on the verge of doing the same until the Court intervened.[1]

In Part II of this opinion, I will address the surprising argument, advanced by three Justices in the majority, that *Apodaca* was never a precedent at all, and in Part III, I will explain why *stare decisis* supports retention of that precedent. But before reaching those issues, I must say something about the rhetoric with which the majority has seen fit to begin its opinion.

I

Too much public discourse today is sullied by *ad hominem* rhetoric, that is, attempts to discredit an argument not by proving that it is unsound but by attacking the character or motives of the argument's proponents. The majority regrettably succumbs to this trend. At the start of its opinion, the majority asks this rhetorical question: "Why do Louisiana and Oregon allow nonunanimous convictions?" *Ante*, at 1. And the answer it suggests? Racism, white supremacy, the Ku Klux Klan. *Ante*, at 1–2. Non-unanimous verdicts, the Court implies, are of a piece with Jim Crow laws, the poll tax, and other devices once used to disfranchise African-Americans. *Ibid*.

If Louisiana and Oregon originally adopted their laws allowing non-unanimous verdicts for these reasons,[2] that is

---

[1] See Brief for State of Oregon as *Amicus Curiae* 1–2.

[2] Both States resist this suggestion. See Brief for Respondent 36–39; Brief for State of Oregon as *Amicus Curiae* 6–8.

deplorable, but what does that have to do with the broad constitutional question before us? The answer is: nothing.

For one thing, whatever the reasons why Louisiana and Oregon originally adopted their rules many years ago, both States readopted their rules under different circumstances in later years. Louisiana's constitutional convention of 1974 adopted a new, narrower rule, and its stated purpose was "judicial efficiency." *State* v. *Hankton*, 2012–0375, p. 19 (La. App. 4 Cir. 8/2/13), 122 So. 3d 1028, 1038. "In that debate no mention was made of race." *Ibid.*; 7 Records of the Louisiana Constitutional Convention of 1973: Convention Transcripts 1184–1189 (La. Constitutional Convention Records Comm'n 1977). The people of Louisiana ratified the new Constitution. The majority makes no effort to show either that the delegates to the constitutional convention retained the rule for discriminatory purposes or that proponents of the new Constitution made racial appeals when approval was submitted to the people. The same is true for Oregon's revisions and reenactments. Ore. Const., Art. I, §11 (amended May 18, 1934); Ore. Rev. Stat. §136.450 (1997); §136.610 (1971).

The more important point, however, is that today's decision is not limited to anything particular about Louisiana or Oregon. The Court holds that the Sixth Amendment requires jury unanimity in *all* state criminal trials. If at some future time another State wanted to allow non-unanimous verdicts, today's decision would rule that out—even if all that State's lawmakers were angels.

For this reason, the origins of the Louisiana and Oregon rules have no bearing on the broad constitutional question that the Court decides. That history would be relevant if there were no legitimate reasons why anyone might think that allowing non-unanimous verdicts is good policy. But

that is undeniably false.[3]

Some years ago the British Parliament enacted a law allowing non-unanimous verdicts.[4] Was Parliament under the sway of the Klan? The Constitution of Puerto Rico permits non-unanimous verdicts.[5] Were the framers of that Constitution racists? Non-unanimous verdicts were once advocated by the American Law Institute and the American Bar Association.[6] Was their aim to promote white supremacy? And how about the prominent scholars who have taken the same position?[7] Racists all? Of course not. So all the talk about the Klan, etc., is entirely out of place.[8] We

---

[3] Among other things, allowing non-unanimous verdicts prevents mistrials caused by a single rogue juror, that is, a juror who refuses to pay attention at trial, expressly defies the law, or spurns deliberation. When unanimity is demanded, the work of preventing this must be done in large measure by more intensive *voir dire* and more aggressive use of challenges for cause and peremptory challenges. See Amar, Reinventing Juries: Ten Suggested Reforms, 28 U. C. D. L. Rev. 1169, 1189–1191 (1995).

[4] Juries Act 1974, ch. 23, §17 (replacing Criminal Justice Act 1967, ch. 80, §13). See Lloyd-Bostock & Thomas, Decline of the "Little Parliament": Juries and Jury Reform in England and Wales, 62 Law & Contemp. Prob. 7, 36 (Spring 1999); see also Leib, A Comparison of Criminal Jury Decision Rules in Democratic Countries, 5 Ohio St. J. Crim. L. 629, 642 (2008).

[5] P. R. Const., Art. II, § 11 (establishing "verdict by a majority vote" of at least 9 of 12 jurors).

[6] ALI, Code of Criminal Procedure §355 (1930); *id.*, Comment, at 1027; ABA Project on Standards for Criminal Justice Compilation, Trial by Jury 318 (1974).

[7] See, *e.g.*, Amar, *supra*, at 1189–1191; Holland, Improving Criminal Jury Verdicts: Learning From the Court-Martial, 97 J. Crim. L. & C. 101, 125–141 (2006); Leib, Supermajoritarianism and the American Criminal Jury, 33 Hastings Const. L. Q. 141, 142 (2006).

[8] The majority's defense of its reliance on the original reasons for the adoption of the Louisiana and Oregon rules is incoherent. On the one hand, it asks: "[I]f the Sixth Amendment calls on judges to assess the functional benefits of jury rules, as the *Apodaca* plurality suggested, how can that analysis proceed to ignore the very functions those rules were

should set an example of rational and civil discourse instead of contributing to the worst current trends.

II

Now to what matters.

A

I begin with the question whether *Apodaca* was a precedent at all. It is remarkable that it is even necessary to address this question, but in Part IV–A of the principal opinion, three Justices take the position that *Apodaca* was never a precedent. The only truly fitting response to this argument is: "Really?"

Consider what it would mean if *Apodaca* was never a precedent. It would mean that the entire legal profession was fooled for the past 48 years. Believing that *Apodaca* was a precedent, the courts of Louisiana and Oregon tried thousands of cases under rules allowing conviction by a vote of 11 to 1 or 10 to 2, and appellate courts in those States upheld these convictions based on *Apodaca*.[9] But according

---

adopted to serve?" *Ante*, at 14, n. 44. But three sentences later it answers its own question when it observes that "a jurisdiction adopting a nonunanimous jury rule for benign reasons today would still violate the Sixth Amendment." *Ibid.*

JUSTICE KAVANAUGH's defense, see *ante*, at 13–15 (opinion concurring in part), is essentially the same. After reiterating the history recounted by the majority, he eventually acknowledges that there are "neutral and legitimate" reasons for allowing non-unanimous verdicts and that Louisiana may have retained a version of its old rule for such reasons. He also agrees with the majority that a rule allowing non-unanimous verdicts would be unconstitutional no matter what the State's reasons. So what is the relevance of the original motivations for the Louisiana and Oregon rules? He offers no explanation. He does opine that allowing such verdicts works to the disadvantage of African-American defendants, but the effect of various jury decision rules is a complex question that has been the subject of much social-science research, none of which the opinion even acknowledges.

[9] For Oregon, see, *e.g.*, *State* v. *Bowen*, 215 Ore. App. 199, 168 P. 3d

to three Justices in the majority, these courts were deluded.

This Court, for its part, apparently helped to perpetuate the illusion, since it reiterated time and again what *Apodaca* had established. See *Timbs* v. *Indiana*, 586 U. S. ___, ___, n. 1 (2019) (slip op., at 3, n. 1) (*Apodaca* held "that the Sixth Amendment requires jury unanimity in federal, but not state, criminal proceedings"); *McDonald* v. *Chicago*, 561 U. S. 742, 766, n. 14 (2010) (Sixth Amendment "does not require a unanimous jury verdict in state criminal trials"); *United States* v. *Gaudin*, 515 U. S. 506, 511, n. 2 (1995) (*Apodaca* "conclude[d] that jury unanimity is not constitutionally required"); *Schad* v. *Arizona,* 501 U. S. 624, 634, n. 5 (1991) (plurality opinion) ("[A] state criminal defendant, at least in noncapital cases, has no federal right to a unanimous jury verdict"); *Brown* v. *Louisiana*, 447 U. S. 323, 330–331 (1980) (plurality opinion) ("[T]he constitutional guarantee of trial by jury" does not prescribe "the exact proportion of the jury that must concur in the verdict"); *Burch* v. *Louisiana*, 441 U. S. 130, 136 (1979) (*Apodaca* "conclude[d] that a jury's verdict need not be unanimous to satisfy constitutional requirements"); *Ludwig* v. *Massachusetts*, 427 U. S. 618, 625 (1976) ("holding" in *Apodaca* was that "the jury's verdict need not be unanimous"); see also *Holland* v. *Illinois*, 493 U. S. 474, 511 (1990) (Stevens, J., dissenting) ("we have permitted nonunanimous verdicts," citing *Apodaca*); *McKoy* v. *North Carolina*, 494 U. S. 433, 468 (1990) (Scalia, J., dissenting) (the Court has "approved

---

1208 (2007), rev. denied, 345 Ore. 415, 197 P. 3d 1104 (2008), cert. denied, 558 U. S. 815 (2009); *State* v. *Mayo*, 13 Ore. App. 582, 511 P. 2d 456 (1973). For Louisiana, see, *e.g.*, *State* v. *Hodges*, 349 So. 2d 250, 260 (La. 1977), cert. denied, 434 U. S. 1074 (1978); see also *State* v. *Miller*, 2010–718, pp. 42–43 (La. App. 5 Cir. 12/28/11), 83 So. 3d 178, 204, writ denied, 2012–0282 (La. 5/18/12), 89 So. 3d 119, cert. denied, 568 U. S. 1157 (2013); *State* v. *McElveen*, 2010–0172, pp. 95–96 (La. App. 4 Cir. 9/28/11), 73 So. 3d 1033, 1092, writ denied, 2011–2567 (La. 4/19/12), 85 So. 3d 692, cert. denied, 568 U. S. 1163 (2013).

verdicts by less than a unanimous jury," citing *Apodaca*).

Consistent with these statements of the governing law, whenever defendants convicted by non-unanimous verdicts sought review in this Court and asked that *Apodaca* be overruled, the Court denied those requests—without a single registered dissent.[10] Even the legal academy, never shy about puncturing misconceptions, was taken in.[11] Everybody thought *Apodaca* was a precedent. But, according to three of the Justices in the majority, everybody was fooled. *Apodaca*, the precedent, was a mirage. Can this be true?

No, it cannot. The idea that *Apodaca* was a phantom precedent defies belief. And it certainly disserves important objectives that *stare decisis* exists to promote, including evenhandedness, predictability, and the protection of legitimate reliance. See, *e.g.*, *Gamble* v. *United States*, 587 U. S. ___, ___ (2019); *Kimble* v. *Marvel Entertainment,*

---

[10] See, *e.g.*, *Magee* v. *Louisiana*, 585 U. S. ___ (2018); *Sims* v. *Louisiana*, 584 U. S. ___ (2018); *Baumberger* v. *Louisiana*, 583 U. S. ___ (2017); *Jackson* v. *Louisiana*, 572 U. S. 1088 (2014); *McElveen* v. *Louisiana*, 568 U. S. 1163 (2013); *Miller* v. *Louisiana*, 568 U. S. 1157 (2013); *Bowen* v. *Oregon*, 558 U. S. 815 (2009); *Lee* v. *Louisiana*, 555 U. S. 823 (2008); *McIntyre* v. *Louisiana*, 449 U. S. 871 (1980); *Hodges* v. *Louisiana*, 434 U. S. 1074 (1978). On June 7, 1972, shortly after *Apodaca* was handed down, the Court denied certiorari in a number of cases asking the Court to recognize a right to unanimity in state jury trials. *Blevins* v. *Oregon*, 406 U. S. 972; *Martinka* v. *Oregon*, 406 U. S. 973; *Andrews* v. *Oregon*, 406 U. S. 973; *Planck* v. *Oregon*, 406 U. S. 973; *Riddell* v. *Oregon*, 406 U. S. 973; *Mitchell* v. *Oregon*, 406 U. S. 973; *Atkison* v. *Oregon*, 406 U. S. 973; *Temple* v. *Oregon*, 406 U. S. 973; *Davis* v. *Oregon*, 406 U. S. 974; *O'Dell* v. *Oregon*, 406 U. S. 974; *Miller* v. *Oregon*, 406 U. S. 974.

Contrary to the majority opinion, I am not arguing that the denial of certiorari is precedential. See *ante*, at 19, n. 56. My point, instead, is that the Court's pattern of denying review in cases presenting the question whether unanimity is required in state trials is evidence that this Court regarded *Apodaca* as a precedent.

[11] D. Rudstein, C. Erlinder, & D. Thomas, 3 Criminal Constitutional Law §14.03[3] (2019); W. LaFave, J. Israel, N. King, & O. Kerr, 6 Criminal Procedure §22.1(e) (2015); W. Rich, 2 Modern Constitutional Law §30:27 (2011).

LLC, 576 U. S. 446, 455–456 (2015); *Payne* v. *Tennessee*, 501 U. S. 808, 827 (1991).

B

Under any reasonable understanding of the concept, *Apodaca* was a precedent, that is, "a decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar facts or issues." Black's Law Dictionary 1366 (10th ed. 2014); see also J. Salmond, Jurisprudence 191 (10th ed. 1947); M. Gerhardt, The Power of Precedent 3 (2008); Landes & Posner, Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis, 19 J. Law & Econ. 249, 250 (1976).

Even though there was no opinion of the Court, the decision satisfies even the narrowest understanding of a precedent as this Court has understood the concept: The decision prescribes a particular outcome when all the conditions in a clearly defined set are met. See *Seminole Tribe of Fla.* v. *Florida*, 517 U. S. 44, 67 (1996) (explaining that, at the very least, we are bound by the "result" in a prior case). In *Apodaca,* this means that when (1) a defendant is convicted in state court, (2) at least 10 of the 12 jurors vote to convict, and (3) the defendant argues that the conviction violates the Constitution because the vote was not unanimous, the challenge fails. A majority of the Justices in *Apodaca* expressly agreed on that result, and that result is a precedent that had to be followed in subsequent cases until *Apodaca* was overruled.

That this result constituted a precedent follows *a fortiori* from our cases holding that even our summary affirmances of lower court decisions are precedents for "the precise issues presented and necessarily decided" by the judgment below. *Mandel* v. *Bradley*, 432 U. S. 173, 176 (1977) (*per curiam*). If the *Apodaca* Court had summarily affirmed a state-court decision holding that a jury vote of 10 to 2 did not violate the Sixth Amendment, that summary disposition would be a precedent. Accordingly, it is impossible to

see how a full-blown decision of this Court reaching the same result can be regarded as a non-precedent.[12]

C

What do our three colleagues say in response? They begin by suggesting that Louisiana conceded that *Apodaca* is not a precedent. See *ante,* at 16–17. This interpretation of the State's position is questionable,[13] but even if Louisiana made that concession, how could that settle the matter? What about Oregon, the only State that still permits non-unanimous verdicts? Oregon certainly did not make such a concession. On the contrary, it submitted an *amicus* brief arguing strenuously that *Apodaca* is a precedent and that it should be retained. Brief for State of Oregon as *Amicus Curiae* 6–32. And what about any other State that might want to allow such verdicts in the future? So the majority's reliance on Louisiana's purported concession simply will not do.

Our three colleagues' next try is to argue that *Apodaca* is not binding because a case has no *ratio decidendi* when a majority does not agree on the reason for the result. *Ante*, at 19, and n. 54. This argument, made in passing, constitutes an attack on the rule that the Court adopted in *Marks* v. *United States,* 430 U. S. 188 (1977), for determining the holding of a decision when there is no majority opinion. Under the *Marks* rule, "[w]hen a fragmented Court decides a case and no single rationale explaining the result enjoys the assent of five Justices, the holding of the Court may be

---

[12] It is true, of course, that a summary affirmance has less precedential value than a decision on the merits, see, *e.g.*, *Comptroller of Treasury of Md.* v. *Wynne*, 575 U. S. 542, 560–561 (2015), but we have never said the same about decisions on the merits that were reached without an opinion of the Court.

[13] What the State appears to have meant is that Justice Powell's reasoning was not binding. See Brief for Respondent 47; Tr. of Oral Arg. 37–38.

viewed as that position taken by those Members who concurred in the judgments on the narrowest grounds." *Id.*, at 193 (internal quotation marks omitted). This rule ascribes precedential status to decisions made without majority agreement on the underlying rationale, and it is therefore squarely contrary to the argument of the three Justices who regard *Apodaca* as non-precedential.

The *Marks* rule is controversial, and two Terms ago, we granted review in a case that implicated its meaning. See *Hughes* v. *United States,* 584 U. S. ___ (2018). But we ultimately decided the case on another ground and left the *Marks* rule intact. As long as that rule stands, it refutes the argument that *Apodaca* is not binding because a majority did not agree on a common rationale.

Finally, our three colleagues contend that treating *Apodaca* as a precedent would require the Court "to embrace a new and dubious proposition: that a single Justice writing only for himself has the authority to bind this Court to propositions it has already rejected." *Ante*, at 16. This argument appears to weave together three separate questions relating to the precedential effect of decisions in which there is no majority opinion. I will therefore attempt to untangle these questions and address each in turn.

An initial question is whether, in a case where there is no opinion of the Court, the position taken by a single Justice in the majority can constitute the binding rule for which the decision stands. Under *Marks*, the clear answer to this question is yes. The logic of *Marks* applies equally no matter what the division of the Justices in the majority, and I am aware of no case holding that the *Marks* rule is inapplicable when the narrowest ground is supported by only one Justice. Certainly the lower courts have understood *Marks* to apply in that situation.[14]

---

[14] See *Grutter* v. *Bollinger*, 539 U. S. 306, 321 (2003) (discussing lower court's treatment of Justice Powell's opinion in *Regents of Univ. of Cal.*

The next question is whether the *Marks* rule applies any differently when the precedent that would be established by a fractured decision would overrule a prior precedent. Again, the logic of *Marks* dictates an affirmative answer, and I am aware of no case holding that the *Marks* rule applies any differently in this situation. But as far as the present case is concerned, this question is academic because *Apodaca* did not overrule any prior decision of this Court. At most, what the Court had "recognized," *ante,* at 6, in prior cases is that the Sixth Amendment guaranteed the right to a unanimous jury verdict *in trials in federal and territorial courts*.[15] Whether the same rule applied in state prosecutions had not been decided, and indeed, until *Duncan* v. *Louisiana*, 391 U. S. 145, 154–158 (1968), was handed down just four years before *Apodaca*, the Sixth Amendment had not been held to apply to the States.

The final question is whether Justice Powell's reasoning in *Apodaca*—namely, his view that the Fourteenth Amendment did not incorporate every aspect of the Sixth Amendment jury-trial right—is a binding precedent, and the answer to that question is no. When, in the years after *Apodaca*, new questions arose about the scope of the jury-trial right in state court—as they did in cases like *Apprendi* v. *New Jersey*, 530 U. S. 466 (2000), and *Blakely* v. *Washington*, 542 U. S. 296 (2004)—nobody thought for a second that *Apodaca* committed the Court to Justice Powell's view

---

v. *Bakke*, 438 U. S. 265 (1978)); *Planned Parenthood of Southeastern Pa.* v. *Casey*, 947 F. 2d 682, 694–698 (CA3 1991) (noting that "[t]he binding opinion from a splintered decision is as authoritative for lower courts as a nine-Justice opinion," and concluding based on opinions of Justice O'Connor that the test for the constitutionality of abortion regulations is undue burden), aff'd in part and rev'd in part, 505 U. S. 833 (1992); *Blum* v. *Witco Chemical Corp.*, 888 F. 2d 975, 981 (CA3 1989); see also *United States* v. *Duvall*, 705 F. 3d 479, 483, n. 1 (CADC 2013) (Kavanaugh, J., for the court).

[15] See, *e.g.*, *Andres* v. *United States*, 333 U. S. 740, 748 (1948); *Thompson* v. *Utah*, 170 U. S. 343, 351 (1898).

that the right has different dimensions in state and federal cases. And no one on this Court or on a lower court had any trouble locating the narrow common ground between Justice Powell and the plurality in *Apodaca*: The States need not require unanimity to comply with the Constitution.

For all these reasons, *Apodaca* clearly was a precedent, and if the Court wishes to be done with it, it must explain why overruling *Apodaca* is consistent with the doctrine of *stare decisis*.

III

A

Stare decisis has been a fundamental part of our jurisprudence since the founding, and it is an important doctrine. But, as we have said many times, it is not an "inexorable command." *Payne*, 501 U. S., at 828; *Gamble*, 587 U. S., at ___–___ (slip op., at 11–12). There are circumstances when past decisions must be overturned, but we begin with the presumption that we will follow precedent, and therefore when the Court decides to overrule, it has an obligation to provide an explanation for its decision.

This is imperative because the Court should have a body of *neutral* principles on the question of overruling precedent. The doctrine should not be transformed into a tool that favors particular outcomes.[16]

B

What is the majority's justification for overruling *Apodaca*? With no apparent appreciation of the irony, today's majority, which is divided into four separate camps,[17] criticizes the *Apodaca* majority as "badly fractured." *Ante*, at 8.

---

[16] It is also important that the Court as a whole adhere to its "precedent[s] about precedent." *Alleyne* v. *United States*, 570 U. S. 99, 134 (2013) (ALITO, J., dissenting). If individual Justices apply different standards for overruling past decisions, the overall effects of the doctrine will not be neutral.

[17] Three Justices join the principal opinion in its entirety. Two Justices

But many important decisions currently regarded as precedents were decided without an opinion of the Court.[18] Does the majority mean to suggest that all such precedents are fair game?

The majority's primary reason for overruling *Apodaca* is the supposedly poor "quality" of Justice White's plurality opinion and Justice Powell's separate opinion. *Ante*, at 19–21. The majority indicts Justice White's opinion on five grounds: (1) it "spent almost no time grappling with the historical meaning of the Sixth Amendment's jury trial right,"[19] (2) it did not give due weight to the "Court's long-repeated statements that [the right] demands unanimity,"[20] (3) it did not take into account "the racist origins of [the] Louisian[a] and Orego[n] laws,"[21] (4) it looked to the function of the jury-trial right,[22] and (5) it engaged in "a breezy cost-benefit analysis" that, in any event, did not properly

---

do not join Part IV–A, but each of these Justices takes a position not embraced by portions of the principal opinion that they join. See *ante*, at 2 (SOTOMAYOR, J., concurring in part) (disavowing principal opinion's criticism of Justice White's *Apodaca* opinion as "functionalist"); *ante,* at 15–17 (KAVANAUGH, J., concurring in part) (opining that the decision in this case does not apply on collateral review). And JUSTICE THOMAS would decide the case on entirely different grounds and thus concurs only in the judgment. See *ante,* at 1.

[18] See, *e.g.*, *National Federation of Independent Business* v. *Sebelius*, 567 U. S. 519 (2012); *Williams* v. *Illinois*, 567 U. S. 50 (2012); *J. McIntyre Machinery, Ltd.* v. *Nicastro*, 564 U. S. 873 (2011); *McDonald* v. *Chicago*, 561 U. S. 742 (2010); *Shady Grove Orthopedic Associates, P. A.* v. *Allstate Ins. Co.*, 559 U. S. 393 (2010); *Baze* v. *Rees*, 553 U. S. 35 (2008); *Crawford* v. *Marion County Election Bd.*, 553 U. S. 181 (2008); *Hamdan* v. *Rumsfeld*, 548 U. S. 557 (2006); *Medtronic, Inc.* v. *Lohr*, 518 U. S. 470 (1996); *Richmond* v. *J. A. Croson Co.*, 488 U. S. 469 (1989); *Bakke*, 438 U. S. 265; *Gregg* v. *Georgia*, 428 U. S. 153 (1976) (joint opinion of Stewart, Powell, and Stevens, JJ.).

[19] *Ante*, at 20.

[20] *Ante*, at 21.

[21] *Ibid.*

[22] *Ibid.*

weigh the costs and benefits.[23] All these charges are overblown.

First, it is quite unfair to criticize Justice White for not engaging in a detailed discussion of the original meaning of the Sixth Amendment jury-trial right since he had already done that just two years before in his opinion for the Court in *Williams* v. *Florida*, 399 U. S. 78, 92–100 (1970). In *Williams*, after examining that history, he concluded that the Sixth Amendment did not incorporate every feature of the common-law right (a conclusion that the majority, by the way, does not dispute). And in *Apodaca*, he built on the analysis in *Williams*. Accordingly, there was no need to repeat what had been said before.

Second, it is similarly unfair to criticize Justice White for not discussing the prior decisions that commented on jury unanimity. None of those decisions went beyond saying that this was a feature of the common-law right or cursorily stating that unanimity was required.[24] And as noted, *Williams* had already held that the Sixth Amendment did not preserve all aspects of the common-law right.

Third, the failure of Justice White (and Justice Powell) to take into account the supposedly racist origins of the Louisiana and Oregon laws should not be counted as a defect for the reasons already discussed. See *supra,* at 4–5.

Fourth, it is hard to know what to make of the functionalist charge. One Member of the majority explicitly disavows this criticism, see *ante*, at 2 (SOTOMAYOR, J., concurring in part), and it is most unlikely that all the Justices in the majority are ready to label all functionalist decisions as poorly reasoned. Most of the landmark criminal procedure decisions from roughly *Apodaca*'s time fall into that category. See *Mapp* v. *Ohio*, 367 U. S. 643, 654 (1961) (Fourth Amendment); *Miranda* v. *Arizona*, 384 U. S. 436, 444

---

[23] *Ante*, at 13.

[24] See, *e.g.*, *Andres*, 333 U. S., at 748; *Thompson*, 170 U. S., at 351.

(1966) (Fifth Amendment); *Gideon* v. *Wainwright*, 372 U. S. 335, 344–345 (1963) (Sixth Amendment); *Furman* v. *Georgia*, 408 U. S. 238, 239 (1972) (*per curiam*) (Eighth Amendment).[25] Are they all now up for grabs?

The functionalist criticism dodges the knotty problem that led Justice White to look to the underlying purpose of the jury-trial right. Here is the problem. No one questions that the Sixth Amendment incorporated *the core* of the common-law jury-trial right, but did it incorporate *every feature* of the right? Did it constitutionalize the requirement that there be 12 jurors even though nobody can say why 12 is the magic number? And did it incorporate features that we now find highly objectionable, such as the exclusion of women from jury service? At the time of the adoption of the Sixth Amendment (and for many years thereafter), women were not regarded as fit to serve as a defendant's peers. Unless one is willing to freeze in place late 18th-century practice, it is necessary to find a principle to distinguish between the features that were incorporated and those that were not. To do this, Justice White's opinion for the Court in *Williams* looked to the underlying purpose of the jury-trial right, which it identified as interposing a jury of the defendant's peers to protect against oppression by a "'corrupt or overzealous prosecutor'" or a "'compliant, biased, or eccentric judge.'" 399 U. S., at 100 (quoting *Duncan*, 391 U. S., at 156).

The majority decries this "functionalist" approach but provides no alternative. It does not claim that the Sixth Amendment incorporated every feature of common-law practice, but it fails to identify any principle for identifying

---

[25] Five Justices in *Furman* found that the Eighth Amendment imposes an evolving standard of decency, 408 U. S., at 255–257 (Douglas, J., concurring); *id.*, at 265–269 (Brennan, J., concurring); *id.*, at 309–310 (Stewart, J., concurring); *id.*, at 312–314 (White, J., concurring); *id.*, at 316, 322–333 (Marshall, J., concurring), and our subsequent cases have done the same.

the features that were absorbed. On the question of jury service by women, the majority's only answer, buried in a footnote, is that the exclusion of women was outlawed by "further constitutional amendments," *ante*, at 15, n. 47, presumably the Fourteenth Amendment. Does that mean that the majority disagrees with the holding in *Taylor* v. *Louisiana*, 419 U. S. 522 (1975)—another opinion by Justice White—that the exclusion of women from jury service violates *the Sixth Amendment*? *Id.*, at 531, 533–536.[26]

Fifth, it is not accurate to say that Justice White based his conclusion on a cost-benefit analysis of requiring jury unanimity. His point, rather, was that what the Court had already identified as the fundamental purpose of the jury-trial right was not undermined by allowing a verdict of 11 to 1 or 10 to 2.

I cannot say that I would have agreed either with Justice White's analysis or his bottom line in *Apodaca* if I had sat on the Court at that time, but the majority's harsh criticism of his opinion is unwarranted.

---

[26]The majority also notes that the Judiciary Act of 1789 pegged the qualifications for service on federal juries to those used in the State in which a case was tried, *ante*, at 15, n. 47, but since all States barred women, see *Taylor*, 419 U. S., at 536, it is hard to see how the 1789 Act can provide a ground for distinguishing the common law's requirement of unanimity from its insistence that women were not fit to serve.

Jury practice at the time of the founding differed from current practice in other important respects. Jurors were not selected at random. "[P]ublic officials called selectmen, supervisors, trustees, or 'sheriffs of the parish' exercised what Tocqueville called 'very extensive and very arbitrary' powers in summoning jurors." Alschuler & Deiss, A Brief History of the Criminal Jury in the United States, 61 U. Chi. L. Rev. 867, 879–880 (1994). And "American trial judges . . . routinely summarized the evidence for jurors and often told jurors which witnesses they found most credible, and why." Sklansky, Evidentiary Instructions and the Jury as Other, 65 Stan. L. Rev. 407, 454 (2013). Any attempt to identify the aspects of late 18th-century practice that were incorporated into the Sixth Amendment should take the full picture into account and provide a principle for the distinction.

What about Justice Powell's concurrence? The majority treats Justice Powell's view as idiosyncratic, but it does not merit that derision. Justice Powell's belief that the Constitution allows the States a degree of flexibility in the interpretation of certain constitutional rights, although not our dominant approach in recent years, *McDonald*, 561 U. S., at 759–766, has old and respectable roots. For a long time, that was the Court's approach. See *id.*, at 759–761. Only gradually did the Court abandon this "two-tier" system, see *id.*, at 762–767, and it was not until *Duncan*, *supra,* at 154–158, decided just four years before *Apodaca*, that the Sixth Amendment jury-trial right was held to apply to the States at all. Justice Powell's approach is also not without recent proponents, including, at least with respect to the Second Amendment, Justices now in the majority.[27]

Even now, our cases do not hold that *every* provision of the Bill of Rights applies in the same way to the Federal Government and the States. A notable exception is the Grand Jury Clause of the Fifth Amendment, a provision that, like the Sixth Amendment jury-trial right, reflects the importance that the founding generation attached to juries

---

[27]As recently as 2010, prominent advocates urged us to hold that a provision of the Bill of Rights applies differently to the Federal Government and the States. In *McDonald*, 561 U. S. 742, the city of Chicago and some of its *amici* argued that, despite our decision in *District of Columbia* v. *Heller*, 554 U. S. 570 (2008), States and cities should be given leeway to regulate the possession of a firearm in the home for self-defense in accordance with the particular needs and desires of their citizens. 561 U. S., at 753. Although this argument did not prevail, four Justices, some now in the majority, appeared to take that view. See *id.*, at 927 (BREYER, J., joined by GINSBURG and SOTOMAYOR, JJ., dissenting) (observing that "gun violence . . . varies as between rural communities and cities" and arguing that States and cities should be free to adopt rules that meet local needs and preferences); *id.*, at 866 (Stevens, J., dissenting) ("The rights protected against state infringement by the Fourteenth Amendment's Due Process Clause need not be identical in shape or scope to the rights protected against Federal Government infringement by the various provisions of the Bill of Rights").

as safeguards against oppression. In *Hurtado* v. *California*, 110 U. S. 516, 538 (1884), the Court held that the Grand Jury Clause does not bind the States and that they may substitute preliminary hearings at which the decision to allow a prosecution to go forward is made by a judge rather than a defendant's peers. That decision was based on reasoning that is not easy to distinguish from Justice Powell's in *Apodaca*. *Hurtado* remains good law and is critically important to the 28 States that allow a defendant to be prosecuted for a felony without a grand jury indictment.[28] If we took the same approach to the *Hurtado* question that the majority takes in this case, the holding in that case could be called into question.

The majority's only other reason for overruling *Apodaca* is that it is inconsistent with related decisions and recent legal developments. *Ante*, at 21; *ante*, at 2 (SOTOMAYOR, J., concurring in part). I agree that Justice Powell's view on incorporation is not in harmony with the bulk of our case law, but the majority's point about "recent legal developments" is an exaggeration. No subsequent Sixth Amendment decision has undercut the plurality. And while Justice Powell's view on incorporation has been further

---

[28] See Ariz. Const., Art. 2, §30; Ark. Const., Amdt. 21, §1; Cal. Const., Art. I, §14; Colo. Rev. Stat. §16–5–205 (2019); Conn. Gen. Stat. §54–46 (2017); Haw. Const., Art. I, §10; Idaho Const., Art. I, §8; Ill. Comp. Stat., ch. 725, §5/111–2(a) (West 2018); Ind. Code §35–34–1–1(a) (2019); Iowa Ct. Rule 2.5 (2020); Kan. Stat. Ann. §22–3201 (2007); Md. Crim. Proc. Code Ann. §§4–102, 4–103 (2018); Mich. Comp. Laws §767.1 (1979); Mo. Const., Art. I, §17; Mont. Const., Art. II, §20(1); Neb. Rev. Stat. §29–1601 (2016); Nev. Const., Art. I, §8; N. M. Const., Art II, §14; N. D. Rule Crim. Proc. 7(a) (2018–2019); Okla. Const., Art II, §17; Ore. Const. (amended), Art. VII, §§5(3)–(5); Pa. Const., Art. I, §10 (providing that "[e]ach of the several courts of common pleas may, with the approval of the Supreme Court, provide for the initiation of criminal proceedings therein by information"—a condition that has now been met in all counties); see also 42 Pa. Cons. Stat. §8931 (2015); S. D. Const., Art. VI, §10; Utah Const., Art. I, §13; Vt. Rule Crim. Proc. 7(a) (2018); Wash. Rev. Code §10.37.015 (2019); Wis. Stat. §967.05 (2015–2016); Wyo. Stat. Ann. §7–1–106(a) (2019).

isolated by later cases holding that two additional provisions of the Bill of Rights apply with full force to the States, see *Timbs*, 586 U. S., at ___ (slip op., at 2) (Eighth Amendment's Excessive Fines Clause); *McDonald*, *supra,* at 791 (plurality opinion) (Second Amendment), the project of complete incorporation was nearly done when *Apodaca* was handed down. See *McDonald*, *supra*, at 765, n. 13.

While the majority worries that *Apodaca* is inconsistent with our cases on incorporation, the majority ignores something far more important: the way in which *Apodaca* is intertwined with the body of our Sixth Amendment case law. As I have explained, see *supra*, at 15, the *Apodaca* plurality's reasoning was based on the same fundamental mode of analysis as that in *Williams*, 399 U. S. 78, which had held just two years earlier that the Sixth Amendment did not constitutionalize the common law's requirement that a jury have 12 members. Although only one State, Oregon, now permits non-unanimous verdicts, many more allow six-person juries.[29] Repudiating the reasoning of *Apodaca* will almost certainly prompt calls to overrule *Williams*.

C

Up to this point, I have discussed the majority's reasons for overruling *Apodaca,* but that is only half the picture. What convinces me that *Apodaca* should be retained are the enormous reliance interests of Louisiana and Oregon. For 48 years, Louisiana and Oregon, trusting that *Apodaca* is good law, have conducted thousands and thousands of trials under rules allowing non-unanimous verdicts. Now, those States face a potential tsunami of litigation on the jury-unanimity issue.

At a minimum, all defendants whose cases are still on direct appeal will presumably be entitled to a new trial if

---

[29] See Ariz. Rev. Stat. Ann. §21–102 (2013); Conn. Gen. Stat. §54–82; Fla. Rule Crim. Proc. §3.270 (2019); Ind. Code §35–37–1–1(b)(2); Utah Code §78B–1–104 (2019).

they were convicted by a less-than-unanimous verdict and preserved the issue in the trial court. And at least in Oregon, even if no objection was voiced at trial, defendants may be able to challenge their convictions based on plain error. See Ore. Rule App. Proc. 5.45(1), and n. 1 (2019); *State* v. *Serrano*, 355 Ore. 172, 179, 324 P. 3d 1274, 1280 (2014). Oregon asserts that more than a thousand defendants whose cases are still on direct appeal may be able to challenge their convictions if *Apodaca* is overruled. Brief for State of Oregon as *Amicus Curiae* 12–13.[30] The State also reports that "[d]efendants are arguing that an instruction allowing for non-unanimous verdicts is a structural error that requires reversal for *all* convictions, even for those for which the jury was not polled or those for which the jury was unanimous." *Id.*, at 14.

Unimpressed by these potential consequences, the majority notes that we "vacated and remanded nearly 800 decisions" for resentencing after *United States* v. *Booker*, 543 U. S. 220 (2005), held that the Federal Sentencing Guidelines are not mandatory. *Ante*, at 23. But the burden of resentencing cannot be compared with the burden of retrying cases. And while resentencing was possible in all the cases affected by *Booker*, there is no guarantee that all the cases affected by today's ruling can be retried. In some cases, key witnesses may not be available, and it remains to be seen whether the criminal justice systems of Oregon and Louisiana have the resources to handle the volume of cases in which convictions will be reversed.

These cases on direct review are only the beginning. Prisoners whose direct appeals have ended will argue that today's decision allows them to challenge their convictions on collateral review, and if those claims succeed, the courts

---

[30]The majority arrives at a different figure based on the number of felony jury trials in Oregon in 2018, see *ante*, at 22–23, and n. 68, but it does not take 2019 into account. And since we do not know how many cases remain on direct appeal, such calculations are unreliable.

of Louisiana and Oregon are almost sure to be overwhelmed.

The majority's response to this possibility is evasive. It begins by hinting that today's decision will not apply on collateral review under the framework adopted in *Teague* v. *Lane*, 489 U. S. 288, 315 (1989) (plurality opinion). Under *Teague*, "an old rule applies both on direct and collateral review," but if today's decision constitutes a new procedural rule, prisoners will be able to rely on it in a collateral proceeding only if it is what we have termed a "watershed rule" that implicates "the fundamental fairness and accuracy of the criminal proceeding." *Whorton* v. *Bockting*, 549 U. S. 406, 416 (2007). Noting that we have never found a new rule of criminal procedure to qualify as "watershed," the Court hints that the decision in this case is likely to meet the same fate.

But having feinted in this direction, the Court quickly changes course and says that the application of today's decision to prisoners whose appeals have ended should not concern us. *Ante*, at 23–24. That question, we are told, will be decided in a later case. *Ibid*.

The majority cannot have it both ways. As long as retroactive application on collateral review remains a real possibility, the crushing burden that this would entail cannot be ignored. And while it is true that this Court has been chary in recognizing new watershed rules, it is by no means clear that *Teague* will preclude the application of today's decision on collateral review.

Teague applies only to a "new rule," and the positions taken by some in the majority may lead to the conclusion that the rule announced today is an old rule. Take the proposition, adopted by three Members of the majority, that *Apodaca* was never a precedent. Those Justices, along with the rest of the majority, take the position that our cases established well before *Apodaca* both that the Sixth Amendment requires unanimity, *ante*, at 6–7, and that it applies

in the same way in state and federal court, *ante*, at 9. Thus, if *Apodaca* was never a precedent and did not disturb what had previously been established, it may be argued that today's decision does not impose a new rule but instead merely recognizes what the correct rule has been for many years.

Two other Justices in the majority acknowledge that *Apodaca* was a precedent and thus would presumably regard today's decision as a "new rule," but the question remains whether today's decision qualifies as a "watershed rule." JUSTICE KAVANAUGH concludes that it does not and all but decides—without briefing or argument—that the decision will not apply retroactively on federal collateral review and similarly that there will be no successful claims of ineffective assistance of counsel for failing to challenge *Apodaca*. See *ante,* at 15–17 (opinion concurring in part).

The remaining Justices in the majority, and those of us in dissent, express no view on this question, but the majority's depiction of the unanimity requirement as a hallowed right that Louisiana and Oregon flouted for ignominious reasons certainly provides fuel for the argument that the rule announced today meets the test. And in Oregon, the State most severely impacted by today's decision, watershed status may not matter since the State Supreme Court has reserved decision on whether state law gives prisoners a greater opportunity to invoke new precedents in state collateral proceedings. See *Verduzco* v. *State*, 357 Ore. 553, 574, 355 P. 3d 902, 914 (2015).[31]

Whatever the ultimate resolution of the retroactivity question, the reliance here is not only massive; it is concrete. Cf. *Dickerson* v. *United States*, 530 U. S. 428, 443

---

[31] Under our case law, a State must give retroactive effect to any constitutional decision that is retroactive under the standard in *Teague* v. *Lane*, 489 U. S. 288 (1989), but it may adopt a broader retroactivity rule. *Montgomery* v. *Louisiana*, 577 U. S. ___, ___ (2016); *Danforth* v. *Minnesota*, 552 U. S. 264, 275 (2008).

(2000) (reliance weighed heavily in favor of precedent simply because the warnings in *Miranda* v. *Arizona*, 384 U. S. 436, had become "part of our national culture"). In my view, it weighs decisively against overruling *Apodaca*.

In reaching this conclusion, I do not disregard the interests of petitioner and others who were convicted by a less-than-unanimous vote. It is not accurate to imply that these defendants would have been spared conviction if unanimity had been required. In many cases, if a unanimous vote had been needed, the jury would have continued to deliberate and the one or two holdouts might well have ultimately voted to convict.[32] This is almost certainly the situation in Oregon, where it is estimated that as many as two-thirds of all criminal trials have ended with a non-unanimous verdict. See Brief for State of Oregon as *Amicus Curiae* 12. It is impossible to believe that all these cases would have resulted in mistrials if unanimity had been demanded. Instead, after a vote of 11 to 1 or 10 to 2, it is likely that deliberations would have continued and unanimity would have been achieved.

Nevertheless, the plight of defendants convicted by non-unanimous votes is important and cannot be overlooked, but that alone cannot be dispositive of the *stare decisis* question. Otherwise, *stare decisis* would never apply in a case in which a criminal defendant challenges a precedent that led to conviction.

D

The reliance in this case far outstrips that asserted in recent cases in which past precedents were overruled. Last Term, when we overturned two past decisions, there were

---

[32] Studies show that when a supermajority votes for a verdict near the beginning of deliberations, a unanimous verdict is usually reached. See generally Devine, Clayton, Dunford, Seying, & Price, Jury Decision Making: 45 Years of Empirical Research on Deliberating Groups, 7 Psychology Pub. Pol'y & L. 622, 690–707 (2001).

strenuous dissents voicing fears about the future of *stare decisis*. See *Franchise Tax Bd. of Cal.* v. *Hyatt*, 587 U. S. ___, ___ (2019) (BREYER, J., dissenting); *Knick* v. *Township of Scott*, 588 U. S. ___, ___ (2019) (KAGAN, J., dissenting). Yet in neither of those cases was there reliance like that present here.

In *Franchise Tax Board*, the dissent claimed only the airiest sort of reliance, the public's expectation that past decisions would remain on the books. 587 U. S., at ___–___ (opinion of BREYER, J.) (slip op., at 12–13). And in *Knick*, the dissent disclaimed any reliance at all. 588 U. S., at ___ (opinion of KAGAN, J.) (slip op., at 17). The same was true the year before in *South Dakota* v. *Wayfair, Inc.*, 585 U. S. ___ (2018), where the dissent did not contend that any legitimate reliance interests weighed in favor of preserving the decision that the Court overruled. *Id.*, at ___–___ (opinion of ROBERTS, C. J.) (slip op., at 1–2). And our unanimous decision in *Pearson* v. *Callahan*, 555 U. S. 223, 233 (2009), found that no reliance interests were involved.

In other cases overruling prior decisions, the dissents claimed that reliance interests were at stake, but whatever one may think about the weight of those interests, no one can argue that they are comparable to those in this case.

In *Montejo* v. *Louisiana*, 556 U. S. 778, 793–797 (2009), the Court abrogated a prophylactic rule that had been adopted in *Michigan* v. *Jackson*, 475 U. S. 625 (1986), to protect a defendant's right to counsel during post-arraignment interrogation. The dissent did not claim that any defendants had relied on this rule, arguing instead that the public at large had an interest "in knowing that counsel, once secured, may be reasonably relied upon as a medium between the accused and the power of the State." *Montejo*, *supra*, at 809 (opinion of Stevens, J.). This abstract interest, if it can be called reliance in any proper sense of the term, is a far cry from what is at stake here.

In *Citizens United* v. *Federal Election Comm'n*, 558 U. S.

310 (2010), where we overruled precedent allowing laws that prohibited corporations' election-related speech, we found that "[n]o serious reliance interests" were implicated, *id.*, at 365, since the only reliance asserted by the dissent was the time and effort put in by federal and state lawmakers in adopting the provisions at issue, *id.*, at 411–412 (Stevens, J., concurring in part and dissenting in part). In this case, by contrast, what is at stake is not the time and effort of Louisiana and Oregon lawmakers but a monumental litigation burden and the potential inability to retry cases that might well have ended with a unanimous verdict if that had been required.

Finally, in *Janus* v. *State, County, and Municipal Employees*, 585 U. S. ___ (2018), where we overruled *Abood* v. *Detroit Bd. of Ed.*, 431 U. S. 209 (1977), we carefully considered and addressed the question of reliance, and whatever one may think about the extent of the legitimate reliance in that case, it is not in the same league as that present here. *Abood* had held that a public sector employer may require non-union members to pay a portion of the dues collected from union members. 431 U. S., at 235–236. In overruling that decision, we acknowledged that existing labor contracts might have been negotiated in reliance on *Abood*, but we noted that most labor contracts are of short duration, that unions had been on notice for some time that the Court had serious misgivings about *Abood*, and that unions could have insisted on contractual provisions to protect their interests if *Abood* later fell. *Janus*, *supra*, at ___–___ (slip op., at 44–47).[33]

---

[33] The reliance in this case also far exceeds that in *Arizona* v. *Gant*, 556 U. S. 332 (2009), where the Court effectively overruled a decision, *New York* v. *Belton*, 453 U. S. 454 (1981), that allowed a police officer to search the entire passenger compartment of a car if the officer had probable cause to arrest the driver or a passenger. 556 U. S., at 335. Police departments had trained officers in reliance on the *Belton* rule, see *Gant*, *supra*, at 358–360 (ALITO, J., dissenting), but the burden of retraining

By striking down a precedent upon which there has been massive and entirely reasonable reliance, the majority sets an important precedent about *stare decisis*. I assume that those in the majority will apply the same standard in future cases.

* * *

Under the approach to *stare decisis* that we have taken in recent years, *Apodaca* should not be overruled. I would therefore affirm the judgment below, and I respectfully dissent.

---

cannot compare with conducting a large number of retrials and potentially releasing defendants who cannot be retried due to post-trial events.

Anexo 46

PRIMER PASO DE LA CSJN HACIA LA CONSOLIDACIÓN DEL JUICIO POR JURADOS

CRISTIAN D. PENNA

I. *Consideraciones introductorias*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) confirmó la constitucionalidad del modelo clásico de juicio por jurados, como el que —con algunas variantes— ha sido instaurado en las provincias de Neuquén, Buenos Aires, Río Negro, Chaco, Mendoza y San Juan.

No es la primera vez que el máximo tribunal nacional hace referencia a este sistema de enjuiciamiento. De hecho, en el célebre fallo "Casal" (2005), ya había reparado en que ese es el diseño constitucional de administración de justicia en la Argentina. Pero es la primera vez que se abocó al tratamiento de un jurado en pleno funcionamiento.

Puntualmente ratificó la constitucionalidad del *veredicto sin expresión de motivos* del jurado, aclarando que no implica restricción alguna a la *amplitud recursiva* contra la condena. Este es uno de los puntos esenciales del fallo, que pone fin a una vieja discusión del único modo razonablemente posible, después de todo, parece absurdo predicar la inconstitucionalidad de un instituto reiterado en tres oportunidades por la Constitución de la Nación.

En efecto, el art. 24, que se ubica en su parte dogmática, consagra al jurado como garantía individual. Por su parte, el art. 75, inc. 12 atribuye al Congreso nacional el dictado de las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados para toda la Nación. Finalmente, el art. 118 organiza al Poder Judicial, puntualmente en materia criminal, en torno del sistema de jurados.

Además, la Corte se abocó a analizar el diseño federal argentino con miras a determinar las *competencias para legislar* en la materia. Correctamente, convalidó la competencia de las provincias para dictar sus propias leyes de jurados.

El fallo también reparó en la *doble faceta* del jurado, que al mismo tiempo opera como garantía individual de los acusados y como derecho político de la ciudadanía a participar del Poder Judicial —se destaca especialmente, en este punto, el voto del juez Rosatti—. Lo hizo al convalidar la legislación neuquina en tanto no permite la renuncia unilateral al sistema por parte del acusado.

Finalmente, abordó a la regla de la *unanimidad* de los veredictos, interpretando que no se trataba de una exigencia de orden constitucional. En este punto el fallo alcanza su punto más bajo, no tanto porque esa interpretación podría ser cuestionada a la luz de un análisis sistemático, sino porque, aun pese a ello, hubiera sido deseable que la Corte hiciese algo similar a lo que en su momento hizo su par estadounidense, afirmando que se trataba de una regla recomendable y desaconsejando a los Estados su flexibilización.

Esos parecerían ser los puntos esenciales de este fallo. En lo sucesivo los iremos abordando con mayor profundidad.

Debemos reparar, sin embargo, en que la Corte ha dejado otros aportes en los que, sin restarles importancia, no ahondaremos. Así, reafirmó la obligación constitucional de implementación del juicio por jurados, echando por tierra a ciertas posturas doctrinarias que, en un intento burdo de justificar lo injustificable, habían llegado a afirmar que el mandato había caído en *desuetudo* —es aquí contundente el consid. 7 del voto del juez Rosatti—. También determinó que no se requieren conocimientos jurídicos específicos para juzgar sobre los hechos (consid. 19) y resaltó que un sistema de jurados reposa sobre una equilibrada colaboración, con distribución de funciones, entre un juzgador técnico y otro lego (consid. 20). Incluso dedicó algunas líneas a reflexionar sobre la importancia del jurado como "escuela de ciudadanía" e instrumento de consolidación del sistema republicano (consids. 20 del voto mayoritario y 5 del de Rosatti).

2. *Competencias para legislar en materia de jurados y notas definitorias del jurado constitucional*

La Corte se abocó a analizar si, al sancionar su Código Procesal Penal con un sistema de jurados, la provincia del Neuquén

había actuado por fuera del marco de facultades que la Constitución Nacional le reconoce.

La determinación de las competencias para legislar en la materia ha dado lugar a una vieja discusión doctrinaria en nuestro país, que se ve reflejada en este caso.

Desde un ángulo de la discusión, se sostiene que se trata de una competencia exclusiva del Congreso nacional, pues el art. 75, inc. 12 de la C.N. establece que corresponde a ese cuerpo legislativo sancionar las "leyes generales para toda la Nación... que requiera el establecimiento del juicio por jurados". Según esa visión, las provincias habrían delegado a la Nación el dictado de una única ley general de juicio por jurados para todo el país.[1] Se trataría, pues, de una excepción a la reserva de competencias procesales de nuestro diseño constitucional. Este criterio dio sustento a uno de los agravios planteados por los recurrentes.

La Corte aclaró que el mandato del art. 75, inc. 12 debe ser interpretado en forma sistemática con el resto de la norma fundamental y, en ese rumbo, señaló que, en el marco del diseño federal argentino consagrado por el art. 5° de la C.N., son las provincias quienes deben legislar en materia procesal con exclusividad, pues esa competencia se encuentra dentro de los poderes reservados, de acuerdo con los arts. 121 y ss. de la C.N. (consids. 7° y 8°), a la vez que el art. 126 —contrapunto del 75, inc. 12— no incluye a la prohibición de legislar en materia de jurados al enumerar lo que las provincias no pueden hacer en materia legislativa (consid. 11).

A partir de allí concluyó que "la Constitución Nacional concibió al juicio por jurados como una institución sustancial para el juzgamiento de los delitos que corresponde conocer al Poder Judicial de la Nación..." (consid. 10).

De este modo, correctamente, la Corte ratificó las facultades provinciales para sancionar sus propias leyes de jurados.

Sin embargo, ello no debería ser interpretado como una autorización a las provincias para regular sistemas de enjuiciamiento con prescindencia de pautas de orden constitucional federal. La pregunta que en ese sentido debe formularse es: ¿el mandato constitucional federal sobre la materia alcanza también a las provincias?

[1] Por ejemplo: MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 67.

El voto mayoritario nos da algunas pautas, pues aclara que los actos de las legislaturas provinciales no solo pueden ser invalidados "en los casos en que la Constitución concede al Congreso nacional, en términos expresos, un poder exclusivo, o en que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias", sino también "cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas".[2]

Por lo tanto, las provincias se encuentran facultadas para regular sus propios sistemas de justicia, pero estos deben superar un análisis "en el marco del control de constitucionalidad destinado a resguardar la supremacía de la Constitución Nacional" (consids. 12 y 13).

Pues bien, debe advertirse que una de las tres oportunidades en que la Constitución federal ordena el establecimiento del juicio por jurados puede ser encontrada en el art. 24, que se ubica en su parte dogmática, en el capítulo denominado "Declaraciones, derechos y garantías". No puede negarse, por lo tanto, la existencia de un "derecho a ser juzgado por un jurado", que integra el cuerpo de garantías individuales de nuestro orden constitucional, cuya supremacía se impone a todas las provincias del país.

Podemos colegir, así, que las provincias también resultan alcanzadas por el mandato de instauración del sistema de jurados, pues, en definitiva, cargan con la obligación de asegurar una administración de justicia respetuosa de todos los "principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional" (art. 5°, C.N.).

Dicho con mayor claridad, las provincias pueden dictar sus propias leyes procesales, pero esas leyes deben contemplar el funcionamiento de un sistema de jurados. No hay dudas, entonces, de que tanto la Nación como las provincias comparten la misma obligación.

Nuestra Constitución nos permite, incluso, profundizar en la cuestión, y concluir que solo sería tolerable la implementación de un modelo de jurados acorde a los estándares del "modelo constitucional".

Por razones históricas y de interpretación sistemática, dada su inspiración en el sistema anglosajón de la Constitución de Estados Unidos de América de 1787[3] y considerando que la Constitución no solo establece al "jurado" sino que al mismo tiempo ha omitido toda

[2] Cons. 11, con cita a *Fallos*, 331:1412 y sus citas y 341:1148.

[3] MAIER: ob. cit., p. 761.

exigencia de "expresión de motivos",[4] puede inferirse que el modelo constitucional es el *jurado clásico*.

Es evidente que distintas leyes de jurados pueden presentar diversas variantes en la regulación de algunos puntos. Sin embargo, frente a esa posible diversidad, la doctrina y la jurisprudencia del *common law*, y también de la Argentina, se han encargado de enumerar cuáles son las notas definitorias de un jurado de tipo clásico.

En el fallo "Patton vs. United States"[5] (1930), la Corte Suprema de Justicia estadounidense enumeró cuáles son los pilares fundamentales de su sistema de jurados, a saber:[6]

- *Integración plural* del panel de jurados con doce ciudadanas y ciudadanos convocados a prestar el servicio en forma *accidental*.
- Participación de las partes en el *litigio para la conformación del jurado*. Es decir que debe regularse la "audiencia de selección de jurados" o *voir dire*.
- *Separación clara de las funciones del juez y del jurado*. El primero, a cargo de preparar y conducir el juicio, interpretar la ley para instruir al jurado respecto del derecho aplicable y decidir la pena o medida de seguridad cuando corresponda; el segundo, a cargo de la deliberación y decisión del veredicto —tarea que consiste en valorar la prueba, determinar los hechos y aplicar la ley suministrada en las instrucciones del juez.[7]
- Respeto a la soberanía e independencia del jurado, a través del *secreto de la deliberación* y la *prohibición de intromisiones externas* —un modelo clásico es un sistema de colaboración entre un juzgador técnico y otro lego, pero aquí esa colaboración solo puede materializarse en audiencia pública y en presencia de las partes, de modo que ni siquiera el juez técnico puede participar del proceso de deliberación.
- Exigencia de *unanimidad para la decisión del veredicto*, ya sea para condenar como para absolver, pues es indispensa-

[4] Ídem, pp. 453 y 454.

[5] 281 U.S. 276 (1930).

[6] HARFUCH, Andrés, y PENNA, Cristian: "El juicio por jurados en el continente de América", en *Revista Sistemas Judiciales*, Año 17, n° 21, *Litigación y sistema por audiencias*, Ceja-Inecip, pp. 115 a 117.

[7] HARFUCH, Andrés: *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, pp. 212 y 213. Aquí reparó la Corte en el consid. 20.

ble, con miras a la adopción de decisiones de calidad prácticamente incuestionable, que los doce desconocidos que accidentalmente integran el panel deban deliberar hasta pulir las diferencias de apreciación y alcanzar una decisión sin disidencias —luego veremos que aquí nos topamos con el más sólido cuestionamiento al sistema neuquino.

- Centralidad del juicio y *recurso solo para el acusado*. El juicio es la etapa central del proceso y el recurso no es un "nuevo juicio" o una etapa más en un largo trámite secuencial, sino un derecho del acusado a la realización de un "juicio al juicio" para descartar cualquier posible arbitrariedad —tal como lo establecen los tratados internacionales de derechos humanos—. El veredicto del jurado es final y hace cosa juzgada material.[8]

Dada la referida influencia que la Constitución estadounidense ha tenido en nuestro texto constitucional,[9] ese catálogo "asoma como estándares de mínima para proveer al mejor desarrollo de esta garantía de ser juzgado por jurados populares" pues se trata de elementos que "se cristalizaron en las normas constitucionales como integrantes esenciales de la garantía del juicio por jurados" a tal punto que "los propios jueces supremos estadounidenses del caso "Patton" afirmaron que estaba fuera de su autoridad el alterarlos, pues ello implicaría modificar la Constitución".[10]

3. *El "derecho a ser juzgado por un jurado" del acusado y el "derecho a juzgar" de la ciudadanía*

Los recurrentes plantearon, también, la inconstitucionalidad de la ley neuquina en tanto prevé la intervención obligatoria del tribunal de jurados para determinados delitos graves. Según sostuvieron, siendo el jurado una garantía individual, debería ser regulada como renunciable.

[8] HARFUCH, Andrés: *El veredicto del jurado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, pp. 296 a 316.

[9] De hecho, la fórmula del art. 102 original de la C.N. —actual 118—, es idéntica al art. 117 de la Constitución de Venezuela de 1811, que a la vez deriva del art. III, sección 2ª, nº 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, tal como señala MAIER: ob. cit., p. 761.

[10] TCPBA, Sala I, causa 81504 "Ruppel, Néstor Fabián s/recurso de casación", 11/7/2017.

Fue el juez Rosatti quien, en su voto concurrente, brindó una clara respuesta a la cuestión: "...el juicio por jurados no debe ser entendido solo como un derecho individual del imputado, y por ende renunciable, sino que debe ser concebido como un modelo institucional de administración de justicia que expresa la participación del pueblo en la administración de justicia penal. Dicho de otro modo: en nuestro sistema constitucional, el juicio por jurados supone no solo —o no tanto— el derecho de una persona a ser juzgada por sus pares sino —fundamentalmente— el derecho del pueblo a juzgar. Por ello es posible encontrar referencias al instituto tanto en la Primera Parte (llamada Parte Dogmática, sobre "Declaraciones, derechos y garantías") cuanto en la Segunda Parte (llamada Parte Orgánica, referida a las autoridades y competencia del gobierno nacional y al federalismo) de la Ley Fundamental" (consid. 9º).

Poco merece ser agregado frente tan correcta explicación. Tal vez, solo resulta oportuno subrayar que en nuestro orden constitucional el jurado responde al mismo tiempo a dos facetas de idéntica importancia. De acuerdo con una de esas facetas, dada la ubicación del art. 24 en la Parte Dogmática de la Constitución, el jurado debe ser entendido como garantía individual; se trata del "derecho a ser juzgado por un jurado". Al mismo tiempo, atento a su regulación en la Parte Orgánica a través del art. 118, el jurado debe ser entendido como un derecho político de la ciudadanía a participar de las decisiones de la administración de justicia; se trata del "derecho a juzgar".[11]

De este modo, jamás podría cuestionarse exitosamente la validez de una ley de jurados que no regule —como en el caso del Neuquén, y también en los de Chaco, Río Negro, San Juan y Mendoza— la posibilidad de renuncia unilateral en cabeza del acusado.

Por el contrario, reparando en la faceta del jurado como derecho político de la ciudadanía, podría ser cuestionada la corrección de una opción de renuncia unilateral al sistema en cabeza del acusado —como, por ejemplo, confiere la legislación de la provincia de Buenos Aires.

Del mismo modo, reparando en la faceta como garantía individual, también podría ser cuestionada cualquier legislación que

[11] BOVINO, Alberto: *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 272. HARFUCH: *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, cit., p. 134. ANITUA, Gabriel I.: *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010, pp. 169 y 170.

conceda en forma exclusiva a la acusación la posibilidad de decidir si un caso será juzgado por jurados o por tribunal técnico —tal como sucede, indirectamente y en algunos supuestos, con la ley neuquina.[12]

En definitiva, al menos en el caso de los "crímenes", el jurado debe ser considerado como un sistema de enjuiciamiento obligatorio tanto para el Estado como para el acusado, pues una de las facetas señaladas no puede ser anulada por la restante.

4. *La regla de la unanimidad del veredicto*

Los recurrentes también atacaron la constitucionalidad de la legislación neuquina por no exigir unanimidad para el veredicto de culpabilidad.

Lo que desde un inicio debe aclararse es que, en un sistema clásico de jurados, la regla de la unanimidad no solo aplica al veredicto "culpable" sino también al "no culpable". Esto es, la unanimidad es exigible para condenar y, también, para absolver. Ello obedece a sólidas razones que en lo sucesivo iremos abordando.

Se trata de una regla que es consustancial al sistema de jurados de tipo clásico. Ha regido a los sistemas del *common law* por siglos y se encuentra vigente en la mayoría de los países de ese entorno.

Cualquier discusión al respecto fue zanjada hacia la segunda mitad del siglo XIV en Inglaterra y, luego, las colonias americanas receptaron esa tradición, que se mantiene hasta la actualidad para los casos penales —aunque con el tiempo fueron apareciendo algunas excepciones para los civiles.[13]

A tal punto ello es así que, en el ámbito penal en los Estados Unidos, la contemplación de la exigencia es abrumadoramente universal. Actualmente los veredictos de los jurados en los casos penales

[12] De acuerdo con la ley neuquina, el ingreso al sistema de jurados se encuentra sujeto a la estimación de pena efectuada por la fiscalía.

[13] DIAMOND, Shari S.; ROSE, Mary R., y MURPHY, Beth: "Una nueva mirada sobre el requisito de la unanimidad el comportamiento del jurado civil no unánime", en DIAMOND, Shari S.: *Las múltiples dimensiones del juicio por jurados. Estudios sobre el comportamiento del jurado. Jurado penal y jurado* civil, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 81.

de mayor gravedad deben ser unánimes en el sistema federal y en el de la totalidad de los estados, mientras que para delitos de relativa menor gravedad solo un estado es la excepción.[14]

En la Argentina, la regla es congruente con el modelo de jurado que inspiró a los Constituyentes de 1853/60, y ha sido receptada plenamente por las leyes del Chaco y de Mendoza.[15] Esas legislaciones ocupan indiscutidamente el podio de las mejores del país, y este es precisamente uno de los motivos de tan merecido reconocimiento.

4.1. Fundamentos de la regla de la unanimidad: garantía implícita

La Corte aseveró que la exigencia de unanimidad carece de jerarquía constitucional, pues "no existe mandato constitucional que imponga en nuestro país un número determinado de votos para afirmar la culpabilidad o la inocencia de un imputado por parte del jurado" (consid. 17).

Es cierto que no existe un mandato expreso. Pero la interpretación efectuada por la Corte podría ser puesta en crisis por dos razones complementarias entre sí.

Por un lado, desde una interpretación histórica, los constituyentes de 1853 tuvieron en miras al jurado vigente en los Estados Unidos, que ya entonces exigía veredictos unánimes.

Por otro, a partir de una profundización en el estudio sistemático de la cuestión, puede concluirse que se trata de una garantía implícita (art. 33, C.N.), pues es una exigencia necesaria para la plena satisfacción de otras garantías inherentes a todo sistema republicano, como la de la deliberación y el principio de inocencia.

[14] Ídem, p. 83. La única excepción referida es *Oregon*. Recientemente *Louisiana*, tras realizar una consulta popular, ha vuelto a la regla de la unanimidad, que había sido abandonada un siglo antes en respuesta a intereses de supremacía racial. Cabe advertir que *Oregon* también abandonó la unanimidad por motivos similares, y actualmente existe allí un fuerte movimiento que busca seguir los pasos de *Louisiana*.

[15] La legislación de Río Negro también la recepta, aunque con algunas aristas que no vale la pena describir en este comentario. La de Buenos Aires la recepta solo en forma parcial y muy precaria.

4.1.1. La deliberación como garantía y la exigencia de unanimidad como instrumento garantizador de una robusta deliberación

Luego de recibir las instrucciones finales del juez, habiendo ya apreciado la totalidad de la prueba y escuchado los alegatos de los abogados, el jurado es conducido al *jury room* para dar inicio a una de las etapas más importantes del juicio: *la deliberación*.[16]

Allí sus miembros deberán exponer sus puntos de vista y apreciaciones sobre la prueba y los hechos del caso, escucharse unos a otros, debatir y sopesar los argumentos de cada uno de sus doce integrantes, aplicar la ley suministrada por el juez y, así, alcanzar una decisión. Todo ello en sesión secreta.

La deliberación es, en resumidas cuentas, un *mecanismo colectivo de construcción del veredicto*, que se impone como "garantía" porque no existe un mejor método de "reaseguro de calidad" del proceso de toma de decisión —garantía implícita, conf. art. 33, C.N.

Junto a la conformación del jurado, al litigio de las partes, el control de garantías del juez y sus instrucciones al jurado, la deliberación completa un sistema garantizador sin parangón —sistema de reaseguros—, que ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como inherente a las exigencias propias de un debido proceso.[17]

Podríamos sostener, desde un plano teórico, que el proceso de deliberación es una garantía tanto de un juicio por jurados como de uno de tribunales técnicos, lo que es cierto. Pero sin dudas, desde un punto de vista material, este reaseguro alcanza plenitud con los jurados. La deliberación de un jurado no tiene punto de comparación con la de cualquier sistema de justicia profesional en que es sumamente precaria o directamente inexistente.[18]

Desde luego, si ello es así no es por una cuestión de superioridad personal de cada jurado en comparación a cada juez técnico. Lo que sucede es que, innegablemente, el "sistema" coloca a los jurados en una mejor posición al respecto, por diversas razones, como:

- El *amplio número de sus integrantes*. Doce pares de ojos y de oídos ven y escuchan más que uno o tres. Doce mentes aportan mayor diversidad y agudeza de análisis que uno o tres.
- Sus *plurales procedencias*. Todos los jueces técnicos son, invariablemente, profesionales, abogados, funcionarios públicos y pertenecientes a clases acomodadas. En cambio, los jurados provienen de diferente franja etaria, educativa y socioeconómica y tienen diferentes ocupaciones, entre otros puntos de diversidad.
- Su *carácter accidental*. Gracias a que son convocados para cumplir su tarea solo en un caso concreto, cada jurado es un desconocido para los restantes y todos están libres de toda "burocratización" o "automatización" en el oficio de juzgar.

No se conoce un procedimiento más minucioso. No existe mayor filtro para el error, los prejuicios, la desidia y, en definitiva, el subjetivismo y la arbitrariedad que aquejan al criterio de todo ser humano.

Cada uno de los doce juicios subjetivos individuales deben pasar por un riguroso filtro de confrontación y depuración recíproco, lo que obliga a cada integrante del jurado a rever la postura propia y sopesarla frente a la de los demás, testeándose a unas y a otras entre sí y frente a la prueba, de modo que solo el apoyo irrestricto en ella logrará la imposición de un juicio por sobre otro. Y distintos jurados podrán dar aportes valiosos sobre diferentes aristas de los hechos y las pruebas del juicio.

Se pone en marcha, así, un proceso de "objetivación" colectiva que es mucho más estricto y rico que la mera suma de doce subjetividades individuales.[19]

Pues bien, este proceso será más sólido en la medida en que se exijan mayorías más amplias, y es por eso que el mejor escenario es el de la exigencia de unanimidad.[20]

Ello pudo ser comprobado por investigadores estadounidenses quienes, con base en exhaustivos estudios empíricos, determinaron que la unanimidad es el único mecanismo capaz de garantizar que todas y cada una de las diferentes apreciaciones y opiniones en un panel de jurados deban ser escuchadas y sopesadas. Según concluyeron, la unanimidad brinda a los miembros de la minoría una

[16] Harfuch: *El veredicto del jurado*, cit., pp. 411 y 412.
[17] Corte IDH, caso "V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua" (2018).
[18] Harfuch: *El veredicto del jurado*, cit., p. 436.
[19] Harfuch: *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, cit., p. 228.
[20] Harfuch: *El veredicto del jurado*, cit., p. 437.

herramienta para asegurar que sean oídos por la mayoría, es decir, para que sus apreciaciones sean necesariamente consideradas, lo que fortalece un debate más robusto y un más profundo análisis de la prueba, desembocando en decisiones que gozan de mayor calidad y legitimidad.[21]

Así pues, en la satisfacción plena de la garantía de la deliberación encontramos un fundamento sólido para esta exigencia.

4.1.2. La unanimidad y el principio de inocencia

Lo anterior puede tener directa incidencia en el respeto del principio de inocencia, sobre el que reposa todo proceso penal en un sistema republicano.

A la luz de este principio ¿son constitucionalmente tolerables los veredictos de culpabilidad "no unánimes"?

Adentrarnos en el análisis de la cuestión nos permite concluir que no lo son. El principio de inocencia conlleva la exigencia de prueba suficiente sobre la culpabilidad —prueba más allá de una duda razonable.

La persona acusada de un delito es jurídicamente inocente, y ese estado de inocencia solo puede ser desvirtuado por prueba suficiente sobre la culpabilidad en un juicio respetuoso de las reglas del debido proceso. Ello quiere decir que una condena solo podría considerarse válida si fue producto de un análisis exhaustivo de la prueba de cargo y, a la luz del derecho de defensa, de la de descargo.

En los casos de tribunales técnicos, cualquier control de validez en el proceso por el que haya sido considerada rebatida la inocencia se lleva a cabo mediante la revisión de los fundamentos expresados por el tribunal al dictar sentencia. En ese tipo de sistemas se tolera la disidencia, pero ello no implica que la postura minoritaria sea ignorada, pues el veredicto condenatorio solo podría ser convalidado en caso de corroborarse que los fundamentos expresados por la mayoría han sido suficientes como para imponerse por sobre los del disidente. El "control de calidad" de la decisión es allí posterior al proceso por el que a ella se arribó. Tal vez sea solo por eso que, en tales sistemas, la disidencia pueda ser aceptada.

[21] Diamond-Rose-Murphy: ob. cit., pp. 81 a 120.

Pero —tal como fue advertido por la Corte IDH[22] y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)—[23] el juicio por jurados es un sistema diferente, con reglas diferentes, y es por ello que no resulta feliz el paralelismo entre ambos modelos de enjuiciamiento que ha efectuado Rosatti en el consid. 10, punto "ii", de su voto.

En un juicio por jurados bajo un modelo clásico no se exige —y hasta se prohíbe— la expresión de los motivos del veredicto. Por lo tanto, aquí, la calidad de esa decisión estará atada a la robustez de la deliberación que en ella ha derivado —entre otros reaseguros antes enunciados.

El veredicto de un jurado no es un veredicto carente de motivos o fundamentos, sino todo lo contrario,[24] es un veredicto basado en motivos o fundamentos sólidos, que surgen del intenso debate entre los integrantes de un panel, durante el que —como antes se señaló— los argumentos y valoraciones de cada integrante individual deben ser confrontados con los de los restantes, imponiéndose los de mayor solidez de acuerdo con la prueba, esto es, los que tuvieron el peso suficiente como para hacer cambiar de criterio a quienes sostenían posturas disímiles, hasta confluir en una única solución.

Cabe así preguntar: ¿es tolerable la disidencia en este sistema? Para lo que debemos dar respuesta previamente a otra pregunta: ¿qué implica esa disidencia?

Pues bien, si una persona —o un grupo de ellas— mantiene una postura disidente dentro del panel de jurados, será porque efectúa diferentes valoraciones respecto de la prueba a las efectuadas por la mayoría. En ese escenario ¿qué valoraciones serían las correctas y cuáles las incorrectas?

Ello no puede resolverse en forma numérica,[25] sumando aritméticamente la cantidad de personas que sostiene uno u otro temperamento —como parece tolerar la Corte en "Canales"—, pues el debido proceso impone la necesidad de que esa respuesta sea cualitativa y no cuantitativa.

No puede hacerse aquí paralelismo alguno con los procesos de juicio político, tal como efectúa la Corte (consid. 17), ni con los

[22] Corte IDH, caso "V. R. P., V. P. C.", ya citado, párrs. 219 a 225.

[23] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), caso "Taxquet v. Bélgica" (2010), párrs. 51 y 84.

[24] Consid. 19 de "Canales", replicando lo ya referido por la Corte IDH, en el ya citado caso "V. R. P., V. P. C." (párr. 262).

[25] Harfuch: *El veredicto del jurado*, cit., p. 506.

herramienta para asegurar que sean oídos por la mayoría, es decir, para que sus apreciaciones sean necesariamente consideradas, lo que fortalece un debate más robusto y un más profundo análisis de la prueba, desembocando en decisiones que gozan de mayor calidad y legitimidad.[21]

Así pues, en la satisfacción plena de la garantía de la deliberación encontramos un fundamento sólido para esta exigencia.

4.1.2. La unanimidad y el principio de inocencia

Lo anterior puede tener directa incidencia en el respeto del principio de inocencia, sobre el que reposa todo proceso penal en un sistema republicano.

A la luz de este principio ¿son constitucionalmente tolerables los veredictos de culpabilidad "no unánimes"?

Adentrarnos en el análisis de la cuestión nos permite concluir que no lo son. El principio de inocencia conlleva la exigencia de prueba suficiente sobre la culpabilidad —prueba más allá de una duda razonable.

La persona acusada de un delito es jurídicamente inocente, y ese estado de inocencia solo puede ser desvirtuado por prueba suficiente sobre la culpabilidad en un juicio respetuoso de las reglas del debido proceso. Ello quiere decir que una condena solo podría considerarse válida si fue producto de un análisis exhaustivo de la prueba de cargo y, a la luz del derecho de defensa, de la de descargo.

En los casos de tribunales técnicos, cualquier control de validez en el proceso por el que haya sido considerada rebatida la inocencia se lleva a cabo mediante la revisión de los fundamentos expresados por el tribunal al dictar sentencia. En ese tipo de sistemas se tolera la disidencia, pero ello no implica que la postura minoritaria sea ignorada, pues el veredicto condenatorio solo podría ser convalidado en caso de corroborarse que los fundamentos expresados por la mayoría han sido suficientes como para imponerse por sobre los del disidente. El "control de calidad" de la decisión es allí posterior al proceso por el que a ella se arribó. Tal vez sea solo por eso que, en tales sistemas, la disidencia pueda ser aceptada.

[21] Diamond-Rose-Murphy: ob. cit., pp. 81 a 120.

Pero —tal como fue advertido por la Corte IDH[22] y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)—[23] el juicio por jurados es un sistema diferente, con reglas diferentes, y es por ello que no resulta feliz el paralelismo entre ambos modelos de enjuiciamiento que ha efectuado Rosatti en el consid. 10, punto "ii", de su voto.

En un juicio por jurados bajo un modelo clásico no se exige —y hasta se prohíbe— la expresión de los motivos del veredicto. Por lo tanto, aquí, la calidad de esa decisión estará atada a la robustez de la deliberación que en ella ha derivado —entre otros reaseguros antes enunciados.

El veredicto de un jurado no es un veredicto carente de motivos o fundamentos, sino todo lo contrario,[24] es un veredicto basado en motivos o fundamentos sólidos, que surgen del intenso debate entre los integrantes de un panel, durante el que —como antes se señaló— los argumentos y valoraciones de cada integrante individual deben ser confrontados con los de los restantes, imponiéndose los de mayor solidez de acuerdo con la prueba, esto es, los que tuvieron el peso suficiente como para hacer cambiar de criterio a quienes sostenían posturas disímiles, hasta confluir en una única solución.

Cabe así preguntar: ¿es tolerable la disidencia en este sistema? Para lo que debemos dar respuesta previamente a otra pregunta: ¿qué implica esa disidencia?

Pues bien, si una persona —o un grupo de ellas— mantiene una postura disidente dentro del panel de jurados, será porque efectúa diferentes valoraciones respecto de la prueba a las efectuadas por la mayoría. En ese escenario ¿qué valoraciones serían las correctas y cuáles las incorrectas?

Ello no puede resolverse en forma numérica,[25] sumando aritméticamente la cantidad de personas que sostiene uno u otro temperamento —como parece tolerar la Corte en "Canales"—, pues el debido proceso impone la necesidad de que esa respuesta sea cualitativa y no cuantitativa.

No puede hacerse aquí paralelismo alguno con los procesos de juicio político, tal como efectúa la Corte (consid. 17), ni con los

[22] Corte IDH, caso "V. R. P., V. P. C.", ya citado, párrs. 219 a 225.

[23] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), caso "Taxquet v. Bélgica" (2010), párrs. 51 y 84.

[24] Consid. 19 de "Canales", replicando lo ya referido por la Corte IDH, en el ya citado caso "V. R. P., V. P. C." (párr. 262).

[25] Harfuch: *El veredicto del jurado*, cit., p. 506.

de sanción de las leyes, tal como efectúa Rosatti (consid. 10, punto "iii"), porque ellos no se encuentran atravesados por el principio de inocencia. Del mismo modo, tampoco podría trazarse un paralelismo con los procesos judiciales no penales, ni con las decisiones de tribunales revisores.

En un enjuiciamiento penal serían correctas las valoraciones más sólidas, que no necesariamente serán las sostenidas por la mayoría.

La unanimidad, pues, empodera a la minoría para que sus fundamentos deban ser escuchados y sopesados por la mayoría —que necesitará de su voto—, imponiéndose en el marco de este control cruzado de valoraciones las de mayor solidez en términos cualitativos. Esto, indudablemente, torna más ardua a la discusión, pero también blinda de mayor solidez a la decisión.

¿Puede entonces ser tolerable, a la luz del principio de inocencia, una condena impuesta por una mayoría, mientras una minoría persiste en el desacuerdo? O mirando puntualmente al caso neuquino, ¿puede tolerarse la imposición de una condena cuando cuatro integrantes del jurado manifestaron no estar de acuerdo con esa determinación?

Parece lógico inferir que la subsistencia de un sector disidente impide asegurar que la decisión ha sido tomada con base en las valoraciones más sólidas y razonables de acuerdo con las pruebas del caso, y por lo tanto aquello resulta constitucionalmente intolerable.

El principio de inocencia es, pues, otro sólido sustento constitucional a la regla de la unanimidad, que la ubica como garantía implícita a la luz del art. 33 de la C.N.

Hemos venido hablando de la exigencia de unanimidad para el veredicto de "culpabilidad". Cabe dejar a salvo, a modo de cierre de este subacápite, que los fundamentos para aplicar la misma exigencia al veredicto de "no culpabilidad" encuentran sustento en razones meramente epistémicas, pues lo contrario implicaría admitir que un eventual único disidente en favor de la "no culpabilidad" tenga el poder de imponer su criterio por sobre el de una abrumadora mayoría, lo que, amén de anular la necesidad de una deliberación, no resulta razonable.

Ello no vulnera al principio *in dubio pro reo* —única derivación del de inocencia desde la que podrían formularse cuestionamientos—, pues opera en el plano de la subjetividad individual de cada una de las personas que integran el panel, dado que —tal como todo juez lo explica en sus instrucciones— solo en caso de considerar que la

acusación ha sido probada más allá de una duda razonable, cada jurado, individualmente, podría votar en favor de un veredicto de culpabilidad. Por ello no son correctas las posturas que predican que la exigencia de unanimidad debe ser un requisito solo aplicable al veredicto "culpable".

Resumiendo, a la luz del principio de inocencia no parecen tolerables los veredictos de culpabilidad mayoritarios, pues ese principio exige que la inocencia sea desvirtuada más allá de una duda razonable a partir de un análisis exhaustivo de la prueba y estos veredictos no pueden garantizar que las potencialmente sólidas valoraciones de las minorías hayan sido debidamente escuchadas y sopesadas. Con los veredictos "no unánimes" de culpabilidad se pretende dar una respuesta cuantitativa a una cuestión que, por imperio constitucional, amerita una respuesta cualitativa.

4.2. La unanimidad según la Corte Suprema argentina y según su par estadounidense

De un análisis de los precedentes de la Suprema Corte estadounidense se advierte que, pese a lo antes expuesto, ese tribunal tampoco ha llegado —al menos hasta el momento— a declarar la inconstitucionalidad de los veredictos "no unánimes".

Tanto el sistema federal de los Estados Unidos, como los de 49 de sus 50 estados y el distrito federal de Washington D.C., exigen veredictos unánimes para todos los casos. En el plano de los delitos de mayor gravedad, la regla de la unanimidad no encuentra excepciones.[26]

En toda la historia de ese país, solo dos estados se han atrevido a flexibilizarla, ambos durante el siglo XX y jamás para el juzgamiento de casos graves: *Louisiana* —donde, a partir de un reciente referendo popular, se optó por el retorno a la unanimidad— y *Oregon* —única excepción actual a la regla, aunque allí existen debates en pos de seguir el camino de *Louisiana*—. En ambos casos, tal flexibilización obedeció a intereses de supremacía racial: facilitar las condenas a negros, en el primer caso, y a judíos, en el segundo.

Son esas experiencias las que han provocado a la Corte federal de ese país la necesidad de adentrarse en el análisis de la cuestión.

[26] Ídem, p. 503.

En el fallo "Johnson v. Louisiana" de 1972,[27] tras encarnizadas discusiones[28] y con voto muy dividido —cinco a cuatro—, se pronunció en contra de la inconstitucionalidad.

Los votos de los jueces de la mayoría descansaron en la inexistencia de una regla constitucional expresa que exigiera veredictos unánimes. Los cuatro jueces de la minoría defendieron a ultranza que, pese a ello, se trataba de una consecuencia necesaria del principio de la "duda razonable" —principio de inocencia—, es decir, de la necesidad de garantizar que los veredictos de culpabilidad encuentren sustento en un elevado estándar de certeza probatoria.

A la fecha, una abrumadora generalidad de abogados, jueces y profesores de derecho en ese país coincide con los argumentos de la minoría. La postura de aquella mayoría ha sido siempre sumamente controvertida y suele ser considerada como un error que merece ser corregido, por lo que no se descarta un futuro fallo en ese sentido —idea que ha recobrado fuerzas desde que los ciudadanos de *Louisiana* decidieran la vuelta a la unanimidad.

Ahora bien, resulta interesante reparar en un aspecto para nada menor. Pese a negar la jerarquía constitucional de la regla de la unanimidad, los jueces de la mayoría aclararon que no consideraban aconsejable que una legislación prescindiera de ella.

Tal vez era un exceso reclamar a nuestra Corte, que es la de un país con muy breve experiencia en juicios por jurados, superar un error conceptual cometido en 1972 por un tribunal con vasta experiencia en la materia. Pero, sin dudas, hubiera sido deseable que efectuara, al menos, alguna aclaración sobre la conveniencia de la unanimidad, tal como en su momento efectuó su par estadounidense.

5. *El veredicto sin expresión de motivos del jurado y la amplitud recursiva*

La Corte puso a salvo la adecuación constitucional del veredicto del jurado clásico, carente de expresión de motivos.

También ratificó que ese tipo de veredictos no implica menoscabo alguno a las posibilidades de amplitud recursiva.

[27] El debate se repitió, en los mismos términos, en el caso "Apodaca v. Oregon", del mismo año.

[28] La minoría llegó a tratar de "inquisitivos" a los jueces de la mayoría, conf. HARFUCH: *El veredicto del jurado*, cit., p. 504.

De las sometidas a tratamiento en el presente caso, esta parece ser la cuestión central, y es aquí donde el fallo alcanza su punto más alto, abordándola con impecable criterio técnico y arribando a la solución adecuada.

5.1. El veredicto sin expresión de motivos del jurado

La cuestión del "veredicto inmotivado" del jurado suele ser difícil de comprender desde la óptica del *civil law* —esto es, del derecho continental europeo—, donde los abogados están más embebidos de procesos inquisitoriales que de juicios por jurados, pese al esfuerzo de los constituyentes latinoamericanos del siglo XIX —y de los ilustrados de Europa continental— por cambiar esa realidad.

En ese contexto, puede resultar necesario profundizar en algunas consideraciones de las que, en general, también ha ido haciéndose cargo la Corte en este fallo.

5.1.1. EL VEREDICTO DE UN JURADO Y LA MOTIVACIÓN

Ha sido una afirmación recurrente en nuestro entorno que las decisiones del jurado implicaban, de por sí, una afectación a la "garantía de la motivación" que resguarda al justiciable frente a decisiones arbitrarias. Ya no queda lugar para esos presagios. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y, antes que ella, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han encargado de poner cada cosa en su justo lugar.

Terminológicamente, suele referirse que el veredicto del jurado es un "veredicto inmotivado". Esa terminología no presenta inconvenientes si solo se la utiliza para distinguir conceptualmente al veredicto "sin expresión de motivos" del jurado del veredicto "con expresión de fundamentos" de un tribunal técnico. Pero ello no debe llevarnos a la errónea conclusión de que el primero se trata de un veredicto carente de motivaciones.

Citando a la Corte IDH,[29] la Corte Suprema aclaró precisamente que "la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación" y que "todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la

[29] Caso "V. P. C., V. R. P.", ya citado, párr. 259, que a su vez recepta un temperamento anteriormente expresado por el TEDH en el también citado caso "Taxquet v. Bélgica".

esencia del jurado, no se expresa", explicando que "la libre valoración que hace el jurado no es sustancialmente diferente de la que puede hacer un juez técnico, solo que no lo expresa" (consid. 19).

¿Cómo, entonces, puede predicarse corrección respecto de una decisión de la que no se hacen públicos sus fundamentos?

La Corte IDH ha advertido que la calidad de la decisión de un jurado encuentra sustento en la calidad del litigio llevado a cabo ante él. Si de todos sus "ingredientes" podemos predicar corrección y calidad y a ello sumamos una deliberación hasta alcanzar un veredicto unánime, nos toparemos con una decisión sólida y difícil de cuestionar.

En otras palabras, la decisión podrá ser aceptada como racional si de los actos procesales puede predicarse corrección —debido proceso— y epistémicamente se aprecia una correlación racional entre la prueba y el resultado. Cuando esto sea así, todos los presentes en el juicio habrán podido conocer a la perfección los motivos de la decisión. Si, a la inversa, ello no es así, en torno a ello podrá girar eventualmente la actividad recursiva.

La Corte Suprema, en "Canales", ha explicado esta cuestión de un modo tan sintético como correcto: "... la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia".

5.1.2. El origen de la exigencia de motivación para tribunales técnicos

La Corte se encargó de aclarar que los sistemas de jurados y los de tribunales técnicos son sistemas diferentes, con reglas diferentes, explicando cuáles son los orígenes de la "exigencia de motivación de la sentencia", solo aplicable a los segundos.

Así, aclaró que "...la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo —no electivos— en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones. Es distinto cuando el mismo pueblo, representando por algunos de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén garantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte de un juez profesional" (párr. 2° del consid. 19).

En efecto, los orígenes de tal exigencia pueden ser encontrados en las ideas de la Ilustración.

Los ilustrados de los siglos XVIII y XIX se propusieron implementar al jurado anglosajón, que era concebido como la máxima expresión de la "participación popular", la "desconcentración del poder" y el "control hacia sus actos" pretendidos por ese movimiento. A los jurados, claro, no se les exigió "motivación".

Pero entonces, desde luego, no todos los juicios se sustanciaban ante jurados, sino que muchos eran decididos por jueces permanentes, quienes carecían de la legitimidad intrínseca de los tribunales populares[30] y, además, concentraban todo el poder jurisdiccional en procesos cuyos precarios controles distaban de los existentes en los sistemas de jurados de Inglaterra y Estados Unidos. Es allí que aparece la exigencia de motivación, impuesta a los jueces permanentes como mecanismo de control —incluso debían resolver los casos con reglas de prueba tasada— y de compensación de su falta de legitimidad.[31]

Ha sido un común y grosero error, en el que han incurrido buena parte de la doctrina y cierta jurisprudencia[32] del *civil law*, evaluar a los sistemas de jurados desde las reglas específicas de los sistemas de tribunales técnicos. Cada uno de ellos, en sus respectivos ámbitos de competencia, son constitucionales, pero uno y otro obedece a reglas propias, lo que ha sido adecuadamente advertido por la Corte en "Canales".

5.1.3. El veredicto sin expresión de motivos y la regla del secreto de las deliberaciones

Adicionalmente a lo hasta aquí desarrollado, debe entenderse que el carácter "inmotivado" del veredicto de un jurado reposa en sólidos propósitos.

[30] Mittermaier, Carl J. A.: *Tratado de la prueba en materia criminal*, 10ª ed., Reus, Madrid, 1979, pp. 110 y 111.

[31] Es esclarecedora la lectura de la Constitución francesa de 1795. De sus arts. 208 y 239 surge con claridad que la "motivación" se trataba de una exigencia para jueces técnicos, quienes debían deliberar en secreto, pero luego se les exigían "juicios motivados", y no para jurados, quienes votaban en secreto y no se les imponía motivación alguna.

[32] Por ejemplo, el fallo dictado por el juez Carlos P. Pagliere (h.), del Tribunal en lo Criminal N° 2 de Azul —provincia de Buenos Aires—, en el caso "Barboza, Diego Javier s/homicidio simple en concurso real con homicidio en grado de tentativa" (causa 32.841), del 18/5/2015.

La prohibición de la expresión pública de los motivos de la decisión es una derivación necesaria de la *regla del secreto de las deliberaciones*, garantía a la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ubicado como integrante de un debido proceso.

Concretamente, en el caso "Gregory v. U.K." (1997), el TEDH señaló que el secreto de las deliberaciones es una garantía integrante del concepto de juicio justo ante un tribunal independiente e imparcial exigido por el art. 6.1 de la Convención Europea.[33]

La exigencia de "expresión de motivos" no es más que una vía de acceso a los contenidos de la deliberación y a la supresión del secreto.

5.2. "Veredicto inmotivado" y recurso

Finalmente, la Corte se abocó a confirmar que el veredicto sin expresión de motivos de un jurado no obstaculiza su derecho al recurso (consid. 19).

Comenzó por señalar que ello "no impide una adecuada revisión de lo decidido, toda vez que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia", para concluir que "pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia)".

Esas impecables consideraciones se alinean con lo que ya había ratificado la Corte IDH en el fallo "V. R. P., V. P. C.", siguiendo criterios previos de su par europea en los fallos "Taxquet v. Bélgica" (2010) y "Judge v. UK" (2011).

La cuestión amerita algunas consideraciones adicionales.

Lo que se advierte del análisis de los sistemas de jurados es que, en comparación con los de tribunales técnicos, no cambian tanto las posibilidades recursivas contra la condena, sino que lo que cambia es la base objetiva sobre la que deben sustentarse los agravios.[34]

[33] HARFUCH, Andrés: "Libertad de prensa y regla del secreto del jurado", en AA.VV.: *Juicio por jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Jusbaires, Buenos Aires, 2014, p. 19.

[34] Conf. TCPBA, Sala I, causa 72.016, "Mazzon, Marcos Ezequiel s/recurso de casación", 26/2/2015, voto del juez Daniel Carral, con adhesión de Ricardo Borinsky.

En otras palabras, la amplitud recursiva —y los motivos para recurrir— no se alteran, sino que solo cambia la dinámica de litigio del recurso. Veamos:

- Si el agravio reposa en una errónea decisión sobre *admisibilidad de prueba*, los argumentos del recurso tendrán apoyo en el registro de la audiencia de etapa intermedia.
- Si el agravio atañe a la *conformación del jurado*, el apoyo estará en el registro de la audiencia de *voir dire*.
- Si el agravio reposa en algún *comportamiento indebido del juez o del fiscal* frente al jurado —cualquier actitud con capacidad para direccionar ilegítimamente su veredicto—, el apoyo estará en el obligatorio registro en video de la audiencia de juicio.
- Si el agravio reposa en una errónea *interpretación del derecho sustantivo* —delitos o defensas—, el control recursivo reposará sobre el registro del debate de las instrucciones y sobre las instrucciones escritas del juez.
- También reposará en las instrucciones y en el registro de su litigio cualquier interpretación atinente al *principio de la duda razonable* y la *carga de la prueba* o a los criterios de *valoración de la prueba*, entre otras pautas de orden procesal.
- Finalmente, si el agravio se vincula con cuestiones de *hecho y prueba* —errónea determinación de los hechos y arbitrariedad en la valoración de la prueba—, los argumentos del recurso podrán tener sustento en los registros de audio y video obligatorios.

Las precisiones de la Corte —análisis de congruencia entre premisas y conclusión— aplican, pues, a este último punto de agravio.

Esta lógica ha sido claramente advertida y explicada por el Tribunal de Impugnación de Neuquén (TIN), cuando sostuvo que "...pretender que existe un déficit en los veredictos sin motivación a los fines recursivos no es sino una equivocada concepción sobre el abordaje de la impugnación de los veredictos contrarios a prueba. Por supuesto que la litigación en la etapa recursiva sobre cuestiones de índole lógica sobre la estructura de las sentencias escritas no está presente, pero no por ello desaparece la posibilidad de demostrar la existencia de dichos vicios en el proceso deliberativo del jurado. Para ello, la defensa debería haber valorado en forma 'integral' la totalidad de la prueba producida en juicio y el alegato de la acusación, para acreditar que el veredicto no satisface el estándar de la 'duda razonable'. En este sentido, es claro que el enjuiciamiento por jurados va al corazón del sistema probatorio, permitiendo un exa-

men integral de la prueba, en la medida en que la defensa aborde en forma adecuada el agravio...".[35]

En materia de revisión de cuestiones de "hecho y prueba", el recurso amplio impone al órgano revisor no detenerse en la evaluación de "fundamentos", y exige incluso hacerlos a un lado para descender directamente al análisis de los registros de los actos cuestionados.

En otras palabras, cuando se encuentran en tela de juicio cuestiones fácticas y/o probatorias no es suficiente la revisión de lo que el juez "dijo" sobre la prueba, sino que la revisión debe abarcar a la prueba misma, tal como fue producida, a través de los registros existentes.[36]

Esa es, precisamente, la dinámica del recurso en un juicio por jurados.

6. *Breve balance final*

En el caso "Canales", la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado un fallo histórico, que quedará inscripto en el listado de grandes precedentes del máximo tribunal de la Nación.

Sin dudas, luego de sopesar los aciertos y los desaciertos de sus consideraciones, el balance resulta sumamente alentador.

Lo más importante es que la Corte nos ha dado un nuevo *leading case*, que es el primero en materia de jurados, aunque sin dudas no será el último, sino el inicio de un fructífero camino que irá nutriendo de contenidos concretos al instituto en nuestro país, tal como a lo largo de la historia lo han venido haciendo la Suprema Corte de Justicia estadounidense y las cortes de los países del *common law* en general.

[35] TIN, "Carvajal, Daniel Alberto y otros s/homicidio doblemente calificado", Legajo MPFNQ 10123/14, voto de los jueces Florencia Martini y Fernando Zvilling.

[36] Eso es algo que la Corte ya había dicho en el caso "Casal", pues allí reconoció expresamente la necesidad de superar la mera revisión de los "fundamentos escritos", considerados insuficientes para la revisión.

UN FALLO HISTÓRICO SOBRE EL JUICIO POR JURADOS

José R. Heredia

Resumen

Con fecha 2 de mayo de 2019 la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha pronunciado una sentencia histórica sobre el juicio por jurados.[1] Aunque el tribunal se había expedido acerca de la operatividad temporal del mandato contenido en la Constitución para la instauración del jurado, ahora ahonda sobre aspectos esenciales de la institución que nunca fueron objeto de abordaje en la máxima instancia judicial del país. Merece destacarse el esfuerzo argumental de la defensa que acudió en recurso directo, al sostener una postura que no estaba desprovista de ropaje doctrinario. A continuación proponemos este comentario en el que nos detenemos en los fundamentos del fallo que transcribimos como su base directa —pese a que se ha publicado y se publicará en diferentes medios— por su incuestionable trascendencia.

I. *El caso examinado por la Corte*

Tiene origen en la provincia del Neuquén: un jurado popular encontró culpables a dos acusados como coautores penalmente responsables del delito de homicidio agravado por su comisión con armas de fuego y con el concurso premeditado de dos o más personas y por alevosía. El juez técnico estableció la pena de prisión perpetua y accesorias legales respecto de ambos.

[1] CSJN 461/2016/RH1, "Canales, Mariano Eduardo y otro s/homicidio agravado - impugnación extraordinaria".

Anexo 47

Título: "Ramos c. Louisiana" y "Canales c. Neuquén", ¿mayoría o unanimidad?
Autor: Plou, Santiago
Publicado en: DPyC 2020 (agosto), 07/08/2020, 128
Cita Online: AR/DOC/1912/2020

Sumario: I. La doctrina sentada el 20/04/2020.— II. Fundamentos del fallo.— III. La cuestión en el derecho nacional.— IV. Algunas cuestiones por considerar.— V. Conclusiones.

(*)

"Todo juez debe aprender a vivir con el hecho de que cometerá algunos errores; eso viene con el cargo. Pero es completamente distinto perpetuar algo que todos sabemos equivocados, solo porque tememos las consecuencias de tener razón". Juez Neil GORSUCH

I. La doctrina sentada el 20/04/2020

El 20 de abril pasado la Corte Suprema de Estados Unidos dictó un fallo eminente en materia de juicio por jurados. Ello, por cuanto sentó que la unanimidad para la validez del veredicto condenatorio no solo es necesaria para los tribunales federales en virtud de la Sexta Enmienda de la Carta de Derechos (bill of rights), sino que también se extiende a los tribunales de los estados menores en orden a la Decimocuarta Enmienda. Es decir, por mandato constitucional, deben garantizar la unanimidad de todos los veredictos que juzguen delitos graves, tal como ya ha sido largamente reconocido en la jurisdicción federal.

Para así resolver, la Suprema Corte de Estados Unidos (SC) hizo lugar al recurso presentado por la defensa del Sr. Evangelisto Ramos. Esta se alzó contra el fallo por el cual se había condenado al imputado por mayoría de diez sobre doce votos en un tribunal de jurados del Estado de Louisiana. La condena fue a pena de prisión perpetua, sin posibilidad de acceso a libertad condicional. La defensa de Ramos sostuvo, entre otras cuestiones, que el veredicto por mayoría resultaba violatorio de la garantía de unanimidad del jurado consagrada en la Sexta Enmienda de la Constitución Federal, la cual vincula a los Estados a través de la Decimocuarta Enmienda.

I.1. Breve repaso jurisprudencial anterior a "Ramos"

Recordemos, que la SC se ha pronunciado al menos trece (1) veces a lo largo de 120 años sobre la unanimidad que garantiza la Sexta Enmienda para la emisión de un veredicto condenatorio válido. A su vez, también ha explicado que la garantía a un juicio por jurados se incorpora a los Estados a través de la cláusula del debido proceso contenida en la Decimocuarta Enmienda (2). Finalmente, respecto de si el requisito de unanimidad alcanza a los Estados a través de la Decimocuarta Enmienda o estos conservan la facultad de regular en materia de mayorías, en 1972 la máxima instancia federal selló la cuestión a favor de esta última en los fallos "Apodaca vs. Oregon (3)" y "Johnson vs. Louisiana (4)"; escenario que se mantuvo hasta el dictado del precedente fallo.

En ese tren, en lo que hace específicamente a la materia que nos convoca, la postura del máximo tribunal estadounidense ha sido oscilante. En primer lugar, tuvo oportunidad de pronunciarse en 1899 en el caso "Maxwell vs. Dow (5)", en el que estableció que los Estados están facultados para regular cuestiones procedimentales, pero de ninguna manera para alterar la exigencia de unanimidad de los veredictos en materia penal. En segundo lugar, como bien señalamos precedentemente, en el año 1972 se pronunció en los casos "Johnson" y "Apodaca", en los cuales sostuvo que, si bien el requisito de unanimidad proviene de una tradición histórica y hace a un requisito esencial del juicio por jurados, no puede sostenerse que sea vinculante para los Estados. Finalmente, en el fallo "Ramos vs. Louisiana" la Corte vuelve al criterio sentado en "Maxwell" (salvando la disparidad argumental) al afirmar la exigencia constitucional del requisito de unanimidad extensiva a los Estados.

Como sabemos, el precedente "Ramos" vino a modificar la postura adoptada por la CS en el fallo "Apodaca". Allí, una mayoría de cuatro jueces cuestionó que el requisito de unanimidad fuera una garantía constitucionalmente exigible a los estados. A su vez cuatro jueces disidentes sostuvieron que la Sexta Enmienda requiere de unanimidad y que esta es totalmente aplicable a los Estados a través de la Decimocuarta Enmienda. Finalmente, el juez restante —Lewis Powell—, con su voto individual y formando mayoría con los primeros, adoptó un enfoque de incorporación de "doble vía (6)". Si bien estuvo de acuerdo en que la Sexta Enmienda requiere unanimidad, sostuvo que la Decimocuarta Enmienda no hace que esta garantía sea directamente aplicable contra los Estados. Ello a pesar del hecho de que el enfoque de incorporación por doble vía había sido rechazado por la Corte casi una década atrás en "Malloy vs. Hogan (7)".

No obstante, la postura adoptada por el CS en "Apodaca" (1972), en 48 Estados —y en el ámbito federal— ya resultaba obligatoria la unanimidad del jurado para condenar por delitos graves, pues así lo habían establecido las legislaturas locales. Solo dos de ellos escapaban a la regla, Louisiana y Oregon (8). Y de estos

dos, al día de la fecha solo este último, por cuanto Louisiana puso fin constitucionalmente a la cuestión en el año 2018 al sumarse al criterio general de unanimidad para los delitos cometidos a partir del primer día del año 2019.

II. Fundamentos del fallo

Seguidamente, haremos un breve repaso sobre los principales argumentos adoptados tanto por la mayoría como por la disidencia, para luego pasar a analizar las implicancias del precedente en nuestro ámbito nacional. Finalmente, realizaremos algunas consideraciones y expondremos las conclusiones a las que hemos podido arribar.

a) En primer lugar, debemos señalar al juez Gorsuch como redactor de la opinión de la Corte en "Ramos" (coincidiendo en parte los jueces Sonia Sotomayor, Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer y Clarence Thomas Brett Kavanaugh). Inicialmente, analizó el término "juicio por jurados imparcial" contenido en la Sexta Enmienda de la Constitución Federal. Así, sostuvo que el término implica ciertos requisitos y características esenciales que lleva consigo la institución. Hizo alusión, en su mirada originalista, al surgimiento del requisito de unanimidad como un derecho consuetudinario vital en la Inglaterra del siglo XIV, conservado en las primeras constituciones de los Estados Unidos y ratificado por los tratados legales estadounidenses del siglo XIX. Concluyó así, que, si el derecho a un juicio por jurados requiere unanimidad en una corte federal, no requiere menos en una corte de un estado menor.

Luego, la CS reconoce que la redacción histórica de la Sexta Enmienda podría revelar la intención de los constituyentes de dejar atrás la característica de la unanimidad. Y esto es así porque es cierto que, si se observa la propuesta de Madison, esta originalmente y de forma expresa preveía el requisito de unanimidad. Que así fue aprobada por la Cámara de Representantes pero que luego el Senado eliminó explícitamente esa referencia junto con otras. Sin embargo, la Corte advierte que con facilidad se podría arribar a la interpretación opuesta. De esta forma, se podría decir que el Senado eliminó la referencia sobre la unanimidad por constituir una obviedad y, por lo tanto, fue considerado un exceso del idioma. El criterio sostenido por el Estado de Louisiana, además, podría resultar peligroso puesto que también así puede afirmarse que se eliminaron otros requisitos esenciales que hacen al juicio por jurados, tal como se sostiene sobre la unanimidad.

Seguidamente, respecto del análisis funcionalista, la mayoría alude al costo-beneficio de la unanimidad. Al respecto sostiene que, por ejemplo, disminuir la tasa de jurados bloqueados no necesariamente debe ser considerado un beneficio. Más bien sería una protección contra enjuiciamientos excesivamente celosos y, por lo tanto, estaría cumpliendo perfectamente su función. Ese yerro argumental, señala la Corte, ya se percibe en "Apodaca", donde la mayoría sometió la antigua garantía de unanimidad del jurado a su propia evaluación funcionalista. El papel de los jueces entonces no estaría destinado a reevaluar si el jurado unánime es lo suficientemente importante como para ser exigible a los estados menores, sino que estaría orientado a preservar y proteger la libertad de los ciudadanos y no equilibrarla con la ayuda de estadísticas sociales.

Más tarde, en lo relativo a los intereses de confianza generados por "Apodaca", la Corte reconoce enteramente su existencia. Y ello porque en Oregon y Louisiana las personas que han sido condenadas por veredictos no unánimes y cuyos casos aún estén pendientes de apelación directa intentarán que sus sentencias sean revisadas a la luz del criterio aquí sentado.

Sumado a ello, los casos que estén firmes y cuyas defensas ataquen colateralmente la condena, deberán resolverse oportunamente en función de la regla establecida en "Teague vs. Lane (9)". En esa línea, anular "Apodaca" provocaría un aluvión de litigios y, muy probablemente, la saturación de esos tribunales estaduales. Sin embargo, sostiene la mayoría, las condenas en esos dos Estados se ubican en el orden de los cientos y seguramente impondrá un costo, pero las nuevas reglas de procedimientos penales generalmente lo hacen y a menudo afectan o sobrecargan el sistema judicial. Ello, en tal caso, resulta un costo a asumir por la conservación de las libertades constitucionales. O como sostuvo el juez Kavanaugh en su concurrencia, "es el precio a pagar por el desarraigo de esta hierba".

Consiguientemente, un argumento sustancial, caminó en torno a los orígenes raciales y discriminatorios que motivaron las leyes de Oregon y Louisiana. Sobre esta cuestión, la mayoría expresó sus firmes convicciones con relación a la finalidad de dichas leyes, las cuales habrían encontrado su propósito en la necesidad de mermar la influencia de las minorías raciales, étnicas y/o religiosas en los juicios por jurados. Así, por ejemplo, una mayoría de 10/12 permitiría desestimar el voto de uno o dos miembros de esa minoría. En consecuencia, arguye la mayoría, resultaría inadmisible avalar la constitucionalidad de leyes basadas en el único propósito de establecer la supremacía de la raza blanca, que constituyó una de las trampas de la era Jim Crow (10).

A su vez, la mayoría relativiza la contundencia y el carácter de precedente de "Apodaca" por varias cuestiones. En primer lugar, lo caracteriza como un conjunto de opiniones fracturado en las que no se halla una

justificación única y pluralista concreta. En segundo lugar, porque sostener o ratificar "Apodaca" implicaría abrazar una nueva y dudosa proposición: que un solo juez (el juez Powell en el caso) que escribe solo para él tiene la autoridad de vincular a la Corte, incluso en cuestiones que está ya ha rechazado (la doble vía). Por último, sostienen, no es de aplicación la regla sentada en "Marks vs. Estados Unidos (11)", toda vez que no existe una disputa de partes sobre qué opinión de "Apodaca" es en la que los jueces concurrentes coinciden en los terrenos más estrechos, sino que las partes reconocen que el precedente mencionado no dio ninguna opinión de control en absoluto.

Llegando al final, en lo concerniente al stare decisis (12) (regla fundamental en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estado Unidos), la voz mayoritaria entiende que no es un comando inexorable, sino que en determinadas circunstancias como la que aquí se trata, las decisiones pasadas deben ceder. Así, se reconoce que para anular un precedente debe haber justificación suficiente y una motivación especial que fuerce tal decisión. De hecho, sostiene la juez Sotomayor, la Corte generalmente se adhiere a sus decisiones anteriores incluso si cuestiona su solidez, porque hacerlo promueve el desarrollo imparcial, predecible y constante de los principios legales, fomenta la confianza sobre las decisiones judiciales y contribuye a la integridad del proceso judicial. No obstante, concluye la nombrada, cuando el poder del Estado para encarcelar a personas como Ramos se basa en interpretaciones erróneas del derecho, la Corte no debe dudar en reconsiderar sus precedentes.

Finalmente, afirma la mayoría, un fallo para Louisiana invitaría a otros Estados a relajar sus propios requisitos de unanimidad, e incluso otras jurisdicciones ya han alzado la voz en el sentido de que valorarían el derecho a experimentar con jurados no unánimes.

b) Ahora bien, en honor a la brevedad de la colaboración que nos convoca, respecto de la disidencia —compuesta por el juez presidente John Roberts, en parte Elena Kagan y encabezada por el juez Alito— y pese a cuestionar con vehemencia cada argumento de la mayoría, solo mencionaremos dos cuestiones que consideramos las más contundentes.

Por un lado, se objeta la desestimación de la mayoría respecto del stare decisis y la banalización del carácter de precedente, al sostener que los inmensos intereses de confianza generados por "Apodaca" no pueden ceder, toda vez que miles de personas fueron condenadas y sus apelaciones denegadas durante 48 años con sustento en tal precedente. Sumado a ello, e independientemente de la abrumadora carga e incluso colapso de los tribunales, concluye la minoría en torno a que no hay garantía de que esas personas puedan reintentar sus casos, toda vez que los medios probatorios pueden haberse frustrado (vgr. los testigos con probabilidad podrían ya no estar disponibles). De esta forma, se cuestiona con severidad la falta de certeza sobre la suerte de aquellos ciudadanos cuyos casos ya hayan sido juzgados por jurados no unánimes.

Por otro lado, se controvierte la cuestión relativa a los orígenes de las leyes de Oregon y Louisiana. Es que, si bien la disidencia entiende que resultan deplorables tales motivaciones con sustento discriminatorio y segregacionista, esgrime que no podría sostenerse que en el presente sean esos mismos motivos los que lleven a los Estados a defender los veredictos por mayoría. En ese entendimiento, y con sustento en igual criterio, habría que afirmar que el Parlamento británico, los constituyentes de Puerto Rico, el American Law Institute y la American Bar Association promueven la supremacía blanca, toda vez que recientemente han debatido la posibilidad de veredictos mayoritarios. Además, concluye, las motivaciones que tuvieron los Estados de Oregon y Louisiana al sancionar las leyes aquí impugnadas no guardan relación alguna con la cuestión constitucional en crisis.

III. La cuestión en el derecho nacional

Surgen aquí, como veremos, varios interrogantes a tener en cuenta para el análisis de la cuestión: ¿Cuál es la jurisprudencia vinculante en la materia?, ¿podríamos seguir un camino similar a Estados Unidos y adoptar la unanimidad?, ¿fue una exigencia que tuvieron en vista los constituyentes al incorporar el instituto?, ¿la Constitución Nacional nos señala algo respecto de la unanimidad de los jurados?, ¿podríamos, en cambio, regular la materia únicamente basados en un análisis funcional de las mayorías?.

Ante todo, cabe señalar que el desarrollo, la regulación e implementación del instituto juradista en la región resulta aún incipiente, sobre todo si lo comparamos con la larga tradición del norte. No obstante, se avisora un avance significativo en los últimos tiempos, en Latinoamérica en general y en nuestro país en particular. Ello, por supuesto, de la mano de las provincias que impulsan el instituto, su regulación y puesta en práctica desde sus legislaturas y tribunales locales, puesto que en el ámbito federal las intenciones parecen ser distintas.

III.1. Algunas líneas jurisprudenciales

En el plano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, encontramos un importante precedente en el caso caratulado "V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua" (08/03/2018). En estos, la Corte IDH se expide sobre

un juicio sustanciado por jurados en Nicaragua, para cuyo tratamiento se tuvo que adentrar en el análisis del instituto juradista y su compatibilidad con la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

El máximo tribunal regional en DD.HH. se expide por primera vez con relación en el juicio por jurados en el precedente antes mencionado, y al hacerlo, se expresa abiertamente sobre los diversos sistemas procesales criminales. Para ello, sostiene que la Convención Interamericana de Derechos Humanos no acoge un sistema procesal en particular, sino que su única finalidad radica en el respeto irrestricto a las garantías contenidas en ella, sea cual sea el sistema de enjuiciamiento escogido por sus miembros (13). En este sentido, parece haber seguido la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien tiempo antes ya se había pronunciado en igual sentido en el conocido precedente "Taxquet vs. Bélgica (14)".

Sin embargo, la única alusión que podemos encontrar en "V. R. P., V. P. C. vs. Nicaragua" sobre las mayorías exigidas en los juicios sustanciados por jurados, es la sola mención ejemplificadora de los casos de EE.UU. y la provincia del Chaco, Argentina. En dicha mención, se destacan sus legislaciones como las únicas que establecen las facultades de las partes o del juez para indagar individualmente a los jurados, una vez dictado el veredicto condenatorio, sobre la efectiva existencia de unanimidad en la decisión del veredicto (15).

Como vimos, ni de la Convención ni del precedente de la Corte IDH sobre la materia podemos hallar alguna preferencia por tal o cual sistema decisional. Ahora bien, llegando al plano nacional, nos encontramos con un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) que por primera vez se adentra en el tratamiento del juicio por jurados. Con anterioridad tan solo se había pronunciado sobre el tópico relacionado a la obligatoriedad del Congreso Nacional de reglamentar el instituto (16). A su vez, en el célebre fallo "Casal" (2005), tan solo se hizo mención del sistema de enjuiciamiento que prevé la CN, sin inmiscuirse en la cuestión.

En tal sentido, nos referimos al reciente y ya conocido fallo "Canales (17)", donde la CS despejó toda duda respecto de la interpretación constitucional que cabe hacer respecto de la mayoría necesaria para expresar válidamente un veredicto de culpabilidad o inocencia. Así, advierte que "... no existe mandato constitucional que imponga en nuestro país un número determinado de votos para afirmar la culpabilidad o la inocencia de un imputado por parte del jurado; a diferencia de la exigencia de dos tercios de votos que sí estableció para el veredicto de culpabilidad en el marco del procedimiento de juicio político (art. 59).

"(...) Por lo demás, si el juicio por jurados expresa —en esencia— el derecho a juzgar en cabeza del pueblo, por considerarlo el sujeto jurídico más apto para ponderar la criminalidad de las acciones u omisiones del prójimo, y si —a su vez— se considera al veredicto como una conclusión que se asume luego de transitar un proceso deliberativo forjado por una pluralidad de opiniones que expresan apreciaciones en las que se congregan la multiplicidad de género, edades, oficios, experiencias de vida, etc., no luce irrazonable requerir una mayoría especial de dos terceras partes de sus miembros para generar la decisión, tal como lo prevé la legislación neuquina aplicada al presente caso"(18).

Manteniendo tal prisma de análisis, la CS concluye en el sentido de que no puede colegirse que se comprometa la presunción de inocencia por la mera existencia de votos disidentes del jurado. Por lo que, según el tribunal, la voluntad popular puede expresarse válidamente mediante una decisión simplemente mayoritaria.

Así las cosas, sellado el asunto respecto de la ausencia de indicios constitucionales que inclinen la balanza hacia tal o cual sistema de mayorías, la Corte pasa a tratar el agravio relativo a la afectación del principio de igualdad.

A tal efecto, afirma que la coexistencia del sistema de mayorías neuquino (8/12) con otras disposiciones legales de provincias que exigen mayorías distintas —o incluso la unanimidad— para convalidar los veredictos de culpabilidad, no vulnera aquel principio (art. 16, CN). Ello, puesto que las diferencias que existen entre tales legislaciones dispares no alcanzan a configurar un supuesto de asimetría tal que permita considerar vulnerado el principio de igualdad ante la ley. De tal suerte, arguye la CS, se aplica aquí, mutatis mutandi, el precedente "Balado López (19)", toda vez que el ejercicio de las facultades de administrar justicia que les incumbe a las provincias no importa en sí mismo agravio alguno al derecho de defensa ni al principio de igualdad.

Finalmente, la CS sostendrá que la ausencia de expresión de los fundamentos del veredicto de jurados no impone la inexorable exigencia de unanimidad. Ello por cuanto, según entiende, la falta de motivación expresa no impide el ejercicio del derecho de revisión amplia (que puede realizarse con base en la congruencia o no entre premisas y conclusión) y, a su vez, dicho requisito motivacional fue concebido a los fines de compensar la debilidad institucional de las magistraturas profesionales. La fundamentación explícita, entonces, encontraría su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo —no electivos— en ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones y permitir el control ciudadano. Distinto es, concluye, cuando el mismo pueblo —representado por los jurados— es el que ejerce de forma directa la potestad de juzgar.

De lo hasta aquí estudiado entonces, podemos concluir que la Corte Suprema de Justicia no avisora obstáculo alguno. La Constitución Nacional permite que las distintas unidades federativas legislen de forma disímil y regulen veredictos por mayorías, sin más distinción. Ello, concluye la Corte en "Canales", no conculca el principio de inocencia, el derecho de defensa en juicio, el debido proceso o el principio de igualdad ante la ley.

A la luz de los nuevos parámetros fijados en "Ramos vs. Louisiana", cabe preguntarnos si es posible un vuelco similar de nuestra CS. Ello, en tanto no podemos obviar, la construcción de nuestro sistema institucional tuvo basamento en el sistema constitucional estadounidense. Es conteste Maier al afirmar "No cabe duda de que nuestro mandato constitucional proviene del art. III, sección 2ª, s 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América, a través del texto del art. 117 de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Venezuela, 1811, que reproducimos (casi idéntico a nuestro art. 102, CN, originario, hoy art. 118) ..." (20).

III.2. Posibles interpretaciones constitucionales

Llegados a este punto, entonces, resulta imperioso hacer un breve reanálisis de la cuestión.

Por un lado, podemos afirmar —sin temor a equivocarnos y porque también así lo determinó la CS— que la Constitución Nacional nada nos dice —al menos de forma expresa— sobre alguna opción ejercida por el constituyente respecto de un sistema de mayorías o de unanimidades para la validez del veredicto de jurados. No se logra deducir algo similar de la redacción de los artículos referidos al instituto, ni en su parte dogmática (art. 24) ni en su parte orgánica (arts. 75, inc. 12 y 118), pues nada surge de su interpretación gramatical o literal, de la exégesis y nuda letra de la ley.

Sumado a ello, entendemos que una interpretación analógica que nos lleve a asimilar el sistema de mayorías establecido constitucionalmente para el juicio político con el sistema de mayorías de jurados no parece el camino adecuado.

Ello por dos razones: en primer lugar, porque dicha interpretación ya ha sido analizada por la CS en "Canales" y, pese a no haber sido expresamente descartada, tampoco fue recogida como guía constitucional. En segundo lugar, porque se trata de dos sistemas de enjuiciamiento con marcadas diferencias, tanto en sus formas como en sus fines, y asemejarlos resultaría antojadizo. No pareciera lógico asimilar la mera destitución de un funcionario público sujeto a juicio político con la posibilidad de condenar a una persona a prisión perpetua por un crimen grave (amén del sistema de garantías que impera en uno y en otro). Los estándares de rigurosidad no pueden ni deben ser los mismos en un sistema respetuoso del Estado de Derecho, menos aun si se llega a dicho puerto por simple analogía.

Por el contrario, sí podríamos encontrar algún vestigio o huella que nos oriente en el camino hacia la correcta inteligencia de la norma si realizamos una interpretación originalista e histórica de la CN. Pues, como sabemos, nuestro modelo constitucional tuvo en miras la Constitución Federal de 1787 y la Carta de Derechos de Estados Unidos de América de 1791. Así, resulta claro que nuestro modelo institucional —al menos en sus bases— tuvo una fuerte influencia del sistema presidencialista y juradista por entonces incipiente EE.UU. No obstante, debemos reconocer, no menos cierto es que ello no resulta vinculante para el legislador, pues el constituyente parece haber dejado librada la elección a la inteligencia y discrecionalidad del poder constituido. En igual sentido se expresa Binder en este punto, al afirmar que, si bien resulta evidente que los constituyentes tuvieron en miras el modelo estadounidense, cierto también es que ello no tiene efecto normativo (21). Claro está entonces, la interpretación histórica nos guiaría hacia el modelo estadounidense, y este exige la unanimidad.

Asimismo, resta la posibilidad de realizar una interpretación sistémica. De esta forma, Cristian Penna propone y sostiene sólidamente una lectura diferente. A criterio del autor, si bien la exigencia no se encuentra expresamente regulada en la CN, entiende que podría concluirse que la unanimidad es una garantía implícita en virtud del art. 33, CN. Y esto sería así porque se trata de una exigencia necesaria para la plena satisfacción de otras garantías inherentes a todo sistema republicano, como la garantía de deliberación y el principio de defensa. En este entendimiento, la deliberación sería un "mecanismo colectivo de construcción del veredicto" que se impone como garantía porque no existe un mejor método de "reaseguro de calidad" del proceso de toma de decisión. La deliberación como garantía y la exigencia de unanimidad como instrumento garantizador de una robusta deliberación (22).

III.3. Un análisis funcional de la cuestión

Por otro lado, amén de la previsión constitucional o no de la exigencia estudiada, resulta imperioso realizar un análisis funcional del asunto. Para ello, haremos una sucinta mención de algunos datos empíricos de los que disponemos sobre el tema.

Previamente, y a los fines de no relativizar el valor de los datos que expondremos, cabe resaltar que la

observación de los estudios empíricos resulta una experiencia sumamente enriquecedora para la determinación del modelo a adoptar. Más aún, si gozamos de la posibilidad de contemplar la experiencia y los estudios llevados a cabo por países con vasta tradición juradista. A tal punto ello es así, que incluso la Corte Suprema de Estados Unidos, para resolver la cuestión sobre el número de jurados necesarios y constitucionalmente válido para la conformación el jurado, puso especial atención en los estudios empíricos disponibles por entonces sobre la materia a decidir (23).

En esta dirección, en un trabajo realizado por investigadores de la Universidad de Compostela (Galicia, España), en el cual se organizaron jurados simulados con diferentes composiciones y mayorías, se comprobó que los jurados de 12 miembros regidos por la regla de unanimidad son los que mejor ejecución presentan. Así, los jurados unánimes favorecen el cambio de veredicto (con respecto al voto individual y previo a deliberar que se les solicitó que hicieran a tal efecto), pues se valen de la presión informativa y normativa para promover el cambio de veredicto y así llegar a la pretendida unanimidad.

Consecuentemente, los jurados no unánimes facilitan la congruencia (con el voto previo que se les solicitó). Ahora bien, también identificaron dos costes de la unanimidad: más jurados irresolubles y la conformidad (voto que se une a la mayoría pero que no se sostiene con posterioridad al veredicto o alberga dudas). Es cierto en este punto, que lo más conveniente es la conversión (cambio de opinión) y no la conformidad (adaptarse al grupo), especialmente por la posibilidad de conducir a error.

Por ello, en la misma línea de análisis, se proponen dos soluciones para mitigar la conformidad. Por un lado, la extrema necesidad de que el número de jurados sea de 12 miembros, pues sufre más presión una minoría de 1-6 que 2-12, por ejemplo. Por el otro, se propone la instrucción judicial a los jurados para que no se sometan a conformidad per se, favoreciendo la conversión. Finalmente, se aclara que la disminución de la tasa de irresolubilidad de jurados unánimes a mayoritarios es de solo un 5,6% a 3,6%. Y al tratarse de simulaciones, la irresolubilidad es mayor que la real porque se les ha solicitado un voto escrito previo (compromiso implícito), lo que dificulta el cambio de veredicto. De todas formas, el número de irresolubilidad puede disminuirse si se instruye al moderador para evitar estilos deliberativos negativos o agresivos (24).

De forma similar, otra investigación realizada en España con un grupo de 680 sujetos convocados y pertenecientes a la Comunidad Autónoma Gallega llega a resultados similares a los mencionados en los párrafos precedentes. Así, concluyen que los jurados unánimes conducen a deliberaciones más largas y más centradas en las pruebas y los hechos, pero no por ello más redundantes. Además, se comprobó que los jurados unánimes se guían por un criterio funcional en el que se analizan las dos versiones (proinocencia y proculpabilidad) acumulativamente y se resuelve en función del mayor ajuste. En los jurados mayoritarios, en cambio, decrece la calidad de la discusión, la deliberación se acorta y se detiene al alcanzar la mayoría. Se analiza menos la evidencia y se escucha menos a las minorías. Nuevamente, se reconoce que la unanimidad conlleva un mayor número de jurados irresolubles (25).

Aunado a lo anterior, se puede observar que Hendler, análogamente, se basa en estudios de investigación publicados en 1986 (26) para afirmar lo siguiente. Los experimentos dan cuenta que los jurados de 12 miembros que actúan bajo la consigna de unanimidad, en contraste con los que deciden por mayorías, deliberan por más tiempo y con mayor preocupación por las pruebas. Asimismo, las evaluaciones de los hechos y el derecho son más comprensivas, se observa una participación minoritaria más activa y, a su vez, mayor satisfacción con sus veredictos. Igual resultado se observó en jurados de 6 miembros con similares reglas, destacando que cuando actúan bajo el requisito de unanimidad el debate es más extenso y se destaca una mayor influencia de los disidentes (27).

El citado autor, refuerza su postura nuevamente con relación a la preferencia de la regla de unanimidad, basándose en los estudios empíricos realizados por la "American Bar Association" y en las experiencias de simulacro llevados a cabo en 1983 por Hastie, Penrod y Pennington (HASTIE, Reid - PENROD, Steven D. - PENNINGTON, Nancy, "La Institución del jurado en Estados Unidos. Sus Intimidades". Ed. Civitas, Madrid, 1987, ps. 340-341) (28) llegando a conclusiones similares a las mencionadas.

La doctrina, por su parte, es conteste en afirmar lo siguiente: la unanimidad potencia las voces de las minorías, mejora la calidad de la deliberación, favorece el control de los errores y sesgos individuales, profundiza la deliberación, refuerzo de las garantías, aumenta la motivación y promueve la autocrítica. Ahora bien, también debemos señalar, como contrapartida, un mayor número de jurados estancados o en suspenso, ergo, mayor dificultad de arribar a un veredicto.

En tal sentido, se puede hallar un importante estudio en la materia realizado en Estados Unidos y patrocinado por el Centro Nacional de Tribunales de los Estados (National center for state courts - NCSC) que se basó, en una primera etapa, en datos recopilados en los tribunales federales entre 1980 y 1987, y en tribunales

estaduales entre 1996 y 1998. En la segunda etapa se emplearon datos de diferentes condados y distritos entre 2000 y 2001. Sus conclusiones son útiles en cuanto destacan que la tasa de bloqueos en los tribunales federales es del 2%, mientras que en los tribunales estaduales de las grandes ciudades el número se incrementa al 6%. Las causales las ubican en torno a dos motivos en particular: la persecución de casos con carga probatoria relativamente ambigua (recordemos la discrecionalidad fiscal que opera en EE.UU.) y las acusaciones imputando cargos múltiples (29).

No es ocioso señalar, a su vez, el trabajo llevado a cabo por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) (30). En él, se destaca que, de los 173 juicios por jurados llevados a cabo en los primeros tres años de funcionamiento del instituto en la provincia de Buenos Aires, se registraron tan solo tres juicios estancados. Es decir, el número de jurados estancados alcanzó solo el 1,7%. No obstante, debemos remarcar que la unanimidad en dicha provincia se encuentra prevista de forma parcial, como más abajo explicamos.

IV. Algunas cuestiones por considerar

Del repaso doctrinal y jurisprudencial realizado, sumado a los datos señalados precedentemente, podemos plasmar algunas consideraciones y plantear ciertos interrogantes que surgen del mismo análisis. Su exposición, creemos, resulta útil a los efectos de incentivar el debate y la reflexión.

A priori, cabe recordar, con relación a la regulación de la exigencia de unanimidad en nuestro país, cuáles son las legislaciones locales que la prevén, ya sea de forma plena o parcial. Con parcial hacemos referencia a dos circunstancias: bien cuando se exige unanimidad solo para penas perpetuas, o bien cuando se la exige solo por determinado lapso temporal, pasado el cual se flexibiliza esta permitiendo alcanzar el veredicto por mayoría. En consecuencia, las legislaciones que lo prevén son las relativas a las provincias de Mendoza, Entre Ríos, Río Negro, Chaco, Buenos Aires y Chubut.

Un primer interrogante que surge de las legislaciones locales que instauran el juicio por jurados en nuestro país es el relativo a la falta de previsión del instituto en casos en que el fiscal solicite penas que oscilen entre los 3 y 15 años de prisión (el número puede variar según la legislación). Ello, puesto que —por lo general— establecen el jurado para delitos con penas superiores a dichos montos y no así para quienes se les solicite penas menores. No obstante, dicha ausencia puede comprenderse en orden a nuestra novel experiencia juradista y la necesidad de iniciarse en la práctica con un orden lógico, comenzando por los delitos de mayor gravedad. La práctica entonces, con gran probabilidad, irá afianzando la institución y permitiendo que se avance en estas cuestiones, para lo cual incluso se puedan evaluar sistemas menos rígidos en la conformación del jurado (no así respecto de la unanimidad).

Tampoco escapa a nuestra consideración la aparente incongruencia de ciertas legislaciones locales que prevén la unanimidad parcial, es decir, se regula la exigencia solo para los delitos que prevén pena de prisión perpetua. De esta forma, se permiten mayorías reducidas para delitos que, sin llegar a la perpetuidad, prevén escalas considerablemente elevadas. Esto no pareciera tener fundamento lógico si entendemos la unanimidad en el sentido tratado en el presente comentario. Ello, toda vez que, si bien la cantidad de pena varía temporalmente, el daño real infringido no pareciera ser distinto. De esta forma, se permite una mayor probabilidad de yerro (al relajar las exigencias) para los casos en que el fiscal solicite una pena superior a 15 años de prisión sin llegar a la perpetuidad, que para los casos en que sí se prevé la prisión perpetua.

Surge otro interrogante también en la doctrina, respecto de por qué se exige unanimidad a los jurados legos, siendo que para los jueces profesionales basta con 2/3 (y si observamos el máximo tribunal esto es aún más flexible). Pues aquí la cuestión se complejiza e involucra dos cuestiones básicas que hacen al sistema de garantías: el principio de inocencia y el derecho de defensa en juicio. En un juicio sustanciado por jueces profesionales, se exige la debida y suficiente fundamentación escrita a fin de ejercer el necesario contralor decisional posterior por parte del superior, quien realiza un control amplio de la resolución. Aquí, como vemos, se tolera la disidencia, porque sus decisiones basadas en el ejercicio lógico de la sana crítica son debidamente motivadas de forma expresa por los jueces, y luego podrán ser ampliamente revisadas por otro tribunal con competencia revisora.

En cambio, en el juicio sustanciado con jurados legos, el cual no permite la fundamentación expresa de sus decisiones (31), tolerar la disidencia implicaría un peligro indebido para los derechos del encausado (32). Entonces, al existir disidencia en la valoración de los hechos y la prueba sin motivación escrita ¿cuál es la postura adecuada? Alguien podría aventurar que la adecuada es la mayoritaria, pero "... el consenso democrático no puede funcionar como criterio de verdad fáctica para fundamentar la legitimidad jurisdiccional; sintéticamente: el principio de la mayoría, básico para el concepto de democracia, es inidóneo para definir la máxima básica... que preside la labor judicial" (33). En consecuencia, el hecho de que más sujetos apoyen tal

postura no garantiza su veracidad, pues, el debido proceso impone la necesidad de que la respuesta sea cualitativa y no cuantitativa (34). La unanimidad, entonces, impone la obligación de escuchar la disidencia, confrontar los argumentos y extender el debate tanto como sea necesario para conseguir el acuerdo de todos sus miembros. Mientras exista disidencia en el jurado, entiendo que el principio de inocencia estará en peligro, más de lo tolerable en un Estado de Derecho.

En esta dirección, otra cuestión inquietante en mi entender, la encontramos en el agravio realizado por el quejoso en el ya nombrado fallo "Canales", relativo a la violación al principio de igualdad ante la ley. Según sostuvo, se observa conculcado tal principio al permitirse en la ley neuquina la condena por mayorías de 8/12 mientras que en otras provincias se exige la unanimidad. Como hemos visto anteriormente, la CS, citando el precedente "Balado López", ha decidido que dicho principio no se ve conculcado por cuanto el ejercicio de las facultades provinciales de administrar justicia no importa un agravio en sí mismo y, además, no existe una asimetría tal entre las regulaciones locales que afecte las garantías constitucionales.

Sin embargo, basta un ejemplo para poner en crisis esta lógica argumental. Supongamos por un momento que la provincia de Buenos Aires fija una mayoría de 8/12 para alcanzar el veredicto de culpabilidad, mientras que la provincia de Santa Fe establece la exigencia de unanimidad. Así, una persona condenada en San Nicolás de los Arroyos (Buenos Aires) por una mayoría de 8/12, de haber sido juzgada en Rosario (Santa Fe) habría tenido un 33% más de probabilidad de resultar absuelta, a tan solo 72 km de distancia. En consecuencia, en vista de tal disparidad, creo necesario hallar un equilibrio entre el federalismo que asegura las autonomías provinciales y los derechos fundamentales de toda persona sujeta a un proceso penal. Sacrificar los derechos individuales en aras del federalismo no parece ajustarse a los estándares internacionales comprometidos.

De otra banda, pero en consonancia con lo que venimos relatando, cabe señalar una particular situación que expone la preocupación ciudadana sobre la temática. En el referéndum (instituto republicanamente sano previsto pero olvidado en nuestro país) llevado a cabo recientemente en el Estado de Louisiana, se obtuvo como resultado que el 66% de los ciudadanos se inclina por restablecer la unanimidad como exigencia para arribar a los veredictos en casos de delitos graves. De esta perspectiva se colige que dar participación ciudadana para la determinación de exigencias que afectarán seriamente sus derechos y garantías puede ser un camino por demás interesante y democráticamente saludable.

V. Conclusiones

Ciertamente, habrá oportunidad para que nuestro máximo tribunal pose nuevamente su mirada sobre la cuestión y se expida teniendo un panorama más extenso, con mayor experiencia en la materia y contando ya con una contundente mirada del Tribunal Superior de Estados Unidos.

Ahora bien, desde la perspectiva histórica estadounidense parece claro que tradicionalmente el jurado arribó a sus veredictos de manera unánime. No obstante, bien señala Schiavo en este punto y comparto, que si bien es posible sustentar el desapego a la tradición cuando se trata de adecuar una institución a las exigencias de la sociedad actual, no puede admitirse que ese ajuste se realice sacrificando los principios garantizadores de los derechos individuales (35).

La solución, entiendo, tiene origen constitucional y viene dada por la interpretación originalista e histórica de las cláusulas constitucionales, debiendo establecerse en consecuencia la obligatoriedad de la unanimidad como garantía esencial del juicio por jurados. Pues, como hemos visto, es evidente que nuestros constituyentes tuvieron en miras la Constitución Federal y la Carta de Derechos de Estados Unidos al instaurar el instituto. Y estos, han sostenido largamente y desde sus comienzos, que la exigencia de unanimidad es una garantía esencial del juicio por jurados (ahora, a partir de "Ramos", extensiva a los Estados). La falta de previsión constitucional expresa, explica acertadamente un sector doctrinal en consonancia con la mayoría en "Ramos", guarda relación con el largo apego a la tradición que corría especialmente es esos tiempos.

A su vez, la respuesta también vendría del lado de la interpretación sistémica, pues al considerarse una garantía esencial del instituto juradista, inherente a este, de protección y resguardo de otras garantías fundamentales del proceso (principio de inocencia, derecho de defensa en juicio, debido proceso e igualdad ante la ley), la exigencia garantizadora se encontraría implícita según lo normado en el art. 33 de la CN.

En esta inteligencia, la garantía esencial aludida, vincula a las provincias a través del art. 5º de la Ley Fundamental. Las unidades federativas, autónomas y preexistentes a la nación, si bien conservan sus facultades y sus derechos legítimos y no delegados al poder central, se encuentran limitadas por el piso mínimo de garantías por ellas establecido al conformar el gobierno federal. Por ello, cada gobierno local dicta su Constitución Provincial con arreglo a los principios, declaraciones y garantías establecidos en la Constitución Nacional (art. 5º, CN). De la misma manera que las provincias se encuentran constreñidas a garantizar el instituto juradista (36), también lo están respecto de un requisito esencial de este, la unanimidad.

De juzgarse lo contrario, es decir, sostener una tesis contraria a la que aquí se propicia y de mantenerse el criterio "Canales", entiendo que recurrir —tal como propone un sector doctrinal— a una ley marco que fije y unifique determinados requisitos básicos del instituto, podría lesionar seriamente las autonomías provinciales.

Huelga recordar, que de mantenerse el statu quo, quedaría entonces —como bien advirtió la CS en "Canales"— en poder de las legislaturas locales la decisión de adoptar tal o cual sistema de mayorías, tropezando tal vez con ciertas desigualdades determinadas según el lugar del hecho. Estas, sin embargo, entiende nuestro máximo tribunal, no generan una asimetría tal que comprometa o conculque los derechos del encausado.

Siendo este el camino, librado a las voluntades locales y para el caso que estas opten por regular el sistema de mayorías no unánimes para evitar los jurados bloqueados y facilitar los veredictos (aunque las tasas de bloqueos no lo justifiquen), resulta interesante entonces analizar la variable de algunas legislaciones que establecen la posibilidad de flexibilizar la exigencia transcurrido cierto tiempo. De esta forma, se regula la unanimidad como regla, pero se establece la posibilidad de que transcurrido cierto lapso considerable sin alcanzar un veredicto (p. ej., cuatro horas), dicha exigencia se relaje aceptando uno o dos jurados disidentes. Para ello, también se recomienda que sea el mismo jurado el que salga de la sala de debate y exponga la dificultad insuperable de alcanzar unanimidad, solicitando entonces su flexibilización.

(*) Abogado por la Universidad Abierta Interamericana. Maestrando en Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires).

(1) Ver "Thompson vs. Utah", 170 U. S. 343, 351; "Patton vs. Estados Unidos", 281 U. S. 276, 288.

(2) Ver "Duncan vs. Louisiana", 391 U. S. 145, 148—150.

(3) Ver "Apodaca vs. Oregon", 406 U. S. 404.

(4) Ver "Johnson vs. Louisiana", 406 U. S. 356.

(5) Ver "Maxwell vs. Dow", 176 US 581, 586.

(6) La idea de que un derecho puede significar dos cosas distintas dependiendo de si se la invoca contra el gobierno federal o estadual.

(7) Ver "Malloy vs. Hogan", 378 U. S. 1, 10-11.

(8) La excepción, en el caso de Louisiana, data del año 1898. En el caso de Oregon, la misma comenzó en la década de 1930.

(9) TSEUA, caso "Teague vs. Lane", 489 U.S. 288, 311-312 (1989).

(10) Prácticas comúnmente utilizadas para disminuir o bloquear la participación de las minorías raciales, étnicas o religiosas en el ejercicio de sus derechos políticos (v.gr., la división estratégica de los distritos según la conformación de la demografía racial).

(11) Según la regla Marks, cuando un tribunal fragmentado decide un caso y no existe una justificación única que explique que el resultado goza del consentimiento de cinco jueces, la celebración del tribunal puede ser vista como aquella posición adoptada por aquellos miembros que concordaron en la sentencia en los terrenos más estrechos.

(12) Como bien explica el juez Kavanaugh en su voto concurrente, deriva de la máxima latina "stare decisis et non quieta movere", que significa defender lo decidido y no perturbar la calma. A su vez, en un voto interesante cuya lectura se recomienda, establece y enumera siete requisitos necesarios que se deben dar para que el stare decisis ceda.

(13) De los 35 miembros que conforman la Organización de Estados Americanos, unos 21 Estados prevén el juicio por jurados, siendo el modelo clásico el más utilizado en la región (ver Corte IDH, caso "V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua", sentencia del 8 de marzo de 2018, p. 65).

(14) TEDH, caso "Taxquet vs. Bélgica" [GS], 926/05. Sentencia del 16 de noviembre de 2010.

(15) Corte IDH, caso "V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua", sentencia del 8 de marzo de 2018, p. 75.

(16) Ver CS en fallo "Loveira" 115:92 de 1911; fallo "Ministerio Público Fiscal" 165:258 de 1932; fallo "Tribuna Democrática", 208:21 de 1947 y fallo "Davis Tiffemberg" 208:225 de 1947.

(17) CS, fallo "Canales, Mariano E. y otro", 461/2016/RH1. Sentencia del 2 de mayo de 2019, p. 19.

(18) Ibidem, ps. 18-9.

(19) CS en causa "Balado López, Haroldo c. Provincia de Buenos Aires", Fallos 205:60.

(20) MAIER, J. B., "Derecho Procesal Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, t. I Fundamentos, Juicio por Jurados, p. 776.

(21) Ver BINDER, Alberto M., "Introducción al derecho procesal penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, 2ª ed., p. 111.

(22) Ver PENNA, Cristian, "Primer paso de la Corte Suprema de Justicia hacia la consolidación del juicio por jurados", Revista La Ley: ed. especial: juicio por jurados, Buenos Aires, 26/06/2019, p. 16.

(23) Ver SCHIAVO, N., "El juicio por jurados. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p. 109 in fine.

(24) Ver ARCE, R. - FARIÑA, F. - REAL, S., "Jurados: de su composición y sus efectos en la toma de decisión grupal", disponible online en https://www.usc.gal.

(25) Ver FARIÑA, F. - ARCE, R. - VILA, C., "Efectos de la composición del jurado en los estilos deliberativos, análisis cognitivo y de contenido de la deliberación", Anuario de Psicología, vol. 30. Facultad de Psicología de la Universidad de Barcelona, 1999.

(26) HANS - VIDMAR, "Judging the Jury", ob. cit., ps. 171-175.

(27) Ver HENDLER, Edmundo S., "El juicio por jurados: Significados, genealogías, incógnitas", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, 1ª ed., ps. 118 y ss.

(28) Ibidem ps. 119-20.

(29) Ibidem p. 124 in fine.

(30) Ver PORTERIE, S. - ROMANO, A., "El Poder del Jurados. Descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires", Ediciones del INECIP, CABA, 2018, p. 33.

(31) Aunque como bien explicó la Corte IDH en "V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua" y la CS en "Canales", los veredictos encuentran fundamento en el curso lógico de la decisión, en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia. Así, un veredicto de culpabilidad encontrará fundamento lógico en los hechos y las pruebas expuestas por el fiscal, cuyo veredicto no hace más que confirmar la acusación.

(32) Piénsese, p. ej., en la ley neuquina que permite hasta cuatro disidentes.

(33) MAIER, ob. cit., p. 787.

(34) PENNA, ob. cit., p. 17.

(35) SCHIAVO, ob. cit., p. 98.

(36) MAIER, ob. cit., p. 792.

Anexo 48

LA CORTE SUPREMA ALZÓ LA VOZ EN FAVOR DEL JUICIO POR JURADOS: PRIMERAS IMPRESIONES DEL FALLO EN EL CASO "CANALES"*

JORGE A. SANDRO

I. *Introducción*

Después de un siglo y medio de la organización constitucional de la Nación (1860) la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un caso penal terminado con juicio por jurados, tal como impuso, desde sus orígenes, la Constitución del Estado para los crímenes ordinarios (hoy arts. 24, 75 inc. 12, y 118, C.N.).

La tesitura que sostuvo la mora intolerable en el establecimiento del sistema —producto de la desidia cultural e institucional de los detractores y estamentos del poder— comenzó a vacilar, como ha ocurrido siempre respecto a la reforma procesal penal, por obra de la actividad doctrinal y legislativa de las provincias argentinas. Justamente el juicio por jurados de "Canales" se celebró en la provincia del Neuquén y culminó con la condena de dos personas, por delito de homicidio agravado, a la pena de prisión perpetua.

Tras cumplir las revisiones locales por apelaciones de la defensa se dedujo un recurso extraordinario federal, declarado inadmisible, que dio motivo a la queja tratada por la Corte nacional. El análisis siguiente se refiere a la opinión de la mayoría, representada por el voto común de los jueces Lorenzetti y Maqueda más el voto concurrente del juez Rosatti. Respeta el orden del tratamiento, con

* Publicado originalmente en *LL*, 26/6/2019, con breves diferencias de redacción.

la salvedad de que se ha prescindido de las opiniones *obiter dictum* para mantener los límites del litigio.

2. *Los agravios y la respuesta de la Corte*

2.1. La ley *posterior* al hecho del proceso

La primera cuestión se refiere a la denuncia de infracción a la garantía del *juez natural*, porque se aplicó al caso la ley provincial 2784 que prevé el juicio por jurado popular y entró en vigencia durante el trámite de la causa *(ex post facto)*.

En este punto la respuesta de la Corte se ha ceñido a su propia doctrina estable en la materia: "Las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a las causas pendientes"; "no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado régimen procesal, pues las normas de procedimiento y jurisdicción son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir delitos"; el anatema del art. 18 de la C.N. que impide ser "sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa" no incide en tales modificaciones, sin perjuicio de la validez de los actos procesales ya cumplidos.

La explicación no es, empero, suficiente. La frase inicial del art. 18 de la C.N. exige, como condición *formal* de la punibilidad, un "juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso". La opinión común sostiene que allí se contempla el *principio de legalidad* de los delitos y de las penas que, en verdad, no figura escrito en la cláusula,[1] más bien referida literalmente a la necesidad de que la ley que funda (establece) el "juicio previo" sea "anterior al hecho del proceso". En ese entendimiento "juicio previo" equivale, sencillamente, a "proceso".

Esto significa que el rendimiento del texto incluye el *principio de legalidad procesal penal* y entonces —como regla— la prohibición de la *retroactividad* procesal penal.[2] La hermenéutica estricta atenta, pues, contra la conclusión opuesta del fallo "Canales" que no ha considerado íntegramente el canon constitucional.

[1] Se trata de una inferencia que no es pertinente debatir en esta ocasión.

[2] Conf., ZAFFARONI, E. Raúl: *Tratado de derecho penal*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1980, p. 131; ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro: *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2011, p. 112; BINDER, Alberto M.: *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, pp. 115 y 133.

Otra omisión complementaria agudiza el estado crítico del tema. Sucede que uno de los pactos internacionales del Estado impone, en igual sentido, el enjuiciamiento penal por un juez o tribunal "establecido con anterioridad por la ley" (CADH, 8, 1). Sin embargo, para la Corte rige plenamente el principio de irretroactividad penal pero no el de irretroactividad procesal penal, distinción que la teoría estima discutible.[3]

Es claro, ante todo, que aquí no está cuestionado el sistema del juicio por jurados sino específicamente la solución de un caso de sucesión de leyes procesales en el tiempo y con relación directa a la competencia judicial. A ese efecto conviene advertir que la segunda frase del art. 18 de la C.N. veda el juzgamiento por "comisiones especiales" y, por último, la tercera frase de la oración de apertura alude a la estabilidad de los jueces emplazados legalmente "antes del hecho de la causa". Tal, la garantía del *juez natural* que obstruye la instauración de "tribunales *ad hoc*, creados *para* el caso o *para* la persona a juzgar".[4]

A esta altura la doctrina invocada por la Corte ha recibido los embates de las "palabras de la ley" y hay que ver, a continuación, si es posible aceptarla con ciertas reservas o aclaraciones suficientes. Sin duda, las disposiciones contenidas en la primera oración del art. 18 de la C.N. deben ser interpretadas como reglas que admiten excepciones. Hay, pues:[5]

a) *Excepciones subjetivas:* v. gr., reemplazo del juez por circunstancias impedientes.

b) *Excepciones objetivas:* v. gr., modificación general de la competencia judicial, siempre que excluya toda sospecha de funcionamiento de una comisión especial, de un magistrado de ocasión, del desvío legislativo ilegítimo para sustraer ciertas causas al juez preexistente o una desfiguración del órgano que altere su funcionamiento neutral e independiente.

[3] Conf. SAGÜÉS, Néstor P.: *Elementos de derecho constitucional*, t. 2, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 613.

[4] MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 721.

[5] SAGÜÉS: ob. cit., pp. 639 y ss.

Como cláusula de cierre hay que evitar, por consecuencia del principio básico de irretroactividad, toda aplicación procesal nueva que perjudique *(in malam partem)* los derechos y garantías del imputado en el proceso penal (v. gr., agravamiento de las medidas de coerción).[6] A la inversa, se admite la aplicación retroactiva de la ley procesal más favorable *(in bonam partem)* entendida como "aquella que fortalece el sentido político-criminal del proceso tal como ha sido previsto en la Constitución".[7]

Bajo ese argumento nadie puede decir que la aplicación inmediata del sistema de enjuiciamiento impuesto por la propia Constitución Nacional (jurados), eminentemente republicano y respetuoso al extremo de las garantías, produzca algún daño o riesgo al principio de *legalidad procesal penal* o al del *juez natural*. Máxime porque el fallo de la Corte no menciona la existencia de agravios que demuestren cómo o de qué forma la transformación del sistema de justicia habría conculcado un derecho o garantía individual.

Hay que coincidir, según las circunstancias, con el criterio adoptado en este aspecto por la Corte.

2.2. La competencia legislativa para establecer el juicio por jurados

A. Ha dicho el apelante que la ley provincial de juicio por jurados es inconstitucional porque la materia es una competencia exclusiva del Congreso nacional conforme a las cláusulas que la rigen.

La opinión de la Corte, nuevamente adversa al agravio, parte de las consideraciones siguientes:

i) la organización de la administración de justicia es facultad no delegada por las provincias al gobierno nacional (arts. 5°, 121, 122 y 123, C.N.) y, en consecuencia, "la tramitación de los juicios es de su incumbencia exclusiva";[8]

ii) la formulación normativa no indica que las provincias hayan aceptado una excepción atinente al juicio por jurados

[6] Coincidente en la solución específica MAIER: ob. cit., p. 231, aunque parte de una premisa antagónica: la permisión genérica de la ley procesal penal retroactiva.

[7] BINDER: ob. cit., p. 137 (alude, naturalmente, al juicio por jurados).

[8] El voto concurrente hace notar que igual facultad corresponde a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129, C.N.).

ni tampoco que la Constitución Nacional otorgue dicha regulación con exclusividad al Congreso nacional;

iii) en particular, que el art. 75, inc. 12 de la C.N. relativo a la competencia para legislar en materia penal incluye la reserva expresa de incolumidad de las jurisdicciones locales y la legislación relativa al juicio por jurados que cita el inciso está prevista para los casos que son de competencia del Poder Judicial de la Nación (art. 118, C.N.);

iv) es decir, la Constitución le ha otorgado competencia al Congreso federal para legislar sobre juicio por jurados (solo) "en el ámbito nacional";

v) corrobra esa conclusión el art. 126 de la C.N. ("contrapunto" del art. 75, inc. 12, C.N.), que enumera las facultades sí delegadas a la Nación pero "no incluye la prohibición de las provincias de legislar en materia de juicio por jurados";

vi) se concluye que la ley provincial 2784 fue dictada en ejercicio de facultades reservadas y no delegadas a la Nación.

B. La cuestión resuelta por la Corte fue introducida, hace años, en la teoría constitucional. Néstor Sagüés observó que el art. 75, inc. 12 de la C.N. indica al Congreso nacional dictar "especialmente" "leyes *generales* para *toda* la Nación[9] sobre [...] y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados". De allí dedujo que "el Poder Legislativo debía dictar una ley con vigencia en todo el país [...] para juzgar por jurados a las causas penales" e, incluso, que la disposición parece "programar una ley federal, con tribunales eventualmente también federales, sobre dichos jurados".[10]

Una idea similar defiende Julio Maier para quien el texto del citado inc. 12 determina que la ley de juicio por jurados es una de las "leyes *generales* para *toda* la Nación", igual que las de bancarrotas, naturalización y ciudadanía, falsificación de moneda y documentos públicos del Estado también mentadas por esa cláusula. Se trataría, en franca oposición a la tesitura de la Corte en "Canales", de un poder legislativo delegado expresamente por las provincias al gobierno federal.

Las consecuencias prácticas de la disidencia son:

i) El Congreso nacional debe dictar una "ley (nacional) marco" que reglamente la forma y estructura del juicio por jurados.

[9] El resaltado es nuestro.

[10] SAGÜÉS: ob. cit., t. 1, p. 514.

ii) los tribunales y su administración permanecerían en jurisdicción provincial, salvo los casos de competencia federal.[11]

C. El diferendo no es trivial porque la decisión que se adopte tendrá una influencia directa sobre la validez de las sentencias dictadas, hasta el momento, por las provincias que adoptaron *per se* el juicio por jurados en contraste con la pasividad del Congreso nacional. Y al margen de la atención utilitaria es necesario definir con argumento plausible la alta cuestión institucional que subyace tras el problema de las competencias legislativas estatales. La historia de nuestro país está marcada, precisamente, por ácidas disputas sobre el balance necesario del principio federal (art. 1°, C.N.).

La Constitución Nacional tiene que revelar, por tanto, la solución. El art. 5° de la C.N. introduce dos premisas básicas:

i) Las provincias deben respetar los "principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional"; además,

ii) deben asegurar su "administración de justicia".

Como es obvio, el sistema de enjuiciamiento forma parte de la competencia local indicada en el ítem *ii)* así que el jurado —un subsistema de justicia— pertenece, en su ámbito territorial, a la jurisdicción de cada provincia (salvo competencia federal). La orden de establecer el juicio por jurados (art. 24, C.N.) integra, a su vez, el capítulo titulado en el ítem *i)*, que las provincias tienen que acatar a través de sus legislaturas particulares. No podrían hacerlo si les faltara la competencia que la tesis crítica (acápite B) trata de negarles.

Las disposiciones de los arts. 121, 122 y 123 de la C.N. sobre los poderes de las provincias confirman el resultado y hay que sumar la regla del art. 125 de la C.N., que les atribuye la facultad de "celebrar tratados parciales para fines de *administración de justicia*",[12] disponibilidad inconcebible sin admitir el señorío sobre la función legislativa procesal y sus normas jurídicas de configuración e implementación.

Es por ese motivo, en fin, que el art. 118 de la C.N. incluido en el capítulo de las atribuciones del Poder Judicial de la Nación deja reserva expresa en cuanto a que todos los juicios criminales ordinarios "se terminarán por jurados [...] en la misma *provincia* donde se hubiera cometido el delito", aclaración oportuna para impedir que se reduzca el ámbito de validez territorial y material del

[11] MAIER: ob. cit., p. 749.

[12] El resaltado es nuestro.

mandato a los dominios de la justicia nacional. No se trata de una novedad científica y la doctrina ilustre encarnada por Joaquín V. González lo ha explicado con verbo inmejorable: "Por eso ordena [la Constitución] que tales juicios sean *locales* y que han de *terminarse* en las respectivas provincias, las cuales fijarían sus formas y procedimientos, como materia de su propio derecho interno [...]. Pero es indudable que también comprende la cláusula, como facultad propia del Congreso, el establecimiento del jurado para los delitos que se cometan en todo el territorio de la Capital de la Nación, y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión de cualquiera de las provincias".[13]

La última reflexión coincide con un argumento valioso de la Corte. Se trata del cotejo entre los arts. 75, inc. 12, y 126 de la C.N. El primero detalla la legislación *general* a dictar por el Congreso para *toda* la Nación y menciona en el párrafo final "el establecimiento del juicio por jurados"; no obstante, la cláusula declara vedado que tales códigos[14] "alteren las jurisdicciones locales", límite impuesto a *toda* la legislación *general* de la Nación y con mayor razón al reglamento del juicio por jurados predestinado por subordinación al art. 5° de la C.N.

Esta interpretación coincide con el "contrapunto" del art. 126 de la C.N., que enumera los poderes delegados a la Nación y ¡no menciona en absoluto el juicio por jurados![15] La coordinación de las dos disposiciones que actúan "por espejo" deslinda los poderes legislativos estatales, en forma que la temática del jurado queda a cargo de la Nación o la provincia "según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones" (inc. 12, cit.).

La relativa ambigüedad de ese inciso, que permitió la intelección de Sagüés-Maier, se aclara por la correcta diferenciación de las competencias. La tesis de la Corte responde a la lectura integral y armónica de las reglas constitucionales aplicables que permite desechar, adicionalmente, la alternativa sugerida en el voto concurrente en cuanto a que la competencia provincial sobre jurados pudiera ser una "atribución transitoria" hasta que el Congreso nacional trate la cuestión.

[13] GONZÁLEZ, Joaquín V.: *Manual de la Constitución Argentina*, 15ª ed., Ángel Estrada, Buenos Aires, 1951, p. 639.

[14] Calificativo aplicable al conjunto de los (sub) sistemas legislativos del inc. 12.

[15] La delegación tiene que ser *expresa*.

Por otra parte, la actitud legislativa más reciente también confirma el criterio de "Canales". El Congreso nacional ha dictado la ley 27.063 que aprueba un Código Procesal Penal de la Nación, pronto reformado con el título de Código Procesal Penal Federal (ley 27.482), y prevé una ley interna de jurados (art. 249) limitada al ámbito nacional/federal e inaplicable, a futuro, en las jurisdicciones locales. Los actos propios de la legislatura tienen, evidentemente, sentido favorable a la posición de la Corte.

En síntesis, la ley provincial 2784 procede —como asevera el fallo— de facultades reservadas y no delegadas a la Nación.

2.3. El juzgamiento obligatorio por jurados vs. el derecho del imputado a su renuncia

La ubicación del art. 24 de la C.N. en el texto de la ley suprema (Capítulo Primero) dio lugar a que el recurso extraordinario objete el juzgamiento *obligatorio* por jurados establecido en la ley local para delitos de cierta naturaleza y penalidad, ya que la disposición afectaría el *derecho individual* del imputado a *renunciarlo*.

De modo sumario, aunque con citas históricas extensas, la Corte respondió que la "pretensión de disponibilidad" del juicio por jurados no fue invocado "como un *resguardo* relativo al *modo* de juzgamiento" y, en tales condiciones, es insuficiente para determinar que lo dispuesto por los arts. 5° y 24 de la C.N. avale la invalidez de la ley que dispuso el juzgamiento obligatorio por esa vía. Concretamente, el agravio no demuestra que la imposición hubiere implicado "desconocer o alterar" las garantías individuales que la provincia tiene la obligación primordial de atender. La inexistencia de un derecho legal a renunciar al juicio por jurados no es inconstitucional.

La revisión de la queja y el fallo remite a dilucidar dos interrogantes conexos,

i) ¿qué clase de hechos penales están sometidos por la Constitución al jurado?, y

ii) ¿el juicio por jurados es obligatorio o hay una garantía constitucional que permita la renuncia?

La pregunta inicial tiene, al momento, una respuesta abierta: el art. 118 de la C.N. dice que se ha de terminar por jurados "los juicios *criminales* ordinarios", pero no existe en la ley suprema o en la legislación penal material una regla que permita distinguir entre crímenes, delitos y contravenciones o faltas. En esas condiciones

rige el art. 126 de la C.N. que permite a las provincias legislar en cuestión penal mientras el Congreso nacional no lo haga y es válido que las legislaturas locales momentáneamente identifiquen, por la naturaleza y/o punibilidad del hecho, aquello que se estima *criminal* para definir la aplicación del enjuiciamiento por jurados. Sin embargo, se trata de un estándar que requiere uniformidad nacional a la brevedad posible y, cuando llegue el momento, convendría mantener en un nivel alto de punibilidad.[16]

El segundo interrogante es textualmente más sencillo. El art. 24 de la C.N. impone, a través del mandato, la *obligación* del Congreso nacional de establecer el juicio por jurados que vincula, por carácter transitivo, a las provincias (art. 5°, C.N.). El art. 118 de la C.N. aclara, también imperativamente, que "todos" los juicios criminales ordinarios "se terminarán" con ese procedimiento, incluso los que corresponden a la provincia donde se cometió el delito.

El sistema se integra, pues, con una tríada prescriptiva que se ajusta al título y contenido de la Primera Parte, Capítulo Primero, de la Constitución Nacional:

a) la *declaración* institucional obligatoria dirigida al Estado (nacional/provincial),

b) cuyo objeto es habilitar el "*derecho* de la ciudadanía a intervenir directamente en las decisiones de la justicia",[17]

c) y asegurar la *garantía* del juicio por jurados a todas las personas acusadas de crímenes ordinarios.

Ese análisis apoya la conclusión de que el juicio por jurados es constitucionalmente *obligatorio* para el universo de los destinatarios y que la *garantía individual* implícita consiste, realmente, en la facultad del imputado de elegir/exigir su funcionamiento dentro de las condiciones operativas establecidas por la ley (la garantía *es* el juicio por jurados).[18]

[16] El límite por adoptar es debatido entre los partidarios del jurado.

[17] HARFUCH, Andrés: *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, Ad-Hoc Buenos Aires, 2013, p. 134 (el resaltado es nuestro); íd., voto concurrente del fallo "Canales".

[18] Por ese motivo es inconstitucional la última regla del art. 22 bis del CPP de la provincia de Buenos Aires, que en caso de pluralidad de imputados excluye la integración del tribunal de jurados por la renuncia de uno solo de ellos.

No existe, al contrario, la hipotética "garantía" constitucional de *renunciar* a su aplicación aunque la práctica esté muy difundida.[19] Es más, el vocabulario legal drástico produce una fuerte sospecha de inconstitucionalidad respecto a las cláusulas locales que, por concesiones del gradualismo, otorgan la opción de esa índole. La doctrina del caso "Canales", al negar entidad a un "derecho a la renuncia", puede representar el primer atisbo de la enmienda conveniente.

2.4. El veredicto de culpabilidad: ¿mayoría especial o unanimidad?

Otra impugnación se dirige a la *mayoría especial* establecida por la ley provincial 2784 (art. 207) para dictar veredicto de culpabilidad (mínimo 8 votos de 12, o sea, 2/3), atacada por estimársela contraria al estado de inocencia y el principio de igualdad ante la ley.

La refutación de la Corte destaca que no existe un mandato constitucional que fije el número de votos necesario para decidir la culpabilidad por parte del jurado, aunque sí hay una regla de 2/3 de votos por la culpabilidad en el procedimiento de juicio político (art. 59, C.N.), que se puede aceptar como referencia. El proceso deliberativo que culmina con el veredicto de 8 votos "no luce irrazonable" y el estado de inocencia no depende de la ("mera") interferencia de votos disidentes en una etapa anterior a la sentencia de la Corte. Por otra parte, la existencia de opiniones doctrinales en favor de la *unanimidad* del veredicto no es suficiente para fundamentar una declaración de inconstitucionalidad.

Este bloque tiene un acierto inicial visible, que puede reforzarse con un dato introducido por el voto concurrente. Si el juicio hubiera tramitado ante un tribunal colegiado de 3 jueces profesionales —como quería el apelante— la decisión se podría haber adoptado, en términos porcentuales, por igual mayoría (2 votos sobre 3, o sea, 2/3 [ley 2784, arts. 34 y 193]). En definitiva, la regla estable de decisión utilizada por los tribunales de enjuiciamiento ordinario no tiene por qué transformarse en inconstitucional si se trata de adaptarla numéricamente al veredicto del juicio por jurados.

Hay que plantear, empero, una reserva clave. El hecho de la validez constitucional de la norma no la convierte necesariamente

[19] Rectifico, en este punto, una opinión anterior contraria aceptada por influencia del modelo de jurado imperante en los Estados Unidos (que admite la renuncia).

en la mejor. La opinión dominante entre los especialistas sostiene enfáticamente la superioridad de la regla de *unanimidad* del veredicto, sea para declarar la culpabilidad o negarla, y la intensidad del lema "Veredicto unánime y juicio por jurados son sinónimos"[20] obliga, de *lege ferenda*, a una profunda reflexión.

No admite la Corte, en otro aspecto, que la diferencia entre la ley del Neuquén y otras legislaciones provinciales con mayorías distintas o requerimiento de *unanimidad* afecte el principio de igualdad ante la ley (art. 16, C.N.). La "asimetría" no se estima significativa y, en última instancia, "las distintas regulaciones procesales [...] son consecuencia directa del sistema federal". La diversidad procesal característica de las autonomías locales —digo— no es agobiante ni dañina y refleja la idiosincrasia propia de cada región poblada por el "habitante de la Nación" (art. 18, C.N.), que debe mantenerse, acorde a los términos de "Canales", para evitar conflictos entre el poder central y las competencias provinciales.

El último problema del litigio es, posiblemente, aquel que denota con mayor claridad la incomprensión del sistema de juicio por jurados. El recurrente insiste en que, al no exigirse la unanimidad, la emisión del veredicto sin expresión de fundamentos perjudica la posibilidad de impugnarlo ulteriormente.

Para desechar el agravio la Corte desarrolla un extenso relato (común a los 3 votos de la mayoría) que evalúa, histórica/políticamente, el proceso de motivación de los jueces profesionales y de los jurados populares. Allí reitera una observación elemental: "la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos", que invoca con la cita de precedentes internacionales pero, lamentablemente, termina con un yerro cuando asevera "pese a la ausencia de fundamentación escrita es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado".

No se ha notado que, por su naturaleza, el veredicto en sí es *irrecurrible* (no se lo cuestiona) y por tanto a los fines de revisión no importa en absoluto el número de votantes por la culpabilidad o la ausencia de exteriorización de los motivos (íntima convicción). El imputado o su defensa están habilitados, en cambio, para el control amplio de la *sentencia condenatoria* dictada por el juez que suma las

[20] HARFUCH, Andrés: *El veredicto del jurado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, pp. 451 y ss.

Anexo 49

FALLO "CANALES" DE LA CSJN. EL DEFINITIVO ESTATUS CONSTITUCIONAL DEL JUICIO POR JURADOS

ANDRÉS HARFUCH*

Introducción

El fallo "Canales" de la CSJN trató varios agravios relativos al jurado. Por una cuestión de extensión y, debido a que fueron tratados a fondo por otros lúcidos comentarios, analizaré solo dos. Ello es así porque son los únicos que hacen a la estructura esencial del juicio por jurados. Hablaré entonces de la inmotivación del veredicto y la unanimidad.

1. *Los fallos y su tiempo: de "Duncan vs. Louisiana" a "Canales vs. Neuquén"*

Corría el año 1968. El mundo estaba en ebullición como nunca antes. No alcanzan los dedos de la mano para describir los eventos más impactantes sucedidos en ese año.

Por cierto que los sucesos de 1968 marcaron a fuego a los tiempos por venir: la Era de Acuario, los Beatles, Bob Dylan, los Rolling Stones, el Movimiento Hippie, la contracultura, la Nueva Conciencia, la Opción por los Pobres de la Iglesia, la lucha armada, el Mayo Francés, la Primavera de Praga, la masacre de los estudiantes

* Doctor en Derecho y Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA) y Vicepresidente de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados.

en Tlatelolco, el Black Power en las Olimpíadas de México, la CGT de los Argentinos, etcétera.

En los Estados Unidos, en particular, 1968 será por siempre recordado debido a que varios movimientos sociales y políticos llegaron a su clímax: la oposición de millones de norteamericanos a la Guerra de Vietnam terminó en una masacre en la Convención Nacional del Partido Demócrata en Chicago. En noviembre, fue asesinado el candidato a presidente por el Partido Demócrata, Bobby Kennedy.

Finalmente, el 4 de abril, en Memphis, Tennessee, una bala artera surcó los aires y acabó con la vida del Reverendo Martin Luther King, el líder del Movimiento de los Derechos Civiles por la igualdad de las minorías y de los afroamericanos.

No había sosiego ante semejante convulsión.

Solo en ese contexto irrepetible puede entenderse uno de los fallos más importantes del juicio por jurados de toda la historia. Que fue emitido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos el 20 de mayo de 1968 y se llamó "Duncan vs. Louisiana", 391 U.S. 145 (1968). No hay manera alguna de "leer" este extraordinario *leading case* sin comprender el convulsionado tiempo en que vio la luz.

Duncan, un adolescente afroamericano de 18 años, fue acusado en 1966 de agredir a un joven blanco que estaba —con sus cuatro amigos blancos del colegio— hostigando al primo de Duncan, de 14 años, al costado de la carretera. Cuando Duncan pasa con su auto y ve la escena, se baja a separar, rescata a su primo y, en el medio de la trifulca, presuntamente le aplica un sopapo a uno de los chicos blancos.

Todo terminó allí y Duncan se fue con su primo. Pero los chicos blancos lo denunciaron ante el *sheriff* y Duncan fue procesado por el delito de agresión simple, un delito correccional punible con un máximo de dos años de prisión y una multa de u$s 300.

Claro que el hecho excedía el de un cachetazo entre adolescentes sin mayores consecuencias. Sucedió en Louisiana. Se decidió en 1968. En el corazón racista y esclavista de los Estados Unidos. En la cuna del *Ku Klux Klan*. A solo 40 días del asesinato del líder pacifista Martin Luther King. Al calor de las marchas de protesta masivas que movilizaron a millones de estadounidenses contra la Guerra de Vietnam y el racismo segregacionista del Sur.

Martin Luther King había conseguido pacíficamente, en los primeros años de los 60, que se terminara la segregación racial en colegios, autobuses, restaurantes, baños públicos y espectáculos. Su infalible método fue la Desobediencia Civil. Triunfó y le dio un ejemplo a la humanidad. *Pero la oposición de los blancos sureños fue feroz.* No podían tolerar que, después de 350 años de segregación, un negro pudiera estar sentado al lado suyo en "sus" cines, museos, bares, escuelas o teatros.

Para darnos una idea, en 1964 Los Beatles decidieron no salir a tocar en el *Gator Bowl* de Jacksonville, Florida, cuando se enteraron que por ley estatal el concierto debía ser segregado. "Jamás en nuestra vida tocamos ante audiencias segregadas y menos lo vamos a hacer ahora," dijo John Lennon. "No me importa perder la plata."

Finalmente, el gobernador tuvo que ceder y los genios de Liverpool tocaron ante una audiencia multirracial. Por primera vez, sin *apartheid*. En medio de una extraña sensación de libertad para los jovencitos afroamericanos que asistieron. La actriz Whoopi Goldberg, de solo 15 años, recuerda emocionada la historia en un extraordinario y reciente documental.[1]

Así estaban las cosas. Entre 1963 y 1968 hubo muertos, heridos, incendios y golpizas en patotas por doquier. Las peleas y hostigamiento de chicos blancos hacia los negros a la salida de las escuelas recientemente "desegregadas" eran moneda corriente. Fue por eso que el joven Duncan paró su auto para rescatar a su pequeño primo. Ese era el dramático trasfondo social y político del caso.

La Corte Suprema de Justicia supo que tenía que alzar su voz. Que era imposible permanecer en silencio mientras el país se incendiaba. *Una Corte que, además, necesitaba desesperadamente enmendar su propia y triste historia con las minorías afroamericanas.*

La Corte Suprema de los Estados Unidos cargaba sobre sí un inocultable y oprobioso pasado al tratar con la esclavitud y la segregación racial. Al punto tal que el fallo más vergonzoso de toda su historia fue la chispa que desencadenó la sangrienta Guerra de Secesión, que se cobró 1.200.000 muertos.[2]

En efecto, en 1857 la Corte decidió el caso "Dred Scott vs. Sandford". *Se discutía la propiedad de un esclavo fugitivo.* Dred Scott era

[1] Documental de Ron Howard "The Beatles: Eight Days a Week - The Touring Years" (2016). La lucha por la igualdad racial en los Estados Unidos inspiró a Paul McCartney a componer el himno "Blackbird", grabado por Los Beatles en su *Álbum Blanco* de 1968. De más está decir que Los Beatles, al igual que todo el rock inglés de los años 60, admiraban a los músicos afroamericanos. Todos ellos fueron profundamente influenciados por el *rhythm & blues* y el *soul* de los Estados Unidos, con intérpretes como Willie Dixon, Chuck Berry, Ray Charles, Smokey Robinson, Arthur Alexander, Marvin Gaye, Little Richard, Robert Johnson, The Shirelles, James Brown, y tantos otros.

[2] "Dred Scott vs. Sandford", 60 U.S. 393 (1857).

un esclavo que huyó a Illinois y Wisconsin, cuyas leyes decían que cualquier esclavo que permaneciera dos años en su territorio quedaba liberado. Dicho plazo se cumplió y Dred Scott demandó su libertad al juez de paz. Sin embargo, su "dueño" Sandford se presentó en el juicio a reclamar que le devolvieran su "propiedad".

El caso llegó hasta la Corte Suprema. Para desgracia del mundo entero escribió lo que sigue: "...cualquier persona descendiente de africanos, ya sea esclava o libre, no es ciudadana de los Estados Unidos, de acuerdo con la Constitución. La Ordenanza de 1787 no podía conferir ni libertad ni ciudadanía dentro del Territorio del Noroeste a individuos no blancos".

"Como tal, los afroamericanos no tenían derecho a la libertad ni a la ciudadanía. Como no eran ciudadanos, no tenían la capacidad legal para presentar una demanda ante un tribunal federal. Como los esclavos eran propiedad privada, el Congreso no tenía el poder de regular la esclavitud en los territorios y no podía revocar los derechos de un propietario de esclavos según el lugar donde vivía".

El voto líder del juez Taney dictaminó: "...debido a que Dred Scott simplemente se consideraba propiedad privada de sus dueños, estaba sujeto a la 5ª Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que prohíbe tomar propiedad de su dueño 'sin el debido proceso'".

La furia que causó este fallo oprobioso entre los abolicionistas fue tan grande que se considera entre los historiadores como el factor decisivo para que se desatara la Guerra Civil de 1861-1867. *Dado que ni la ley ni el derecho pudieron poner fin a semejante estado de cosas, solo un camino quedaba abierto: la guerra.* Cuando terminó la contienda, lo primero que hicieron el presidente Abraham Lincoln y el Congreso fue dictar la 14ª Enmienda de la Constitución para terminar con la funesta doctrina legal de la Corte en "Scott vs. Sandford".

Ciento once años después de ese desgraciado precedente, el odio racial seguía vivo como nunca en el sur de los Estados Unidos. *La Corte necesitaba un caso para reivindicarse.* Y allí, en pleno 1968, les llegó "Duncan". Gracias, claro está, a los brillantes abogados militantes de los derechos civiles. Un presunto sopapo en la cara de un jovencito negro a otro muchacho blanco adquirió una dimensión política impensada. *Era la tormenta perfecta. El caso ideal.*

Duncan había solicitado ser juzgado mediante *un juicio por jurados de sus pares de lugar.* Pero había un problema. La Constitución de Louisiana solo lo otorgaba ante hechos graves, como la pena de muerte o la prisión acompañada de trabajos forzados. Por ende, el juez —blanco, obviamente— le denegó la petición, lo juzgó

sin jurados y lo condenó a 60 días en la prisión del condado y al pago de una multa de u$s 150.

Duncan solicitó la revisión ante la Corte Suprema de Louisiana, sosteniendo que la denegación de un juicio por jurados por un delito que lo llevó a la cárcel violaba derechos garantizados por la Constitución de los Estados Unidos.

Fue rechazado *in limine*, bajo la excusa de la letra expresa de la Constitución local y de la soberanía de los Estados locales para organizar libremente sus procedimientos penales.[3]

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos decidió intervenir, revocó la condena, mandó a cambiar de cuajo la legislación de Louisiana y ordenó que a Duncan lo juzgara un jurado popular, aun cuando el delito fuera correccional. Para poder hacerlo, la Corte incorporó el derecho al juicio por jurados de la 6ª Enmienda a cualquier hecho conminado como mínimo *con seis meses de cárcel y se lo aplicó obligatoriamente a los Estados locales* como parte de la Cláusula del Debido Proceso (14ª Enmienda). Pero la Corte fue aún más allá y escribió alguna de las páginas más memorables sobre el juicio por jurados de toda la historia, *pero en clave 1968 acerca de la opresión de una raza sobre la otra y del jurado como institución natural para resistirla.*

A buen entendedor, pocas palabras...

"La garantía del juicio por jurados en las constituciones federales y estaduales reflejan un profundo juicio sobre la forma en que la ley debe hacerse cumplir y la justicia ser administrada. El derecho a un juicio por jurados se concede a los acusados con el fin de evitar la opresión por parte del Gobierno.[4]

[3] Esta aclaración es fundamental para analizar el erróneo margen de libertad que la CSJN cree que las provincias poseen para alterar a su gusto el diseño *estructural* del sistema de jurados.

[4] "La cláusula (de juicio por jurado) tenía la clara intención de proteger al acusado de la opresión por parte del Gobierno...", "Singer v. United States", 380 U.S 24, 380 U.S 31 (1965).
"El primer objetivo de cualquier tirano en el Palacio de Whitehall sería hacer que el Parlamento estuviera completamente subordinado a su voluntad y a abolir o disminuir los juicios por jurados. Porque ningún tirano podría permitir que la libertad de un súbdito quedase en manos de doce de sus compatriotas. Por eso mismo, el juicio por jurados es más que un instrumento de la justicia y más que una de las ruedas de la Constitución: es la lámpara que muestra que la libertad existe", DEVLIN, Patrick (sir): *Trial by Jury,* Stevens, Londres, 1956 p. 164.

Los que escribieron nuestras constituciones sabían, por la historia y la experiencia, que era necesario protegerse contra acusaciones penales infundadas realizadas con el fin de eliminar opositores y contra jueces que acataban demasiado la voz de una autoridad superior.

Los redactores de las constituciones se esforzaron por crear un Poder Judicial independiente, pero insistieron en una mayor protección contra la arbitrariedad. Proporcionarle a un acusado el derecho a ser juzgado por un jurado de sus pares le brinda *una inestimable salvaguarda contra el fiscal corrupto o excesivamente apasionado y contra el sumiso, excéntrico o parcial juez.*

Si el acusado prefiere un juicio basado en el sentido común de un jurado antes que en la decisión más instruida, pero tal vez menos compasiva de un único juez, se lo deben otorgar. Más allá de esto, las disposiciones sobre el juicio por jurados en las constituciones federales y estatales reflejan una decisión fundamental sobre el ejercicio del poder estatal cuyo eje *es la renuencia a confiar plenos poderes sobre la vida y la libertad de los ciudadanos a un juez o a un grupo de jueces.*

El miedo al poder sin controles, tan típico en nuestros gobiernos estaduales y federales en los demás aspectos, se manifestó en el derecho penal por medio de la insistencia en la participación de la comunidad para determinar la culpabilidad o inocencia.

El profundo compromiso de la Nación con *el derecho a un juicio por jurados para los delitos graves como una defensa contra la aplicación arbitraria de la ley* debe ser protegido conforme a la Cláusula del Debido Proceso de la 14ª Enmienda, por lo que debe ser respetado por los Estados.[5]

Desde este punto de vista —el de cualquier fallo importante y su tiempo— "Duncan vs. Louisiana" es una obra maestra de la jurisprudencia sobre el juicio por jurados y a la vez una obra maestra de la política. No solo que actualiza la vigencia eterna del juicio por jurados para resistir a la opresión de cualquier signo y tiempo, *sino que también tomó partido en la disputa y le avisó al mundo entero que la desegregación racial no tenía vuelta atrás.*

[5] "Duncan vs. Louisiana", 391 U.S. 145 (1968). El fallo completo en castellano en BINDER, Alberto, y HARFUCH, Andrés (dirs.): *El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional*, en la Colección *Juicio por Jurados y Participación Ciudadana*, nº 5-a, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, pp. 81 y ss.

1.1. El tiempo del fallo "Canales": sus múltiples mensajes jurídicos y políticos

El fallo "Canales" de la CSJN es indiscutidamente un *leading case*. Es el primer pronunciamiento sobre juicio por jurados de la Corte en toda su historia institucional. Esto es innegable y de allí la gran cantidad de comentarios que varios autores ya han publicado sobre él.[6] Sin embargo, todos ellos se concentran en sus aspectos jurídicos relevantes, como la motivación, la obligatoriedad, el margen de autonomía de las provincias y la unanimidad del veredicto.

Pero "Canales" va muchísimo más allá de todo eso.

De lo que se ha escrito sobre él en estos meses, he observado dos cosas en las que nadie reparó. A mi entender, son importantes y deben resaltarse. *El fallo "Canales" es mucho más un fallo político-judicial que uno técnico.* Eso se debe a que la Argentina necesitaba exactamente eso de parte de su Corte Suprema en 2019.

Como ya he dicho, cada *leading case* es hijo de la época en que le tocó ver la luz. Suele pasarse por alto esto que, al menos para mí, es central al analizar la historia de los fallos más importantes del *common law*.

¿Cuál fue el tiempo político-social en que nació "Canales"?

Sin pretender comparación alguna con los dramáticos eventos del racismo en los Estados Unidos de 1968, lo primero que es imposible de obviar es que "Canales" debe su existencia gracias a cuatro razones bien definidas: *a)* la explosión del juicio por jurados que se vive en la Argentina por su expansión en las provincias; *b)* el éxito resonante de su implementación, con varios veredictos de repercusión popular inimaginable en el pasado; *c)* la consolidación en las provincias de un modelo *realmente* acusatorio, oral y público, y *d)* el hartazgo creciente de la población con el sistema judicial, íntegramente en manos profesionales.

Este es el contexto. Sin alguno de estos cuatro factores, la Corte no se hubiera pronunciado. Por eso es que este fallo representa, para un país de cultura inquisitorial como la Argentina, un triunfo social sin precedentes.

[6] El gran antecedente del fallo "Canales" es la disertación mediante la cual el juez Horacio Rosatti fue incorporado a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. "¿Puede el pueblo juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar?. El dilema de la participación popular en el ejercicio de la función judicial" (2018).

Desde el mismo instante en que la Corte publicó en su portal esta primera gran sentencia sobre el juicio por jurados, la noticia se *viralizó* en las redes sociales. Comunicación globalizada instantánea.

Los diarios, la TV, las radios y demás medios de comunicación titularon: "La Corte Suprema declara constitucionales a los juicios por jurados".

Lo que pareció ser un muy buen título periodístico, que pretendió resumir en pocas palabras ni más ni menos que una sentencia que trató múltiples temas, se impuso políticamente por sobre cualquier otra discusión técnica.

Bienvenido que así haya sido. De hecho, el título es un hallazgo del periodístico, pero es la pura verdad. La Corte ratificó en todas sus líneas que el juicio por jurados es el modelo de juicio de la Constitución. Como si hiciera falta aclararlo, tal cual solían comentarnos azorados profesores extranjeros: "Pero si está expresamente en vuestra Constitución; ¿cómo es que esto todavía se discute?".

La Corte terminó definitivamente con estas especulaciones, que insumieron nada menos que 166 años de nuestra ajetreada vida institucional como Nación. Y le dio el espaldarazo *político* al juicio por jurados que este necesitaba.

Para quienes combinamos nuestra actividad como abogados, juristas o profesores con la de propulsores del juicio por jurados en todo el país y en América latina, *el fallo nos deparó una sorpresa mayúscula.* Un efecto que no habíamos previsto, quizás absortos por los aspectos técnicos que se iban a decidir. Que no eran menores, por cierto. Como le sucede a quienes se encuentran en el fragor cotidiano de la lucha diaria por el cambio de los sistemas judiciales, de tanto ocuparse de los problemas particulares, uno se olvida de contemplar el bosque. El gran cuadro.

Más alejados del micromundo de los tribunales y de las cuestiones específicas del sistema de jurados, el común de la gente, el periodismo y sobre todo el poder político recibieron al fallo "Canales" como la ratificación definitiva de que el sistema de jurados ya no tenía vuelta atrás. Si alguna duda quedaba en algún sector político respecto al juicio por jurados, fue disipada por completo. *Ciertos fallos de las cortes supremas tienen a veces ese gran valor en la población.*

Con los abogados sucede algo muy diferente. En el universo judicial se discute todo y, especialmente, los fallos de la Corte. Pero aún así, inclusive en el mundo de los abogados el fallo tuvo un efecto muy fuerte y hubo posturas críticas que desaparecieron por completo. *La más importante de todas fue la relativa a la inmotivación de los veredictos y a la íntima convicción.* Pero ya hablaré de ello más adelante. Volvamos al terreno de los mensajes políticos.

El otro aspecto relevante de la Corte *es la elección del caso en sí misma.* Es el gran y sutil mensaje del fallo "Canales" que no está expresado por escrito en el fallo. Desde que comenzó el modelo de jurado escabinado en Córdoba en 1998 hasta hoy, la CSJN tuvo múltiples posibilidades de iniciar su jurisprudencia sobre el juicio por jurados con un fallo proveniente de la provincia mediterránea.

Sin embargo, la CSJN jamás abrió ningún recurso de Córdoba, esperó hasta 2019 para pronunciarse y eligió un caso de jurado clásico del Neuquén.

Esa sola elección es otro mensaje político formidable para todo el sistema judicial acerca de *cuál es el modelo de jurado de la Constitución.* Una demostración cabal de cómo puede decirse todo sin escribir una sola palabra. Desde este punto de vista, "Canales" es otra muestra de la habilidad política de la CSJN.

Meses antes del fallo, varios juristas y profesores de este país firmamos un *amicus curiae* para acercarle argumentos de orden constitucional a la solución del caso que la CSJN tenía ante sí.[7] Uno de ellos era dilucidar cuál es el modelo de juicio por jurados de la Constitución de 1853-60. ¿El clásico anglosajón, la mixtura francesa o el escabinado?

Para los firmantes se trataba de una cuestión central: no es lo mismo un jurado clásico que uno escabinado, del mismo modo que no es igual un proceso penal inquisitivo, que uno mixto o acusatorio. Las relaciones de poder y los controles de parte son completamente diferentes.

La Argentina posee hasta hoy nueve provincias con juicio por jurados: ocho con jurado clásico y solo una, Córdoba, con un escabinado en franco retroceso. Por decisión de su propio Tribunal Superior de Justicia en 2017, el jurado cordobés va definitivamente en camino de convertirse en clásico. Es solo cuestión de tiempo.

Los autores del *amicus curiae* no teníamos ninguna duda sobre el punto. Los constituyentes de 1853 conocían perfectamente a los tres modelos de jurado cuando sancionaron la Carta Magna.

[7] El *amicus curiae* fue firmado por Alberto Binder, Julio Maier, Alfredo Pérez Galimberti, Héctor Granillo Fernández, José Raúl Heredia, Jorge Sandro, Alberto Bovino y Ricardo Cavallero, y puede consultarse aquí *http://www.juicioporjurados.org/2019/04/la-aajj-el-inecip-y-destacados-juristas.html*

Pero el jurado que se practicaba en los Estados Unidos, el mismo que Dorrego y Sarmiento admiraron durante su exilio allí, fue el que quisieron que se implementara en el país.

Dijimos en el *amicus curiae:* "La discusión actual no es más 'jurados sí, o jurados no', *sino qué clase de jurado, cuál es el modelo constitucional, qué características debe poseer y cómo debe preservarse su delicado mecanismo de toda distorsión".*

Este es el punto central de la discusión y el que fundamenta nuestro *amicus curiae. Por razones históricas y políticas de estricta actualidad, el modelo clásico de jurados que han implementado las provincias argentinas es el sistema de la Constitución Nacional y es el que debe ser implementado en el país.*

Los constituyentes de 1853-60 estaban mirando, sin duda alguna, al modelo de juicio por jurados clásico que se practicaba en los Estados Unidos e Inglaterra cuando lo incorporaron a nuestra Carta Magna.[8]

El instituto, tal como se desarrollaba en Europa continental por aquellas épocas, muy poco tenía que ver con el jurado inglés o el norteamericano. El modelo europeo continental del siglo XIX era un jurado devorado por la fuerza de la cultura inquisitorial.

Por de pronto, sus veredictos no eran unánimes, se le sometían interrogatorios e indebidas instrucciones del juez sobre los hechos del caso, sus veredictos eran apelables (no definitivos) y, por sobre todo, las actas escritas del expediente instructorio infestaban al juicio público.

Un jurista de la talla de Florentino González ya estaba advertido de la cuestión en 1869 y calificaba al proceso penal y al jurado de Francia de "institución enferma".[9]

[8] MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal,* t. I, *Fundamentos,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 735: "No cabe duda de que nuestro mandato constitucional proviene del art. III, sección 2ª, § 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América, a través del texto del art. 117 de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Venezuela de 1811, casi idéntico a nuestro art 102, C.N., originario, hoy art. 118".

[9] GONZÁLEZ, Florentino: *El juicio por jurados. Breve Noticia. Del Origen y Progresos del Jurado, del modo de practicarla prueba judicial en Inglaterra y los Estados Unidos Comparado con Otras Naciones y Razones en Favor de Esta Institución,* Buenos Aires, 1869, p. X: "El jurado francés es una institución enferma que no merece la pena tomarse en consideración... por ser un procedimiento absurdo y atentatorio contra la libertad, seguridad y dignidad del hombre". Véase completo en *https://books.google.com.ar/books/about/El_juicio_por_jurados_Breve_noticia_del.html?id=IAdhAAAAcAAJ&redir_esc=y*

Afortunadamente, nuestras provincias han decidido concretar siglo y medio después el deseo de los constituyentes y se inclinaron por el modelo de jurado clásico.[10]

"Cuando se habla del juicio por jurados se menta, principalmente, aquella institución típica del derecho anglosajón, que tuvo su comienzo en la Roma republicana, durante el procedimiento acusatorio *(iudices iurati)* y que arribó hasta nosotros a través del derecho de las colonias inglesas de América del Norte, al independizarse del lazo colonial. Este jurado se integra *con doce ciudadanos* que votan el *veredicto por unanimidad* y preceden a los jueces profesionales y permanentes en su fallo, acogiendo o rechazando la acusación y utilizando para ello el *sistema de íntima convicción* en la valoración de la prueba".[11]

La CSJN se pronunciará en el futuro con más detalle sobre el modelo constitucional, pero la sola elección de un caso que proviene de una provincia como Neuquén con jurado clásico es un poderoso mensaje en sí mismo. Inclusive más importante de cómo resolvió —de manera dispar— los agravios específicos que tuvo que tratar en este *leading case.*

Era imposible pretender que la Corte de un país como la Argentina, sin tradición alguna de jurados y con un sistema de procedimiento penal y civil del medioevo, dictara un fallo inaugural muy distinto de este. Sin embargo, fue el fallo perfecto para la coyuntura política del jurado en la Argentina, con algunos avances decisivos para el futuro.

1.2. El aporte de la CSJN para consolidar el modelo constitucional de jurados

Así como dijimos que cada fallo trascendente debe ser *leído* en clave del tiempo político y social en que nació, no es menos cierto que también debe considerarse la cultura judicial y el sistema judicial imperante en el país al momento de su dictado.

[10] El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba dictó la *Acordada nº 260 Serie A del 8 de mayo de 2017 que convirtió al escabinado en un modelo cuasi clásico:* los jurados deben deliberar solos, sin los jueces, deben recibir instrucciones legales y debe haber una audiencia de *voir dire* para seleccionar al jurado. Véase *http://boletinoficial.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2017/05/TSJ.pdf*

[11] MAIER: ob. cit., pp. 745 y 746.

El juicio por jurados de la Argentina es hoy el ejemplo más exitoso que existe en el mundo occidental de implementación del modelo de jurado clásico en un país cuya cultura judicial es hostil a él. Hostil no solo al jurado, sino a la más elemental noción de oralidad y a un sistema acusatorio íntegramente basado en audiencias públicas.

El jurado clásico de la Argentina, que es de primera clase mundial, es en ese sentido un verdadero milagro.[12] Emergido como una flor de loto en medio del lodo de un sistema judicial feudal al que vino para remover de cuajo cuando se lo incluyó en la Constitución de 1853. Un sistema medieval que todavía hoy se resiste a ir.

Dicha cultura judicial del *civil law* es la que heredamos de la Inquisición que campeó durante seis siglos en Europa continental y América latina. Es la cultura del monopolio y concentración del poder en los jueces profesionales, del expediente escrito, del secreto, de la delegación, de una organización judicial jerárquica, vertical y autoritaria, de un proceso (penal y civil) episódico, lleno de rituales y formalismos absurdos, de la demora sin fin, con su Golem interminable de recursos bilaterales, aun en manos de los acusadores.[13]

El jurado clásico es la antítesis de todo esto. En fin, es más larga la lista de adjetivos con el que se puede caracterizar a un proceso escasamente democrático, pero son suficientes para ilustrar la magnitud de la proeza de que en la Argentina haya aparecido el jurado clásico, que se haya expandido en el país como un reguero de pólvora desde 2011 y que, además, funcione muy bien y obtenga la creciente simpatía de su pueblo.

Esto es algo que resaltan continuamente los profesores, investigadores y académicos extranjeros que nos visitan y que observan admirados el funcionamiento del jurado argentino. Sería fácil reintroducir el jurado en un país del *common law* (como lo está por hacer Sudáfrica), ya que forma parte de su tradición, de su idiosincracia y de su manera de ver el mundo. *Pero hacerlo en un país como la Argentina son palabras mayores. Es un reto mayúsculo.*

[12] La CIDH manifestó su admiración por las leyes de jurado de Argentina, al punto tal que constituyen el corazón del *leading case* "V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua" (CIDH, 2018). La CIDH las citó varias veces como modelos ejemplares del apropiado funcionamiento del sistema de jurados. Por ejemplo, la Corte compara a las leyes de jurados de los EE.UU. con la del Chaco, para mostrar uno de los tantos mecanismos que existen para evitar la arbitrariedad del veredicto (*polling of the jury* o comprobación de la unanimidad del veredicto). O aquellas citas que la CIDH efectúa sobre las leyes de jurado de Neuquén, Río Negro y Chaco, que exigen igualdad obligatoria de género en sus jurados e, inclusive, con jurados indígenas para cuando el acusado pertenezca a un pueblo originario.

[13] PÉREZ GALIMBERTI, Alfredo: "Vindicación del jurado", columna de opinión del diario *Página 12* del 21/9/2018. Cita *online https://www.pagina12.com.ar/143561-vindicacion-del-jurado.*

Ni siquiera nosotros salimos de nuestro asombro al ver cómo los jueces de juicio y revisores de Neuquén, Mendoza y Buenos Aires *han cuidado con delicadeza al incipiente juicio por jurados y han preservado al máximo en cada sentencia sus siete notas estructurales. Las que se han mantenido incólumes por ocho siglos y que deben ser por siempre mantenidas.* La misma sensación produce el hecho de ver cómo gobernadores y legisladores de las provincias dictan leyes de jurado clásico ejemplares que nada tienen que envidiarles a sus pares del *common law. Es un fenómeno único en el mundo. Un verdadero milagro de la cultura,* si lo comparamos con la experiencia del jurado clásico en otras latitudes del *civil law*.

En el *amicus curiae* lo dijimos expresamente: "Nuestra jurisprudencia está inaugurando un camino único y singular por tratarse de un país del *civil law* sin tradición de jurados. Un camino que la aleja sabiamente de las distorsiones introducidas por los jueces revisores de España y Rusia, que terminaron convirtiendo al jurado en un cuerpo profesional y lo sumieron dentro de la lógica del trámite con jueces técnicos".[14]

Este, y no otro, es el "estado de cosas judicial" en el que se dictó el fallo "Canales" y no hay otra manera de entenderlo que no sea así.

A modo de síntesis, diremos que el fallo "Canales" ha decidido cuatro agravios técnicos importantes. Dos de ellos hacen a su estructura esencial, como lo son la motivación del veredicto general y el veredicto unánime. Los otros dos no tienen que ver tanto con el jurado en sí mismo, sino con el reparto de poder entre las provincias y el Estado federal en una República Federal (competencia delegada o reservada) o si el art. 118 de la C.N. permite jurados obligatorios o renunciables.

[14] THAMAN, Stephen: "Europe's New Jury Systems: The Cases of Spain and Russia", *62 Law & Contemporary Problems*, Duke Univ., USA, 1999, p. 257: "Es difícil de predecir el futuro del juicio por jurados tanto en Rusia como en España. A pesar de ser una exigencia constitucional en ambos países, existe una decidida falta de entusiasmo de parte de profesores, jueces y abogados acerca de si será una institución capaz de ayudar a resolver los problemas que plagan a su administración de justicia".

2. *El reconocimiento constitucional del veredicto general del jurado y la íntima convicción*

En mi opinión, lo mejor del fallo "Canales" se encuentra en la decisión de este agravio. Era por lejos el más importante, por todas las implicancias históricas detrás de él y porque el *veredicto general* es la esencia misma del juicio por jurados. Además, la CSJN le dio definitivo estatus constitucional a *la íntima convicción,* que es el sistema de valoración de la prueba por antonomasia del jurado popular. Es indiscutiblemente el punto más alto del *leading case,* pues posee el potencial de enterrar definitivamente una discusión que parecía no tener fin.

Aunque suene absurdo, debimos batallar décadas contra pensamientos narcisistas como este: "Entonces razonando así, tienen problemas los ordenamientos, como el estadounidense, en el que no existe obligación de motivar. Es cierto que muchas decisiones se motivan, pero se trata únicamente de decisiones de las cortes de apelación o cortes supremas de cada estado. Los jueces de primer grado casi nunca justifican sus decisiones, y jamás los jurados populares justifican su veredicto. *Cuando les digo a mis amigos americanos que su sistema judicial sufre de un gran déficit de democracia,* a ellos no les gusta eso; pero yo razono como europeo, acostumbrado a esta tradición de diferencia entre el poder absoluto y el democrático".[15]

De golpe, el veredicto que los jurados habían rendido durante siglos no era más democrático y las sentencias de los jueces, en cambio, lo eran más. *Un verdadero disparate. Una provocación en toda la línea.*

Más teniendo en cuenta que el jurado clásico, que es el símbolo máximo de la participación popular, las garantías y la transparencia, se ejercitaba en las democracias más desarrolladas del mundo, que no eran otras que las del *common law.* Allí donde nacieron todas las garantías constitucionales. La separación de poderes, el jurado popular y el constitucionalismo se desarrollaron y se pusieron en práctica efectiva primero que nadie en Inglaterra en pleno siglo XVII. En este ejemplo, y en ningún otro, se inspiró el Iluminismo y luego la Revolución Francesa.

[15] TARUFFO, Michelle: *Cinco lecciones mexicanas,* editado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación Mexicana, México, 2003, p. 7.

De hecho, mi tesis doctoral, escrita inclusive antes del fallo de la CIDH, "Nicaragua", y de "Canales", se dedica casi exclusivamente a defender al veredicto general del jurado como una decisión tan o superiormente fundamentada a la de cualquier juez técnico, gracias a sus poderosos controles de parte y a institutos que no existen en el juicio profesional (un *voir dire,* unanimidad, deliberación real, doce jueces accidentales, instrucciones del juez y un litigio probatorio verdadero, no ficto).[16] *La CSJN nos dio la razón en toda la línea.*

El TEDH y la CIDH habían decidido la cuestión con claridad en anteriores oportunidades,[17] pero el modo en que la CSJN se hizo cargo del problema no deja de sorprendernos, pues hasta lo hizo con bellas palabras ("El jurado es generador de mejor ciudadanía").

Los hermanos "Canales" se agraviaron de que el veredicto general del jurado del Neuquén solo los declaró *culpables;* sin decirles los motivos y privándolos así del derecho humano de conocer las razones para la condena y a restringir sus chances de triunfar en apelación. Sintetizaron en este agravio una añeja discusión que durante décadas dominó la oposición cerril a implementar un modelo de jurado clásico.[18] Con este mismo argumento, Córdoba, a último momento del año 2004, declinó de contar con jurado puro y optó a las apuradas por un escabinado en donde los jueces técnicos motivaban por escrito el fallo.

Siete años nos llevó despejar este grave error de apreciación (Neuquén, 2011), que solo encubría el propósito de impedir la transferencia total de dictar el veredicto a doce ciudadanos. *La pelea no era jurídica, sino que escondía una disputa política por el poder de juzgar.* El Estado, a través de los jueces, se negaba a dejar íntegramente en manos del pueblo el poder de dictar el veredicto, tal como lo hacen las grandes democracias.

Al presentar el *amicus curiae,* resumimos para la CSJN esta discusión que arrancó en plena Revolución Francesa y los argumen-

[16] HARFUCH, Andrés: *El veredicto del jurado,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019.

[17] *In re* "Taxquet vs. Bélgica" (CEDH, 2010); *in re* "Judge vs. United Kingdom" (CEDH, 2011) e *in re* "V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua" (CIDH, 2018).

[18] Aunque hay que reconocer que esta oposición al veredicto general del jurado clásico solo se detecta en cierto sector de la academia universitaria y en una minúscula parte de la abogacía y el Poder Judicial. Ni la política, ni el periodismo, ni la población en general vieron jamás a esta cuestión como un problema. Señalaron otros, como los delitos que fuera a juzgar el jurado, o su nivel de instrucción, o su influencia a los medios de comunicación, pero jamás la motivación de los veredictos.

tos con que la jurisprudencia internacional de derechos humanos resolvió la cuestión: "La CIDH y el TEDH fulminaron el último embate moderno en contra del modelo clásico de jurados: que la falta de expresión externa de los motivos de su veredicto —esencial para su libre y armonioso funcionamiento— violaría la garantía de defensa, de motivación y el derecho humano a conocer las razones para una condena o absolución. La CIDH y el TEDH, sintéticamente, ratificaron la validez convencional del veredicto general del jurado y respondieron que el sistema de jurados posee institutos específicos para reducir la arbitrariedad y para abastecer tales derechos (acusación escrita, instrucciones del juez, *voir dire*, litigio público, registro íntegro en video del debate, comprobación de la unanimidad y otros). La Regla del Secreto del Jurado, que impide conocer las deliberaciones internas y las razones externas de la decisión, constituye la piedra fundamental del sistema de jurados".

La CSJN se pronunció de manera categórica y dijo todo lo que había que decir. Entre los pasajes más sobresalientes se destacan los siguientes:

> "La ausencia de expresión de fundamentos en los veredictos es propia de los jurados".
>
> "Ello no impide una adecuada revisión de lo decidido, toda vez que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia".
>
> "Todo veredicto tiene motivación aunque, como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa".
>
> "La exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares".
>
> "Como lo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación".
>
> "Luego de confrontar sus argumentos, dar sus razones y deliberar, los miembros del jurado deciden su voto en función de un sistema de valoración de la prueba conocido como 'íntima convicción', que no requiere la expresión de los motivos que conformaron el convencimiento sobre la resolución adoptada para el caso. Ello no impide una adecuada revisión de lo decidido...".
>
> "El ejercicio deliberativo previo a la toma de decisiones relevantes —como el veredicto de un jurado popular posee un efecto positivo para todos los participantes; en esalínea se inscribe el 'valor epistemológico' de la construcción de consensos propia de un sistema democrático (Nino, Carlos Santiago)".

Todo lo que habíamos dicho en la tesis tres años antes sobre la motivación fue recogido por la Corte.

Primero, que asociar "fundamentación" con "escritura" es un error garrafal. Dijimos en ese entonces: "El motivacionismo radical del *civil law* no concibe otra forma de fundamentar que no sea en el *estilo escrito de la sentencia*, cuando la escritura es solo uno de los métodos disponibles para considerar fundamentada a una decisión judicial".

El problema es que el antijuradismo lo considera excluyente; pretende erigirlo, además, en el único modelo epistemológico posible. De allí su error y su cerrazón, comprensible quizás porque el entorno cultural del *civil law* ha atado las formas del procedimiento a la lógica del trámite escrito.

La distorsión a la que nos ha llevado el motivacionismo radical llega al punto de asimilar *racionalidad* con *documento escrito.*[19]

Segundo, que la motivación (escrita u oral) es exigible únicamente a los jueces profesionales cuando el juicio es sin jurados, debido a la falta de garantías políticas y a la debilidad institucional del juicio ante jueces técnicos del Estado. El juicio por jurados y el juicio técnico son procedimientos diferentes, ambos convencionales, que deben convivir con sus particularidades y a los que no se les pueden extrapolar sus características inherentes.

Pues exactamente eso es lo que ha pretendido hacer el *ultramotivacionismo* europeo; injertarle al jurado una motivación ahistórica e innecesaria (que solo pertenece al campo de los jueces técnicos), bajo

[19] BINDER, Alberto y otros: *Un juez para la democracia. Homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, capítulo X, "El juez y la cuestión de hecho. Formación de la convicción judicial", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 132: Binder confronta esta ridiculez sin contemplaciones: "Existe tras de esta opinión un arquetipo de época, *según el cual lo racional es propio de lo escrito.* Nada más alejado de la tradición de Occidente: *la racionalidad ha sido una construcción de las culturas orales y no del modelo escrito de cultura* que solo se consolida en la Edad Moderna, justamente con la aparición de los sistemas inquisitoriales y absolutistas que pretenden manipular la racionalidad a través de la escritura".

la rimbombante afirmación de que la motivación sería una especie de "garantía de garantías".[20]

Dijimos también en aquella oportunidad: "El endiosamiento de la motivación de las sentencias llevada a cabo por el motivacionismo radical confluye en una renovación del pensamiento inquisitivo". Este es el punto de crítica y de disenso central de esta tesis con el pensamiento de Ferrajoli, Taruffo e Ibáñez. La exigencia irreductible de una "motivación expresada", escrita u oral, del juzgador —como si esa fuera la única forma de fundamentar una decisión judicial— revierte otra vez hacia la epistemología inquisitorial y debilita el peso total que recae en el sistema acusatorio sobre la acusación y los controles del litigio público para construir la verdad de los hechos. Demostraremos que el pensamiento ferrajoliano de ensalzar "la posición epistemológica del juez" no logra superar la dinámica de un sistema acusatorio meramente *formal*, pues a ello conduce un sistema sin jurados.

"Otro de los objetivos de la tesis es demostrar que este reclamo de "motivación" al veredicto del jurado clásico proviene de una hipervaloración de la garantía de motivación escrita que solo es exigible únicamente al juez profesional y que no la reclaman ni siquiera los principales adalides europeos del motivacionismo. Efectivamente, el juicio ante jueces profesionales del *civil law* carece de los intensos controles, estándares de garantía y de legitimidad que brinda el juicio por jurados. Por esa razón, al jurado nunca se le exigirá la motivación; pero ella es imprescindible en el juez profesional. El jurado clásico y su veredicto general son perfectamente compatibles con las nuevas exigencias de un recurso amplio por hechos y derecho que establecen los pactos internacionales de derechos humanos".

Tercero, que la íntima convicción es sinónimo de valoración *racional* (no emocional ni intuitiva) de la prueba. Una parte íntegra de mi tesis doctoral estuvo destinada a batallar a brazo partido para

[20] FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón,* Trotta, Madrid, 1988, p. 622: "La última garantía procesal de segundo grado, que tiene el valor de una garantía de cierre del sistema SG, es la obligación de la motivación de las decisiones judiciales".
PASTOR, Daniel: "El deber judicial de motivar las condenaciones", en *Reflexiones sobre el procedimiento penal. Una tarde con Julio Maier,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 60: "La motivación de la sentencia no sería una opción del legislador, sino, antes bien, una seguridad... Por eso, no es la motivación de las condenaciones una garantía en sí misma, sino una garantía de garantías".

rehabilitar definitivamente a la íntima convicción, que es el método natural con que decide el jurado.

Dijimos también: "La falsación histórica de la íntima convicción por los antijuradistas del *civil law*. Los prejuicios de Couture".

Gran parte de la literatura antijuradista del *civil law*, y especialmente los teóricos latinoamericanos como Couture, se dedicaron a denostar a la íntima convicción. A la posteridad pasó su famosa invectiva: "Bajo la íntima convicción, el juez adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos y aun contra la prueba de autos. Casi podría decirse una dictadura judicial inconveniente y peligrosa".[21]

Si bien lo hace en un contexto de crítica del método en manos profesionales, la íntima convicción es presentada como un método arbitrario de valoración de la prueba, entre otras cosas, porque el jurado o el juez podían convencerse por otros motivos que no fuera la prueba presentada en el juicio (saberes privados, experiencias personales) y, por ende, fiscalizados por las partes. *Esta es otra de las más grandes falsaciones de la historia de los procedimientos,* destinada a destruir al jurado y a perpetuar el sistema escrito con jueces profesionales, sobre todo en el ámbito del derecho civil.

A pesar de la clara redacción de la fórmula de la íntima convicción, que vincula el veredicto del jurado solo con las pruebas del juicio, con los hechos materia de acusación y *con el razonamiento individual de cada jurado,* el estatus que arremetió sobre la íntima convicción. Por supuesto, con la única esperanza de terminar con el jurado y de retornar a un sistema exclusivamente con jueces profesionales que juzgarían bajo una tercera entidad: ni íntima convicción, ni libre convicción; sino sana crítica racional. Couture acusó a las dos primeras de formar su convicción por fuera de las pruebas del debate.

Es más, los seguidores de Couture, para no ser menos que su mentor, asimilaron la convicción libre con el libertinaje en materia probatoria.[22]

[21] COUTURE, Eduardo J.: "Las reglas de la sana crítica", en *Estudios de derecho procesal civil*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 221.
[22] BAÑOS, Heberto A.: *La apreciación de la prueba en el derecho laboral. El juicio en conciencia,* Arayú, Buenos Aires, 1954, donde el autor distingue entre *libres convicciones y libérrima convicción.*

No fue un planteo original, ya que es fiel reproducción de las ideas de Carmignani y de parte de los procesalistas civiles europeos con su aversión al jurado.[23]

Más allá de todo esto, Couture termina por reconocer abiertamente que un sistema con jurados solo puede juzgar bajo un sistema de íntima convicción (aunque él trate a la íntima y a la libre convicción como sinónimos): "El sistema de libre convicción es solo adaptable a otras materias muy especiales, o al jurado popular. No parece ser aplicable al proceso civil. Digamos, sin embargo, que en los Estados Unidos se aplica sin que se perciba reacción importante contra él".[24]

Por más que la jurisprudencia internacional de los derechos humanos haya enterrado estas diatribas contra la forma natural en que rinde el jurado su veredicto, los argumentos de la CSJN revisten una importancia mayúscula que no debe ser en absoluto minimizada. *Concretamente, entre otras cosas, son los que le permitirán a Córdoba pasar definitivamente a un modelo de jurado clásico.*

En síntesis, la CSJN ha resuelto este agravio en gran forma y ha dicho, con todas la letras, que el veredicto general del jurado es constitucional.

3. ¿Cuál es el margen de libertad de las provincias para diseñar sus procedimientos?

La CSJN decidió rechazar los otros tres agravios de los hermanos "Canales" —unanimidad del veredicto, jurado obligatorio o renunciable y competencia delegada o reservada para dictar la ley de jurados— bajo un mismo parámetro. Tanto Neuquén, como el resto de las provincias, son estados locales libres y soberanos para estructurar sus procedimientos *y el Estado federal no debe interferir.*

Este es el punto más importante que, a mi juicio, corresponde tratar al analizar el resto de los agravios específicos, *y especialmente la unanimidad,* ya que la Corte los ubica en ese lugar y con esa solución.

[23] Hablar de libertinaje probatorio es ridículo. El propio Bentham criticaba en Inglaterra el rígido formalismo probatorio inglés. BENTHAM, Jeremías: *Tratado de las pruebas judiciales,* vol. 1, Imp. de Tomás Jordán, Madrid, 1835.

[24] COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos del derecho procesal civil,* Editora Nacional, México, 1984, pp. 273 y 274.

El juez Rosatti explica la doctrina en un párrafo fundamental de "Canales" acerca de cómo son las relaciones de poder entre las provincias y el Estado federal: "En ese sentido, si bien la autonomía legislativa provincial en materia procesal no puede engendrar situaciones tan disímiles y asimétricas que cancelen por completo el derecho a la igualdad ante la ley, tampoco cabe pretender una simetría legislativa tal que imponga la completa igualdad en todos los procedimientos del país, en desmedro del principio federal (conf. arg. *Fallos,* 328:1146, *in re* "Verbitsky", considerando 56).

Lo primero que surge de este párrafo es que la autonomía de las provincias es muy amplia, *pero no es absoluta.* Una provincia no podría, por ejemplo, reinstaurar o mantener un procedimiento penal inquisitivo sin que intervenga la CSJN y la obligue a modificar dicha ley. De hecho, eso fue lo que sucedió en Santa Fe con el fallo "Dieser-Fraticelli" de 2006. La Corte revocó la condena, declaró inconstitucional el procedimiento penal de Santa Fe y le ordenó a dicha Provincia que implementase un sistema acusatorio.[25]

¿Invadió la CSJN la autonomía de Santa Fe? En absoluto, sino que la obligó a cumplir con sus compromisos asumidos según el art. 5° de la C.N.

Del mismo modo, *hay una delicada línea de cuestiones atinentes al juicio por jurados que no pueden ser modificadas por las provincias, por ser parte integrante de la garantía constitucional del juicio por jurados.*

Es decir, no son meras disposiciones procesales, como podría ser la extensión de un determinado plazo para ofrecer prueba, las condiciones para reabrir un archivo o la clase de casos que puede estar sujetos a mediación. No hay duda de que sobre esa clase de asuntos las provincias tienen un considerable margen de elección. Pero las notas esenciales del jurado *no entran dentro de esa categoría, ya que forman parte inescindible de la garantía misma del juicio por jurados* (arts. 24 y 118, C.N.).

Este es el corazón de nuestro *amicus curiae* y, debido a que pertenecemos a otra cultura jurídica, es lo que más nos cuesta explicar del sistema de jurados en un país como la Argentina.

En futuros pronunciamientos sobre jurados, la CSJN deberá reparar en este aspecto fundamental: hay siete u ocho elementos

[25] CSJN, 8/8/2006, D.81.XLI. Recurso de hecho, "Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/homicidio calificado por el vínculo y por alevosía", causa 120/02C.

esenciales a la garantía del juicio por jurados que las provincias no pueden alterar, pues hacerlo implicaría modificar la Constitución Nacional.

Dijimos en el *amicus curiae*: "La *unanimidad* de los veredictos del jurado, la posibilidad de las partes de recusar sin causa a un número limitado de jurados, el carácter *final y definitivo* de su veredicto y el número de *doce jurados* deben ser preservados en la Argentina como un valor de raigambre constitucional, *por ser parte integrante e inescindible de la garantía de juicio por jurados de nuestra Constitución*".[26]

Muy especialmente en materia criminal, por estar en juego valores superiores como la vida y la libertad. La mayoría de las provincias argentinas han adoptado la regla de unanimidad, un *voir dire,* el número de doce jurados y la irrecurribilidad del veredicto de *no culpable*, que son los pilares fundamentales de su existencia como tal. *Dicha legislación provincial debe ser especialmente protegida por este fallo de la CSJN y por la futura ley que dicte el Congreso nacional.* Desde el primer veredicto unánime que los ingleses registraron en la historia (1367) hasta el día de hoy, la unanimidad entre los doce jurados para condenar o absolver y el carácter definitivo de su veredicto continúa siendo la regla abrumadora en todas las jurisdicciones del *common law* y en la mayoría de las provincias argentinas.

> "...la *unanimidad* entre *doce* jurados y la *finalidad* de su veredicto son valores constitucionales de primer orden, sin los cuales un jurado no podría funcionar apropiadamente como tal. No solo por formar parte de la historia misma del juicio por jurados, sino por el efecto político que produce en el seno de la sociedad."

Existe una creencia en los países de tradición continental europea *(civil law)* de que el juicio por jurados puede soportar cualquier clase de combinaciones o mixturas *en aras de la autonomía de las provincias.*

[26] La Corte Suprema de los Estados Unidos citó al célebre juez Joseph Story: "Un juicio por jurado se entiende generalmente, ex vi termini, como un juicio por un jurado de doce hombres, seleccionados con imparcialidad, que deben concurrir por unanimidad en la culpabilidad del acusado antes que una condena pueda ser válida. *Cualquier ley que, por lo tanto, prescinda de estos requisitos, puede tildarse de inconstitucional"* (del voto del juez Douglas en "Johnson vs Louisiana" 406 U.S. 356 1972).

Por ejemplo: ¿podría alguna provincia instaurar un jurado con seis miembros, donde fuera jurado quien lo deseara (no como carga pública), donde se excluyera a todos los que no tuvieran el secundario completo, donde no haya recusaciones sin causa, donde el juez pudiera comentar los hechos y la prueba del caso en sus instrucciones, que se resolvieran por mayoría simple (7-5) y cuyo veredicto fuera recurrible por los acusadores?

La respuesta es un contundente *No.* Tal cosa no puede ser llamada juicio por jurados, debido a que esa clase de disposiciones integran el contenido dogmático de la garantía de juicio por jurados, que se fue cristalizando —como todas las garantías— a lo largo de ocho siglos de funcionamiento.[27]

Es exactamente lo que hizo la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos con el estado de Louisiana en el caso "Duncan". Le ordenó modificar ni más ni menos que su Constitución local y a ampliar la competencia material del jurado a prácticamente todos los delitos del Código Penal.

La CSJN resolvió que el veredicto mayoritario de 8 a 4 de la ley del Neuquén no solo que no es inconstitucional, sino que ni siquiera aparece como incorrecto, ya que representan dos tercios de los votos en un jurado de doce. La misma cantidad que se exige para destituir al Presidente en el juicio político, que sí está regulado de manera directa en nuestra Carta Magna, y la misma cantidad de votos que se requiere en un tribunal de tres jueces técnicos (dos votos de tres).

Además, la Corte argumenta que la Constitución no menciona en forma expresa que el veredicto del jurado deba ser unánime.

Según la Corte, por aquello de la libertad soberana de las provincias para instituir sus procedimientos, Neuquén actuó correctamente al dictar la ley 2784 con estas características de su jurado.

La CSJN resolvió incorrectamente esta cuestión. *Las provincias son soberanas para dictar sus leyes de jurado (sin duda alguna), pero no pueden diseñar el sistema a su antojo, al punto de convertirlo en un híbrido que se da de bruces con el presente y la historia de tan noble institución.* El segundo agravio en importancia de "Canales", que fue la unanimidad, representa el punto más débil del fallo.

[27] HARFUCH, Andrés: *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, pp. 32 a 41. Allí está explicado este proceso de nacimiento, desarrollo y *cristalización* constitucional de las actuales garantías, entre ellas el jurado.

Los hermanos Canales tienen razón: No se puede condenar a prisión perpetua a una persona si cuatro de los doce jurados han dicho que es inocente o que merecería una condena por un delito menor. [28]

De hecho, no existe país en el mundo con jurado clásico que posea un veredicto de 8-4. La CSJN no reparó en este punto crucial, al menos de derecho comparado.

Puerto Rico tiene —por pocos meses más, ya que adoptará la unanimidad por ser una Estado Libre Asociado a los EE.UU.— un veredicto de 9-3. Los dos únicos estados locales de los Estados Unidos que contemplaban veredictos mayoritarios (Louisiana y Oregon) poseen un 10-2. Empleamos el verbo en pasado porque, como ya es sabido, Louisiana modificó su Constitución local en 2019 y volvió al estado natural de las cosas: los veredictos unánimes.[29]

El resto del *common law* juzga con jurados unánimes, como corresponde a un sistema acusatorio por principio ideológico, por su exigencia constitucional y por historia.[30]

> *"La prueba más allá de toda duda razonable, la unanimidad de los veredictos penales y la presunción de inocencia son características fundamentales del sistema acusatorio. Lo que hacemos hoy no se encuentra dentro de dicha tradición, sino más bien en la del sistema inquisitivo.* Hasta que nuevas enmiendas se aprueben estableciendo otros estándares, yo no permitiré que ningún hombre sea multado o encarcelado en derogación de lo que hasta hoy ha sido, indiscutiblemente, la Ley de nuestra Tierra".[31]

[28] La misma pregunta se hacen los profesores y académicos más famosos de los Estados Unidos en su *amicus curiae* ante la Corte Suprema de Justicia de su país, que decidirá el caso "Ramos vs. Louisiana" en octubre de 2019 acerca de si el requisito constitucional de la unanimidad de los veredictos del jurado debe serle aplicado obligatoriamente a los estados locales: "Este caso plantea un interrogante fundamental en torno a la garantía del juicio por jurados de la 6ª Enmienda: ¿puede una persona ser condenada por un delito —y, en el caso del acusado Evangelisto Ramos, sentenciado a la pena de prisión perpetua con trabajo forzado, sin el beneficio de la libertad condicional o vigilada, ni de la suspensión de la imposición de la pena— *cuando dos de los doce jurados que juzgaron el caso no acordaron con el veredicto de culpabilidad?".* DIAMOND, Shari; HANS, Valerie; ROSE, Mary; PENROD, Steve; LEMPERT, Richard; SAKS, Michael; SOMMERS, Samuel; ELLSWORTH, Phoebe; HASTIE, Reid; KELLER, Dorothy; MARDER, Nancy; PENROD, Steven, en *https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-5924/103255/20190618112356367_Ramos%20Amicus%20Brief%20FINAL%20pdf.pdf*

[29] "El Estado de Louisiana (EE.UU.) restauró la regla de la unanimidad en sus veredictos por consulta popular", véase en *http://www.juicioporjurados.org/2018/11/por-voto-popular-luisiana-eeuu-restauro.html.*

[30] Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y el Reino Unido. En 1967, Inglaterra introdujo una variante: transcurrido un tiempo prudencial sin que el jurado la logre, el juez puede autorizar veredictos de 10-2 y/o un nuevo debate. Sin embargo, la unanimidad continúa siendo la regla.

La condena a prisión perpetua aplicada a los hermanos Canales —que es la pena capital de nuestro sistema judicial criminal— es una condena inconstitucional con dudas.

Eso no quita que los argumentos que emplearon los hermanos Canales hayan sido erróneos. Se equivocaron. No había que caer en la trampa de esgrimir el principio de igualdad ante la ley (art. 16, C.N.), al comparar la ley neuquina con las del resto de las provincias *que sí instituyeron —correctamente— la exigencia de unanimidad para cualquier veredicto del jurado.*

La verdadera razón de la inconstitucionalidad del veredicto mayoritario del Neuquén estriba en que la unanimidad del veredicto es parte integrante esencial de la garantía de juicio por jurados, por más que no esté expresamente mencionada en la Constitución Nacional. No se puede agotar este tema aquí, pero lo hemos hecho sintéticamente en nuestro *amicus curiae*:

> "La unanimidad entre doce jurados fuerza el proceso de razonamiento, fomenta la deliberación centrada en la prueba, realza la escucha a las minorías (art. 16, C.N.), fortalece la calidad de la deliberación entre personas de distintas procedencias, es el gran resguardo ante la siempre latente posibilidad del error judicial (de condenar a inocentes o de dejar libres a culpables), es la base que justifica por qué los veredictos son irrecurribles (salvo la condena) y es central en la legitimación política y social de los veredictos.
>
> Pero, además, la unanimidad entre tan imponente número de jueces legos ha contribuido a realzar una garantía procesal muy devaluada en la justicia argentina profesional, como es la deliberación. Ella es la herramienta más importante para estabilizar racionalmente una decisión judicial que puede enviar a una persona de por vida a la cárcel, o a declararla inocente de un crimen repulsivo. Este es un punto que deseamos destacar en este *amicus curiae*".

De nuevo: por carecer de tradición juradista y de desarrollo de la garantía constitucional específica, es lo que más nos cuesta explicar. Quizás nos lleve años. Nuestro entorno jurídico-cultural, tan desconfiado de la apertura, de la plena oralidad y del jurado, no nos favorece.

[31] "Johnson v. Louisiana", 406 U.S. 356 (1972), voto del juez Douglas.

La CSJN aplica *analógicamente* las mayorías del juicio político y del juicio profesional para validar el injustificable veredicto de 8-4 del Neuquén, cuando es obvio que se trata de procedimientos diferentes y con construcciones históricas disímiles.

Este argumento de la CSJN cae por su propio peso. *La historia del juicio por jurados es la historia del veredicto unánime. No es en absoluto la del veredicto mayoritario.* Seis siglos de veredictos unánimes permitieron cristalizar el contenido dogmático de la garantía del juicio por jurados que luego arribó a todas las constituciones. Este derrotero no puede ser ignorado en un fallo de tanta trascendencia como "Canales". *Veredicto del jurado y unanimidad son sinónimos;* han llegado así hasta nuestros días en la mayor parte del mundo y en la mayoría de nuestras provincias.[32]

> "La Constitución no hace mención respecto de jurados unánimes. Tampoco menciona la presunción de inocencia, ni tampoco dice nada acerca de que la culpabilidad debe ser probada más allá de una duda razonable en todos los casos penales. Sin embargo, es prácticamente inconcebible que alguien haya podido cuestionar que la prueba más allá de toda duda razonable fuera, de hecho, un estándar probatorio constitucional".[33]

De este modo excelso explica el juez Douglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos el remanido argumento de que la unanimidad no figura de manera expresa en la Constitución.

Se trata de un argumento circular y efectista, que olvida un elemento fundamental de nuestra Carta Magna: la unanimidad está implícitamente contemplada en las garantías no enumeradas del art. 33 de nuestra Constitución, por ser parte inescindible de la garantía (expresa) del juicio por jurados. Y forma parte, por ende, de la 6ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, aunque tampoco esté expresada de manera literal.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos es la intérprete final de la Constitución de su país. Por ser su Constitución la fuente directa de nuestra Carta Magna, sus fallos —y sobre todo los relativos al jurado— tienen y han tenido una profunda influencia en nuestro derecho. En el último precedente de *marzo de 2019,* la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo lo siguiente: "El derecho a un juicio por jurados contenido en la 6ª Enmienda requiere un veredicto del jurado unánime en juicios criminales federales...".[34]

[32] HARFUCH: *El veredicto del jurado*, cit., pp. 450-452.

[33] "Johnson v. Louisiana", 406 U.S. 356 (1972), voto del juez Douglas.

Es decir, no hay duda alguna de que la unanimidad es un requisito constitucional del juicio por jurados *en materia federal.* La cuestión es si dicha exigencia es aplicable a los estados locales soberanos. Es lo que resolverá la Corte de los EE.UU. en octubre de 2019 en el ya mencionado fallo "Ramos vs. Louisiana".

Igualmente, debo decir que entiendo el modo en que la CSJN resolvió —negativamente— el tema de la unanimidad. En realidad, me lo hizo ver un agudo observador y terminé por darle la razón. Si la Corte hubiera hecho lugar a este agravio de los hermanos Canales, habría tenido que revocar la condena y ordenar un nuevo debate bajo la regla de la unanimidad.

Al día siguiente, todos los diarios hubieran titulado: "La Corte declara inconstitucionales los juicios por jurados". El mensaje hubiera sido muy malo para el país y para el jurado en este fallo inaugural.

Tras el impacto inicial de "Canales", es evidente que se necesitará en el futuro otro precedente de la CSJN, bastante más en línea con el brillante fallo "Ruppel", decidido por la Casación de la provincia de Buenos Aires.[35] Este fallo —que es casi nuestro fallo "Patton vs. United States" de la Argentina— dice exactamente lo que debe decirse y hacemos augurios porque la CSJN encuentre nuevos argumentos parecidos a los allí expresados:

> *1)* Así como nuestro modelo constitucional se inclinó por un sistema de participación popular inspirado en la tradición juradista del *common law*, especialmente del modelo emanado del constitucionalismo de los Estados Unidos de Norteamérica, la consolidación de nuestro sistema de derechos fundamentales reclama dejar en claro los pilares fundamentales de su fortalecimiento que, en el caso del juicio por jurados, se asienta en las inquebrantables premisas que mayormente hemos recogido: *i)* jurado popular integrado, en sus titulares, ni más ni menos que por doce personas, seis mujeres y seis hombres; *ii)* un juez técnico a cargo de la dirección del debate con facultades de superintendencia

[34] "Timbs v. Indiana", 139 S. Ct. 682, 687 n.1 2019 (citando "Apodaca", 406 U.S. 404) (véase también "McDonald v. City of Chicago", 561 U.S. 742, 766 n. 14 2010).

[35] CCPBA, Sala I, causa 81504 ("Ruppel, Néstor Fabián s/recurso de casación"), 11/7/2017.

y de instrucción al jurado sobre el marco constitucional, la aplicación de la ley y el derecho probatorio; *iii)* el recurso previsto como facultad exclusiva del imputado, y *iv)* aunque solo parcialmente reglado entre nosotros, la aspiración a la unanimidad en la decisión del veredicto.

2) Esa fue la línea que marcó definitivamente la historia prácticamente del último siglo en el modelo que nos sirviera de fuente constitucional, a partir del recordado precedente "Patton vs. United States" (281 U.S. 276 del 14/4/1930) y que en nuestra novel experiencia *asoma como estándares de mínima* para proveer al mejor desarrollo de esta garantía de ser juzgado por jurados populares.[36]

3) *No se trata de elementos procesales aleatorios que puedan ser reemplazados fácilmente por otros.* Son institutos que se desarrollaron y perfeccionaron tras una larguísima evolución de siglos que abarcó el Medioevo inglés y la era moderna en Inglaterra y los Estados Unidos. Luego de ello, se cristalizaron en las normas constitucionales como integrantes esenciales de la garantía del juicio por jurados. A tal punto es así que *los propios jueces supremos estadounidenses del caso "Patton" afirmaron que estaba fuera de su autoridad el alterarlos, pues ello implicaría modificar la Constitución.*

4) De ese modo llegó el juicio por jurados hasta los arts. 24 y 118 de nuestra Carta Magna. Así como cada garantía constitucional posee su propia dogmática y elementos esenciales que la componen,[37] el número de doce jurados, las instrucciones legales y superintendencia del juez director del debate, el veredicto unánime con un nuevo juicio si ella no se logra y la firmeza de su veredicto son los componentes fundamentales de la garantía de juicio por jurados de nuestra Constitución.

[36] "Patton vs United States", 281 U.S. 276 (1930), en castellano en BINDER-HARFUCH (dirs.): ob. cit., pp. 96 y ss.

[37] Conf. MAIER: ob. cit., capítulo II, § 6.

4. *Conclusión y temas pendientes*

El tiempo, como siempre, pondrá en su justo lugar a este fallo tan trascendente de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En los pocos meses que ya lleva de vigencia, ha espoleado el proceso legislativo juradista en las provincias *como nunca antes en el país. Ese es su máximo e inestimable valor.* Chaco, que lo tenía demorado sin implementar, lo puso en marcha inmediatamente. Entre Ríos sancionará una ley de jurados ejemplar (con veredicto unánime). Y muy probablemente Salta, La Pampa y Chubut sigan sus pasos.

El fallo "Canales" sin dudas representa un gran avance en la consolidación del modelo constitucional del jurado. Resolvió de manera brillante el problema de la motivación del veredicto, la obligatoriedad del jurado para los crímenes y la competencia reservada de las provincias para dictar sus leyes. Quedan para el futuro la reconsideración de nuevos argumentos en favor de la unanimidad del veredicto y de cuáles son los límites de las provincias para regular los aspectos básicos del juicio por jurados.

La Corte resolvió también de manera definitiva que la futura ley de juicio por jurados que dicte el Congreso federal (C.N., art. 75, inc. 12) no podrá aplicarse obligatoriamente a las provincias y regirá solamente "...sobre los casos que son competencia del Poder Judicial de la Nación".

¿Cuál es el sentido entonces de dictar una ley de jurados del Congreso federal, si los delitos que caen bajo la jurisdicción federal son contados con los dedos de la mano? Con la conversión de la CABA en una provincia autónoma, la jurisdicción *federal / nacional* en materia penal —que jamás se entendió muy bien qué es, cómo se organiza y cómo funciona— queda vaciada por completo de contenido. Dictar una ley de juicio por jurados para que de tanto en tanto se juzgue un caso de narcotráfico, un secuestro extorsivo o el enriquecimiento ilícito de algún funcionario del gobierno federal es un despropósito.

La jurisdicción federal penal y civil comercial de los Estados Unidos —de donde proviene nuestra Constitución Nacional— es mucho más generosa y, con el tiempo, su Corte Suprema ha afianzado una interpretación de su art. III (nuestros arts. 116 y 117, C.N.) que ha dado como resultado un juego completo de relaciones entre los tribunales de los estados locales y los federales.

Ambos sistemas de tribunales tienen jurisdicción exclusiva en algunas áreas y jurisdicción concurrente en otras, pero los dos

juzgan desde homicidios, abusos sexuales, lesiones y cualquier otro delito típico de un sistema penal cualquiera. La misma redefinición deberá hacer la CSJN si pretende que los tribunales federales con asiento en las provincias juzguen alguna vez un caso ante un jurado. Debe evitarse el dictado de una ley meramente decorativa.

Nuestra más grande aspiración es ver a la Corte Suprema de Justicia de la Nación convertida en el baluarte de la protección del juicio por jurados en la Argentina. *Vaya si lo ha hecho en este primer precedente.*

Como dijimos en el *amicus curiae*, debemos comprender la dimensión de protección constitucional del juicio por jurados que tienen las cortes supremas de justicia del *common law*. Sus decisiones resuelven los casos pero, a la vez, custodian monolíticamente desde hace siglos al juicio por jurados y a sus notas características, por ser estas integrantes de la Constitución.

Que así sea con nuestra Corte.

reglas de impugnación propias del recurso común (ley 2784, art. 236) y las especiales previstas para el juicio por jurados (ley 2784, art. 238).

Ese control permite revisar los hechos, la prueba y el derecho sin cortapisa, actividad que opera, esencialmente, sobre las instrucciones escritas impartidas por el juez al jurado y el examen de los registros de la audiencia (obligatorios) con relación al principio de duda razonable.[21] El procedimiento satisface íntegramente, en tales condiciones, el estándar del precedente "Casal" (*Fallos,* 328:3399) y disipa el cuestionamiento del recurso.

La inadvertencia conceptual ha dejado sin respuesta satisfactoria el agravio tratado y no premia el esfuerzo significativo de la Corte en los tramos restantes del *dictum*.

3. *Conclusiones*

La sentencia comentada representa un hito de la historia judicial argentina. La Corte nacional ha avalado, en su configuración sustancial, el sistema de juicio por jurados y autoriza la reflexión de que se ha instalado para quedarse. Hagamos votos para que este impulso se refleje pronto a nivel nacional y en el resto del país, disuadiendo el rechazo, las dudas e imprecaciones que procuraron desprestigiar inútilmente al jurado durante tanto tiempo.

El activismo de la legislación provincial indica que finalmente sucederá otra vez el fenómeno que hace muchos años clausuró la polémica entre los partidarios del procedimiento escrito y de la oralidad: el juicio por jurados se habrá de imponer por legitimación histórica pese la fuerte tradición que ha expropiado al pueblo la solución de los conflictos sociales más graves.

Por cierto, el contenido de este litigio ha expuesto una parte mínima de la dimensión institucional del jurado que es imprescindible asumir por completo. La experiencia demuestra, por ejemplo, que subsiste un vacío intelectual masivo respecto al funcionamiento del contraexamen de testigos y peritos *(cross-examination)*, que en los Estados Unidos de Norteamérica ha generado una obra —entre muchas— de más de 1000 páginas escrita por dos abogados litigantes (Larry Pozner, Roger Dodd *[notscholars]*[22]). La cita traduce el aviso de

[21] Conf. HARFUCH: *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, cit., pp. 307 y ss.

[22] "No eruditos" de gabinete.

que es necesario estudiar y practicar raudamente, si los operadores internos y externos no quieren quedar rezagados ante el progreso inevitable de la justicia.

El cambio no se limita a la legislación procesal. El derecho penal también debe ser traducido al vocabulario y entendimiento raso del ciudadano que puede llegar a ser jurado. La dogmática al uso, que estudia el delito en peldaños forjados a comienzos del siglo XX, ha quedado inmersa en una profusión de abstracciones y controversias inaccesibles al sentido común. Ningún juez puede explicarle al jurado las teorías múltiples que pugnan por definir los límites estructurales del dolo eventual sin provocar la perplejidad de los oyentes y el riesgo cierto de fracaso del juicio.

Es imprescindible afrontar la auténtica reforma penal de la época, que en la ciencia debe comenzar por la renuncia a las diversas modalidades de la teoría de imperativos, el desplazamiento de la atención a las expectativas sociales verificables empíricamente y, más que nada, la simplificación de las categorías redundantes que dividen a los presupuestos de la punibilidad.

La tarea incipiente partirá de "Canales".

Anexo 50

Título: Juicio por jurados: ¿derecho u obligación? Principios jurídicos implícitos y explícitos
Autor: Castro, Florencia
Publicado en: DPyC 2020 (marzo), 13/03/2020, 158
Cita Online: AR/DOC/4183/2019

Sumario: I. Introducción.— II. Identificación de principios y su derivación constitucional.— III. La necesidad de ponderación de los principios analizados.— IV. La doctrina sentada por el fallo "Díaz Villalba" (Tribunal de Casación Penal BA, sala IV).— V. Conclusión.

(*)

I. Introducción

El 26 septiembre del 2013 se promulgó en la Provincia de Buenos Aires la ley 14.543, que incorporó al Código Procesal Penal la figura del Juicio por Jurados, cumpliendo finalmente un mandato constitucional que llevaba siendo sistemáticamente ignorado por más de 160 años. Esta ley significó para muchos —y me incluyo— una verdadera "reparación histórica", en tanto "vino a instituir definitivamente a los jueces designados por la Constitución Nacional para juzgar en los crímenes y en todos los juicios de todas las ramas del derecho" (1): los jurados.

Dicha norma no fue una ley más. No se trató, bajo ningún punto de vista, de un ejercicio legislativo común y corriente. Su sanción significó un cambio profundo y estructural, y no solo por la trascendencia del instituto del jurado. El dictado de esta ley no hizo otra cosa más que "activar una norma constitucional de aplicación directa" (2), como es el art. 118 de nuestra Constitución Nacional. Una norma que se encontraba congelada en el tiempo, sujeta a una condición suspensiva casi eterna: que el legislador pusiera en marcha el juicio por jurados, organizándolo y reglamentándolo.

A la ley 14.543 la inspiraba una finalidad evidente: establecer de una vez por todas al juicio por jurados como la regla para el juzgamiento de los crímenes. Es decir, aquellos delitos que nuestro Código Penal considera muy graves. La ley admite la renuncia para supuestos excepcionales, donde el imputado debidamente asesorado así lo solicitase con anterioridad a la elevación de la causa a juicio. Y todo ello se hizo en sintonía con las magistrales palabras que Alberto Binder nos dejó allá por el 2005, tras proponer la lectura de la manda constitucional del art. 118, CN al revés: "[E]stá prohibido que los juicios criminales sean juzgados por jueces profesionales" (3).

Fue así que se incorporó el artículo que algunos entienden como el más "político" de la ley: el que considera al jurado como un instituto renunciable por el acusado (4). Esto pudo deberse básicamente al temor inicial a que pudiera haber un colapso de juicios o quizás también a la tradición de siglos del common law, en donde el juicio por jurados es considerado un derecho del acusado (5). Sea como fuese, el legislador optó por un modelo de transición gradual en la aplicación del juicio por jurados. Un instituto que no solo no se corresponde con nuestra tradición jurídica heredada de la Inquisición europea, sino que la pone en crisis total.

En estos términos fue que el art. 2º de la Ley de Jurados bonaerense incorporó el CPPBA el art. 22 bis, que in fine reza:

"En el plazo previsto en el art. 336, el imputado, personalmente o por intermedio de su defensor, podrá renunciar a la integración del tribunal con jurados, en cuyo caso el tribunal se conformará de acuerdo con lo establecido en el art. 22.

"(...)

En caso de existir pluralidad de imputados, la renuncia de uno de ellos determinará la integración del tribunal de conformidad a lo establecido en el art. 22" (6).

El punto neurálgico del problema aquí es el siguiente: la ley no solo estableció que el derecho a ser juzgado por jurados populares es renunciable, aún contra la letra expresa del art. 118 de la CN. Además, en caso de existir multiplicidad de imputados, la renuncia de uno de ellos al juzgamiento por jurados obliga a todos los demás a ser juzgados por jueces profesionales.

Esta norma ha sido calificada de "desgraciada" y "desconcertante" (7)por motivos evidentes: la sola opción de uno de los coimputados por un juicio ante jueces profesionales obliga inmediatamente a los demás a tener que ser juzgados de la misma manera, aun cuando mediare su voluntad expresa de ser juzgado/s por el jurado popular que le garantiza la Constitución Nacional.

Este será el punto central de nuestro trabajo. Se observa prima facie una aparente colisión entre dos principios: el derecho de un imputado a ser juzgado por jurados populares (8), y el derecho del otro imputado a renunciar a algunas garantías constitucionales que, en el caso concreto, será la renuncia a su garantía de ser

juzgado por sus pares, sometiéndose a un juicio ante jueces profesionales.

El objetivo de este trabajo será entonces, desde un enfoque lógico-analítico ius-positivista, identificar el origen de estos dos principios y delimitarlos y ponderarlos utilizando como herramienta metodológica la fórmula de peso de Robert Alexy. Luego determinar, con base en los resultados obtenidos, si la norma analizada ha sido un acierto o un desacierto por parte de los legisladores.

Finalmente, y dado que este tema ha sido recientemente tratado por la sala IV del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en el fallo "Díaz Villalba", se pretende comparar los resultados que se obtengan con los fundamentos invocados por el tribunal, evaluando la compatibilidad de los fundamentos y las conclusiones.

II. Identificación de principios y su derivación constitucional

Las normas jurídicas pueden dividirse en dos clases: reglas y principios, diferenciados entre sí básicamente por su estructura lógica (Alexy 1997).

Son principios aquellas normas jurídicas cuya estructura básica es la de un mandato de optimización (9), que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado. Es decir, que en vez de determinar lo que debe hacerse, disponen "que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes" (10). Las reglas, en cambio, que se caracterizan por ser normas que, o bien pueden ser cumplidas o no (11).

De esta forma, los principios poseen una "dimensión de peso", porque resultan mandatos definitivos o exactos. Es decir, "... son normas que ordenan que algo sea cumplido en la medida exacta en que ellas lo exigen, no más ni menos" (12). Y por ello los principios pueden colisionar, problema que deberá ser abordado desde el método de la ponderación.

Los principios son entonces nomas que se caracterizan por tener un grado de generalidad muy alto, contrariamente a las reglas, que son normas con un grado de generalización más bien bajo.

Atienza y Ruiz Manero, por su parte, han dicho que la diferencia contundente es que las reglas configuran el caso en forma cerrada, mientras que los principios lo hacen en forma abierta.

Respecto del concepto caso-solución, para introducir al lector, diré que hablamos de casos cuando nos referimos a las circunstancias fácticas que considera la norma para su aplicación, mientras que la solución será las consecuencias jurídicas que ella prevé (13).Pues mayormente las normas se traducen en estructura condicional, el caso sería el antecedente —es decir, las propiedades relevantes que se traducen en circunstancias fácticas de aplicación— y la solución sería la consecuencia. Es decir, la solución jurídica prevista.

Mientras que en las reglas las propiedades relevantes son un conjunto terminado fácilmente identificable, en el caso de los principios esto no sería posible, dado que las propiedades no se encuentran determinadas con claridad (Atienza y Ruiz Manero) (14).

Esto quiere decir que los principios son normas jurídicas cuya estructura lógica, en un sistema caso-solución serán o bien abierta-cerrada o abierta-abierta. En el primer caso, serán principios jurídicos propiamente dichos, en los cuales el caso o antecedente es abierto o no definido, y la solución jurídica prevista es bien determinada. Un ejemplo de ello puede ser el derecho a circular libremente. En el segundo caso, nos referimos a las directrices, es decir los principios más generales de todos, cuyo ejemplo más claro sea quizás el derecho a la vida.

II.1. Identificación de los principios

Breve mención ahora a los conceptos de principio y de garantía. Y es que, aunque pareciera que las utilizamos como sinónimos, existe una sutil pero no menor diferencia entre ellos: mientras que los principios son esas normas generales o derechos que se expresan como mandatos de optimización, las garantías son más bien los mecanismos disponibles para hacer efectivos esos derechos, es decir, para materializarlos en la realidad.

Si bien no entraremos en detalles sobre este asunto, me referiré luego al derecho de ejercitar o no ciertas garantías por motivos prácticos. Sin embargo, es una distinción relevante para tener en cuenta.

Fijada preliminarmente la noción de principio, el paso siguiente será delimitar aquellos principios sobre los cuales trabajaremos de aquí en más. Inicialmente, presupondré intuitivamente la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de dos [2] principios cuya estructura en el sistema de caso-solución es más bien abierta-cerrada (15) . Luego verificaré su validez a partir de la normativa vigente (16). Estos principios serían, a saber, los siguientes:

Pa = El derecho de un imputado a ser juzgado por jurados populares o ser juzgado por sus pares.

Pb = El derecho de un imputado a renunciar o no ejercitar sus garantías constitucionales en el marco de un proceso penal (más concretamente, a su derecho a ser juzgado por un jurado popular).

La estructura de ambos principios en la configuración del caso es abierta, dado que no se identifican claramente las circunstancias fácticas de aplicación de la norma. Es decir, no determinan claramente las propiedades relevantes.

Es cierto que cuando nos referimos al "derecho de un imputado" pareciera ser por la redacción que el caso se encuentra de alguna forma delimitado. Sin embargo, ese fragmento ha sido colocado adrede a los efectos de reforzar la idea de que se trata del mismo derecho expresado en sus dos posibles variables: a) por la positiva y por la negativa; y b) en cabeza de sujetos distintos. Por ello, se habla del "derecho de un imputado", por oposición al "derecho del otro imputado".

Independientemente de ello, cuando hablamos de los principios en sí, del "derecho a ser juzgado por jurados populares" o el "derecho a disponer de garantías constitucionales", nos referimos a derechos generales que nos alcanzan o competen a todos. Esto es concretamente lo que da cuenta de que se trata en ambos casos de una norma general, que denota en forma evidente un caso de tipo abierto.

Por otro lado, en ambos Pa y Pb la solución es cerrada, porque la consecuencia jurídica se encuentra claramente determinada. Así, para el caso de Pa la solución será Fa —siendo F el operador deóntico facultativo y a la acción de optar por un juicio por jurados— (17). Respecto de Pb, la solución estaría configurada por su redacción en sentido inverso, como F-a: nuevamente F es el operador facultativo, y —a la acción de optar por un juicio por jurados expresada por la negativa. Es decir que —a representa opción de no optar por un juicio por jurados, que implicaría entonces una disposición de dicha garantía. La solución normativa es casi idéntica y no parecería entonces haber una diferencia estructural entre Pa y Pb.

Esto sucede porque, si se observa bien, ambos principios resultan ser en verdad distintas caras de la misma moneda. En efecto, una garantía —o derecho— o bien se ejercita, o bien no se ejercita. Lo que implicaría una renuncia, para decirlo claramente con otras palabras. No se trata estrictamente de dos principios distintos, sino del uso o no uso de uno solo: el derecho a gozar de una garantía constitucional. La "renuncia", en este sentido, implica la segunda opción.

Lo que sucede en este caso en análisis es que un mismo principio pareciera desdoblarse en dos frente a la existencia de multiplicidad de imputados. Es decir, hablamos de la pérdida de un derecho por el ejercicio del mismo derecho en sentido contrario por parte de un sujeto diferente.

Por este motivo, he optado metodológicamente por trabajar estos dos sentidos como principios diferenciados, dado que cuando uno de los imputados decide no hacer uso de su garantía a ser juzgado por jurados populares, ello necesariamente implica privar al otro de hacer valer su legítimo derecho de ser juzgado por sus pares.

Incluso otra forma de expresar la solución de estos principios es entenderlos netamente en sentido minimal: es decir, en términos de permitido (p)—, donde la solución del Pa es Pa (permitido a, siendo a el derecho a optar por un juicio por jurados), y la solución de Pb es P-a (permitido —a, entendiendo a en el sentido anterior). Si seguimos esta idea, Pa y Pb serían dos principios que, en última instancia, estarían delineados por la misma expresión maximal: Fa (facultativo a), que se conforma conjuntamente por los operadores minimales Pa y P-a.

De cualquier manera, en términos lógicos, el problema radica en que si uno de los imputados pretende hacer uso de su derecho en términos de la expresión minimal P-a, y otro en sentido de Pa, el resultado será P-a para el primero, y O-a para el segundo (siendo O el operador deóntico obligatorio). Es decir, la elección del primero de disponer de su garantía (P-a) prima por sobre la del segundo, resultando ambas voluntades incompatibles en tanto torna la renuncia obligatoria para el segundo imputado (O-a).

Trabajaremos entonces sobre el mismo principio en sus dos sentidos posibles y en cabeza de sujetos diferentes: para uno, en sentido positivo, como el derecho a hacer uso de un derecho. Para el otro, en negativo: el derecho a disponer de ese mismo derecho.

Antes de continuar, una última cuestión conceptual relativa a los principios y a su clasificación, ya que será relevante en lo que sigue. Existen dos tipos fundamentales de principios, a saber: los principios explícitos y los principios implícitos.

Los principios explícitos son aquellos que se extraen directamente de algunas disposiciones jurídicas determinadas (18). Un ejemplo claro es el principio de legalidad, que se desprende directamente del art. 18, CN: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso". Otro es el principio de reserva del art. 19, CN: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas

de la autoridad de los magistrados".

La cuestión relativa a los principios implícitos resulta un tanto más complicada, dado que no existe una única definición conceptual. Partiendo de la lógica positivista (19), los principios implícitos pueden definirse por oposición a los explícitos: son aquellos que no pueden extraerse —es decir, no son el significado— de determinadas disposiciones jurídicas. Son principios implícitos los que no son explícitos. Al no surgir directamente de disposiciones legales, dichos principios implícitos se justifican de dos posibles maneras: o bien por especificación, o por derivación de uno o más principios jurídicos explícitos de carácter más general, o bien por generalización a partir de un conjunto de normas específicas (20).

Una forma de concebir a los principios implícitos —aunque no la única—, es entenderlos como "normas generales que se obtienen a través de un proceso de abstracción o inducción completa a partir de las soluciones de las reglas" (21)—definición que se inclina evidentemente por la vía de la generalización (22).

Estas nociones orientativas de principios implícitos y explícitos resultan relevantes para este trabajo. Porque, para verificar la validez de los principios Pa y Pb en nuestro sistema jurídico (23), se precisa primero determinar frente a qué clase de principios nos encontramos. Dependiendo si se trata de implícitos o explícitos, el camino metodológico para justificarlos será muy diferente.

A continuación, analizaremos en profundidad los principios Pa y Pb en acápites diferenciados:

II.1.a. Del derecho a ser juzgado por un jurado popular (Pa): su origen constitucional como garantía

Ciertamente, la identificación de Pa es quizás la que menos dificultades conlleva. El propio Julio Maier identifica este derecho como una garantía constitucional autónoma, de primerísimo orden, integrante del grupo de las garantías derivadas de la organización judicial (24). Él ya ha señalado que: "De tal manera, el ser juzgado por los propios conciudadanos es hoy antes un derecho fundamental de cada habitante, que una forma específica de distribución del poder político o de organización judicial" (25).

Su verdadera naturaleza de garantía es por demás clara, así como también su fundamento constitucional. Y esto es porque la garantía de ser juzgado por jurados populares surge en forma explícita de tres artículos ubicados estratégicamente en tres partes diferentes de la CN:

Art. 24, CN: El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados.

Art. 75, inc. 12, CN: Corresponde al Congreso: (...) 12) (...) y especialmente leyes generales para toda la Nación (...) que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

Art. 118, CN: Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando este se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

Esta triple invocación constitucional denota que la intención de los constituyentes era notoria: se debía establecer y reglamentar el sistema de juicios por jurados en todos los fueros y ramas del derecho; pero muy especialmente de manera obligatoria en los juicios criminales (es decir, aquellos delitos penales considerados graves). En otras palabras, para la Constitución, los jueces naturales del hecho son y siempre han sido los jurados.

De las normas citadas podemos entonces concluir que la garantía constitucional del derecho a un juicio por jurados reviste un innegable carácter de principio explícito, ya que surge expresamente no de una, sino de tres normas constitucionales.

II.1.b. Del derecho del imputado a renunciar a sus garantías constitucionales

La identificación de este principio resulta tal vez un poco más compleja. Esto es porque Pb no se desprende directamente de ninguna disposición jurídica en concreto, lo que nos adelanta que nos encontramos en presencia de un principio más bien de carácter implícito.

Corresponde entonces plantearnos los siguientes dos interrogantes: 1) ¿existe verdaderamente un derecho a renunciar a las garantías constitucionales? ¿O al menos a algunas de ellas? 2) De ser así, ¿cómo podemos fundamentar la existencia de este derecho en nuestro sistema jurídico?

Parecería en realidad de que estamos en presencia dos caras de la misma moneda: el derecho a gozar de ciertos derechos y el derecho a no hacer uso de esos derechos o a renunciarlos. Hemos visto que el derecho a tener derechos —o garantías, como el juicio por jurados— es más sencillo de identificar, ya que se desprende directamente de tres cláusulas normativas de raigambre constitucional. Por su parte, el derecho a disponer de

ciertos derechos trae mayores complicaciones, dado que es un debate que no se encuentra del todo resuelto. A lo largo de la historia se han planteado un gran número de discusiones ius-filosóficas que trataron la cuestión de si los derechos son o no disponibles.

Por eso, para responder la primera pregunta de si existe o no un derecho a disponer de derechos constitucionales, veamos las distintas posturas. Recién luego de analizar concretamente cuál ha sido la postura adoptada en nuestra legislación, habremos de responder a nuestra segunda pregunta. Finalmente, abordaremos el asunto de la validez del derecho en concreto de renunciar a la garantía de juicios por jurados en la Provincia de Buenos Aires.

II.1.b.i. Discusiones ius-filosóficas relativas a la renunciabilidad de las garantías constitucionales

Posturas más bien liberales han considerado que prácticamente todo derecho es renunciable. Carlos Nino, al explicar la importancia del consentimiento como legitimante de la coerción estatal sobre el individuo, señalaba: "La segunda causal que hace legítima la coerción estatal está dada por el consentimiento de los destinatarios de tal coerción estatal. El valor del consentimiento deriva (...) del principio de dignidad de la persona, que permite tomar en cuenta como antecedente de responsabilidades los actos voluntarios o las decisiones de los individuos" (26). El derecho renunciar a ciertos derechos vendría estrechamente ligado a la dignidad humana y el principio de autonomía de la persona. Para Nino, la única forma de hacer caer este consentimiento es por la existencia de un vicio de la voluntad, tal y como se analiza en materia contractual.

Para estas escuelas, un concepto liberal de la sociedad que respete los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona implica necesariamente la posibilidad de disponer derechos y consentir coerción, en virtud del plan de vida que desee llevar adelante el sujeto involucrado.

Por su parte, hay quienes se orientan más bien hacia posturas mixtas, donde existen garantías renunciables, y otras que no lo son:

Andrés Harfuch lo ha dicho en simples y concretas palabras: "Hay algunas garantías constitucionales que son renunciables. Otras no, y se las considera indisponibles..." (27). P. ej., en ciertos casos, la renuncia a la garantía de juicio oral y público es posible mediante el instituto del juicio abreviado (28).

Ferrajoli, si bien no lo menciona explícitamente en sus textos, se enrola en esta postura. P. ej., dentro del grupo de las garantías renunciables, incluye al derecho de defensa. El maestro menciona que "naturalmente 'defensa técnica obligatoria' no quiere decir que la asistencia de un abogado dotado de capacidad profesional sea una obligación para el imputado, sino que es un derecho, al que puede renunciar libremente, sin perjuicio de la obligación del Estado de asegurarla gratuitamente si aquel no dispone de medios para beneficiarse de ella" (29).

Por otra parte, el principio de legalidad sería parte del grupo de garantías irrenunciables, al referir que "... una vez reconocido que el principio de legalidad penal incorporado al derecho positivo moderno como criterio de legitimación interna es en todo caso una garantía irrenunciable contra el arbitrio punitivo y tiene como tal también el valor de un fundamental principio de justicia..." (30).

II.1.b.ii. Postura adoptada por nuestro sistema jurídico

Veamos en concreto cómo se ha sido interpretado y reglamentado esta idea en la legislación actual e incorporado consecuentemente a nuestro sistema jurídico. Pero como se trata de un principio implícito, es preciso retomar lo que hemos visto respecto de sus diversas formas de validación.

Los principios jurídicos implícitos no tienen una única forma de justificarse. Las dos más comunes son a) por vía de generalización, a partir de un conjunto de normas jurídicas positivas más específicas; b) o bien por derivación o especificación, a partir de uno o más principios jurídicos explícitos de carácter más general. Incluso hay quienes han sostenido que algunos principios jurídicos pueden ser obtenidos por más de una de estas variables a la vez (31).

En este caso efectuaré un análisis por vía de generalización. Partiré desde lo particular en dirección a un plano general, tomando como referencia un conjunto de normas válidas en nuestro sistema jurídico. Esto permitirá evaluar qué postura ha adoptado nuestra legislación y, consecuentemente, determinar si es posible o no afirmar la existencia de Pb.

II.1.b.ii.i. El procedimiento de generalización por vía de abducción o "inferencia a la mejor explicación"

Un procedimiento de generalización puede ser justificado a partir de distintos métodos. Por ejemplo, el falsacionismo poppereano, la inducción —común, o probabilística—, la inducción completa (32), la abducción o inferencia a la mejor explicación (de aquí en adelante "IME"), entre otros.

El desarrollo in extenso de las implicancias de cada una de estas variables metodológicas es imposible aquí, pero es necesario tratar algunos conceptos básicos antes de continuar. Haré algunas menciones relativas al

concepto general de inducción, y su diferencia fundamental con la abducción.

Respecto de la primera se ha dicho que "... hay inducción cuando generalizamos a partir de un número de casos de los que algo es verdad, e inferimos que la misma cosa es verdad de una clase entera" (33).

Siguiendo esta idea, p. ej., la inducción probabilística "... ofrece un criterio de justificación cuantitativo. En términos simples puede señalarse que, según este criterio, una generalización obtenida mediante inducción se fundamenta en su mayor grado probabilístico respecto de otras generalizaciones rivales" (34). Así, los principios pueden justificarse en grados porcentuales —90%, 80%, etc.— que surgen a partir de la existencia de casos recalcitrantes que no lo verifican en la realidad (35). Esta es concretamente la mayor crítica que se le hace al método de inducción en las ciencias jurídicas: su insensibilidad al acaecimiento de casos recalcitrantes.

Contrariamente, la abducción o IME se diferencia muy sutilmente de la inducción al ofrecer un criterio de análisis más cualitativo que cuantitavivo:

"Hay inducción cuando generalizamos a partir de un número de casos de los que algo es verdad, e inferimos que la misma cosa es verdad de una clase entera. O, cuando hallamos que cierta cosa es verdadera de cierta proporción de casos, e inferimos que es verdadera de la misma proporción de la clase entera. La hipótesis (abducción) se da cuando encontramos alguna circunstancia muy curiosa, que se explicaría por la suposición de que fuera un caso de cierta regla general, y en consecuencia adoptamos esa suposición... Se han descubierto fósiles; digamos, restos como de peces, pero muy en el interior del país. Para explicar el fenómeno, suponemos que el mar cubrió en tiempos remotos esa tierra. Esa es una hipótesis. Mientras la inducción es un razonamiento de los particulares a la ley general, la abducción es del efecto a la causa. "La abducción es una forma de razonamiento cuya conclusión es una hipótesis" (36)(Pierce 1902). Es decir, que este tipo de metodología parte de la formulación de una hipótesis normativa no explicitada, para afirmar la existencia de un conjunto de reglas sí explicitadas (37).

"Mientras que la inducción probabilística ofrece un criterio de justificación cuantitativo, la abducción ofrece uno cualitativo: la hipótesis es la razón del efecto, su explicación. Por ello, a diferencia del falsacionismo y de la inducción probabilística, la abducción normativa es un criterio que posee resistencia a los casos recalcitrantes ya que estos, en la medida en que sean casos aislados, no falsifican la hipótesis ni exigen su inmediata revisión; más bien lo contrario: una vez justificada abductivamente una generalización a través de ella puede corregirse el caso recalcitrante tornándolo coherente" (38).

La IME se trata entonces de una variable metodológica mucho más robusta, que incluye, en vez de excluir los casos recalcitrantes que no verifican el principio. Por ello, corroboraremos Pb por este camino.

II.1.b.ii.ii. Normas específicas para realizar la abducción

La normativa vigente en materia penal en el plano nacional ha regulado determinados institutos que necesariamente suponen el derecho a renunciar a garantías constitucionales en el marco de un proceso penal. O a no hacer uso de ellas. Siendo que resulta de suma dificultad abarcar la totalidad de normas de nuestro sistema jurídico que implican o permiten tanto explícita o implícitamente una disposición de alguna garantía constitucional, he optado por las cuatro que resultan, a criterio personal, las más claras:

- Art. 431 bis, CPPN: Juicio Abreviado

- Art. 76 bis, Cód. Penal: Suspensión de Juicio a Prueba o Probation.

- Ley 27.304: Figura del imputado colaborador.

- Art. 104, CPPN: la facultad que tiene un imputado de ejercer su propia defensa material.

Quizás el caso más ilustrativo y polémico de todos es la figura del imputado colaborador, introducido por la ley 27.304. En ella, el imputado, renuncia a la garantía de "prohibición de compelerlo a la autoincriminación", derivada del derecho de defensa consagrado por el art. 18, CN, y de la concepción de este como un verdadero sujeto de prueba. Decimos que renuncia, en el sentido de que hace uso de su derecho de no autoincriminarse a su conveniencia, y conforme su estrategia propia de defensa (39). Mediante este instituto, el imputado puede efectuar manifestaciones autoincriminantes a cambio de ciertos beneficios, que usualmente se traducen en la reducción de la pena a aplicar.

El centro de la garantía es que se encuentra vedado para el Estado compeler al imputado a declarar contra sí mismo. Es decir, no es una prohibición del imputado de autoincriminarse, sino dirigida imperativamente al Estado para que se abstenga de usar medio prohibidos.

Aquí es donde radica el punto neurálgico del problema: muchos lo consideran solapadamente coactivo, dado que se suele utilizar como un medio para presionar al imputado para que hable y se autoincrimine a sí mismo, además de incriminar a otros. De esta manera, no estaríamos en presencia de una acción plenamente libre, sino

más bien viciada, ya que los funcionarios judiciales tienen siempre mecanismos sutiles de coacción que condicionan las acciones los individuos.

Es por ello que se trata en principio de una renuncia —o disposición— de una garantía: el imputado, a cambio de lo que parecieran ser beneficios, consiente una coacción solapada, declarando contra sí mismo. Esta coacción implícita casi siempre viene dada por los beneficios que la figura supone para el otorgamiento de la exención de prisión, que se utiliza solapadamente como chantaje. O bien por el temor fundado de que, de no colaborar, colaborará otra persona, y acabará en igual o peor situación que la que tendría si lo hiciera él mismo, debido a que si habla al menos obtendrá algún beneficio.

El instituto del Juicio Abreviado no representa mayores problemas: el imputado, renuncia a su garantía de un juicio oral y público, pactando con la fiscalía una condena menor de la que se solicitaría en juicio, declarándose culpable (40). Si bien es un tipo de medida de las llamadas alternativas, lo cierto es que significa una verdadera condena sin juicio, que el imputado negocia estratégicamente para evitar los riesgos que dicho juicio conllevaría. Se trata para muchos de un método de coacción implícita por parte del órgano de persecución estatal que influye silenciosamente en la decisión del individuo, al amenazarse con solicitar una pena mayor en juicio. De hecho, la poderosa NACDL (Asociación Estadounidense de Abogados Defensores Penales) lo llama trial penalty: el juicio como castigo. Se ha convertido al juicio en una amenaza de un castigo aún mayor. La verdadera pena, entonces, es el debate público en sí mismo (41). Pero es una figura plenamente vigente que permite muchas veces una solución intermedia.

El caso de la Suspensión del Juicio a Prueba o Probation resulta quizás el más dificultoso de entender en términos de renuncia ya que, a diferencia del instituto anterior, no supone una asunción de culpa por parte del imputado. Aquí, sin reconocer hechos ni derechos, por propia voluntad, él decide poner fin al proceso, a cambio del cumplimiento de ciertas pautas de conducta.

Sin embargo, la crítica que se le ha hecho —la cual comparto— es que la imposición de ciertas pautas de conducta se traduce implícitamente en la aplicación de penas solapadas, que parecieran contrariar al principio de inocencia.

Esto es así, ya que dicho principio implica que el imputado debe recibir "trato de inocente", lo que lógicamente no se cumple de aplicarse pautas que condicionen su accionar (42). Si bien lo que se aplica no es estrictamente una pena, significa un recorte o restricción de un derecho. Solo que el imputado lo acepta porque lo considera preferible al riesgo que conlleva el sometimiento a juicio y eventual aplicación de pena de prisión.

A esto se le suma el agregado de que, entre los requisitos de procedencia de la medida, se encuentran disposiciones tales como "Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente", o "El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena". Aquí es donde más evidente resulta el carácter de pena solapada que revisten los requisitos de procedencia del instituto. Y, además, se presenta una clara incoherencia con el "trato de inocente" que debiera recibir el imputado, que no recibe debido a que se le imponen medidas que limitan su libertad. Más aún, tratándose de una medida alternativa en la que no media declaración de culpabilidad.

Una última mención respecto del art. 104, CPPN primer párrafo. Aquí, la norma dispone textualmente que "[e]l imputado (...) podrá también defenderse siempre que ello no perjudique la eficacia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del proceso...". Ello quiere decir que se autoriza al imputado para defenderse por sí mismo, mediante lo que se denomina defensa material, siempre y cuando por supuesto se encuentre dentro de los límites previstos por la norma (43).

Este es un supuesto que en la práctica no suele utilizarse demasiado por los riesgos evidentes que supone para la eficacia de la defensa, lo que casi siempre se traduce en la no admisión de esta figura de hecho. Sin embargo, es una norma que pertenece a nuestro sistema jurídico, por lo tanto, es válida, y debe ser necesariamente considerada en nuestro análisis.

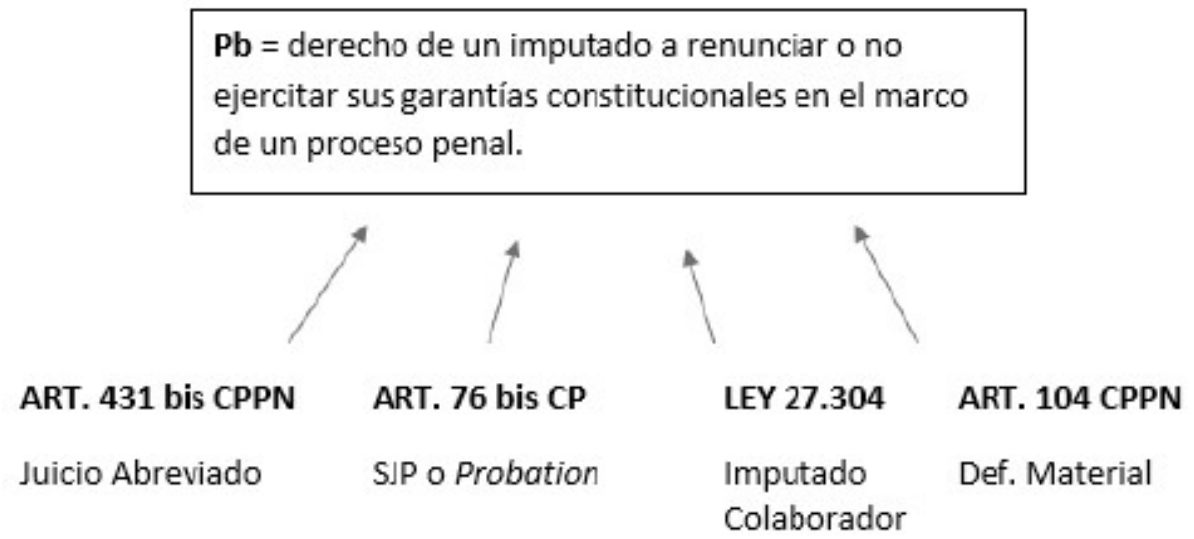
Los casos recalcitrantes son varios, pero quizás el más evidente sea la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18, CN). Si bien en supuestos excepcionales se le permite al imputado renunciar a su derecho a un defensor técnico, nuestra legislación no le permite renunciar a la defensa material eficaz. Esto, por considerar que se pondría en un grado de indefensión y sumisión tal que socavaría ineludiblemente su dignidad humana, lo que resultaría inadmisible en un Estado de Derecho. Por eso es indiscutible el carácter irrenunciable de la garantía.

Otro clarísimo ejemplo es el caso de la garantía del ne bis in idem. La legislación no autoriza al imputado, aunque mediare voluntad expresa, de renunciar a la prohibición de persecución penal múltiple y ser enjuiciado

dos veces por el mismo hecho. Se trata así de otra garantía indisponible.

En fin, existen varias normas a nivel nacional que autorizan al imputado renunciar a —o disponer de— ciertas garantías constitucionales, pese a la existencia de casos recalcitrantes que no lo admiten. Esto da cuenta de que nuestra legislación ha optado por una postura mixta, con cierto tinte liberal, que habilita al imputado en ciertos casos a disponer de ciertas garantías constitucionales.

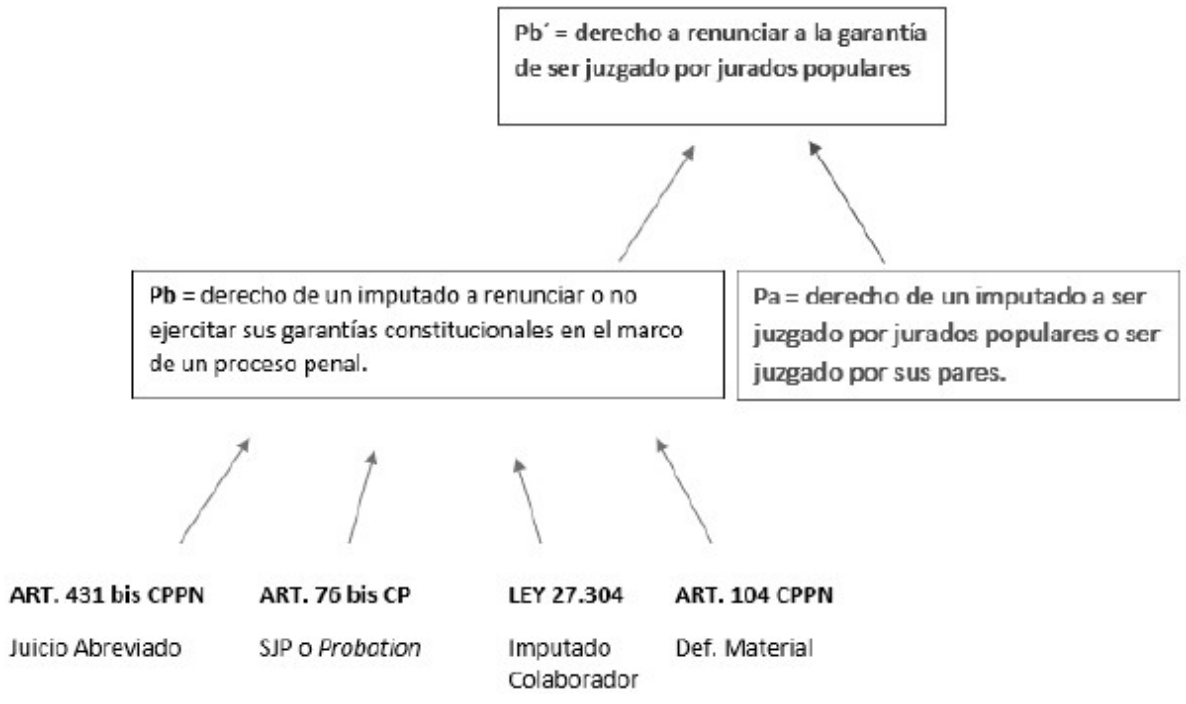
Podemos concluir entonces por vía de abducción que existe en la legislación argentina el principio implícito Pb o derecho a disponer de ciertos derechos o garantías, en sentido abstracto.



Es concordante, además, con la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en esta materia ha dicho en forma implícita que ciertas garantías constitucionales son renunciables, no obstante, el respeto a ciertos mecanismos de control básicos (44).

Incluso es posible incluso dar un paso más. De la combinación de los principios Pa y Pb, podemos obtener un tercero, al que llamaremos Pb': el "derecho de renunciar a la garantía de ser juzgado por jurados populares". Esto se realiza por otro método distinto al que anteriormente denominamos "especificación", que implica la construcción de un principio implícito menos general, a partir de principios más generales (45). Y debido a su grado de mayor especificidad, este será el principio que se ponderará con Pa.

Con esto en cuenta, nuestro gráfico finalmente quedaría configurado de la siguiente manera:



III. La necesidad de ponderación de los principios analizados

El siguiente objetivo es analizar la interrelación de los principios Pa y Pb' en el marco de la norma puesta en crisis.

Preliminarmente ya habíamos advertido que, en el contexto planteado por la redacción del nuevo art. 22 bis del CPPBA, nos encontramos ante un claro caso de colisión de principios.

"Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan prima facie dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso" (46).

En efecto, existe una clara incompatibilidad entre el derecho de un imputado a ser juzgado por jurados populares, y el derecho de otro imputado a disponer de la garantía de juicio por jurados y ser juzgado finalmente por jueces profesionales. Porque, dada la presencia de multiplicidad de imputados, si uno elige renunciar a su garantía obliga automáticamente a los demás a renunciarla también. De esta manera, la coexistencia de ambos principios resulta absolutamente incompatible, lo que lleva necesariamente a la necesidad de tratar esta colisión mediante el método de ponderación.

III.1. Método de ponderación: la fórmula de peso de Robert Alexy

La ponderación puede definirse como "la forma en que se aplican los principios jurídicos" (47). Frente a la hipótesis de existencia de colisión entre dos principios, la ponderación "... es la forma de resolver esta incompatibilidad entre normas prima facie" (48).

Según establece la ley de la ponderación, "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro" (49). Este proceso puede llevarse a cabo por medio de tres pasos fundamentales: "En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro" (50).

Frente a la crítica de que la ponderación resulta ser una labor absolutamente subjetiva, Alexy intentó demostrar que es posible una ponderación que emplee juicios razonables de valor con parámetros de tinte objetivo. Así, descompuso estos "pasos" en tres variables a ser consideradas, a las cuales unifica en un sistema aritmético al que llama fórmula de peso (Alexy, 2002).

Esta herramienta metodológica resulta ser un modo metafórico de resolver casos de colisión entre principios que establece un sistema de preferencias condicionales entre ambos. Ello quiere decir que cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos cederá ante el otro —ergo, será derrotado—, "sin que ello signifique declarar inválido el principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir excepción alguna" (51). Esto significa lisa y llanamente que uno de los principios prevalecerá sobre el otro. Así de simple, aunque obviamente bajo ciertas circunstancias y a la luz siempre de ese caso concreto. Pero de cambiar las circunstancias fácticas de análisis, las preferencias podrían invertirse. Así, "... los principios solo establecerían soluciones normativas de carácter no concluyente, prima facie, que podrían ceder frente a un caso concreto (52). Es por ello que es correcto definir a los principios como "normas derrotables".

Efectuaremos entonces en este apartado un trabajo de ponderación de los principios Pa y Pb', utilizando como método la fórmula de peso de Robert Alexy, siendo los mismos:

Pa = derecho de un imputado a ser juzgado por jurados populares.

Pb' = derecho de un imputado a renunciar a su garantía de juicio por jurados.

Para construir la fórmula de peso, las tres variables a considerar en la ponderación de Alexy se obtienen de la siguiente forma:

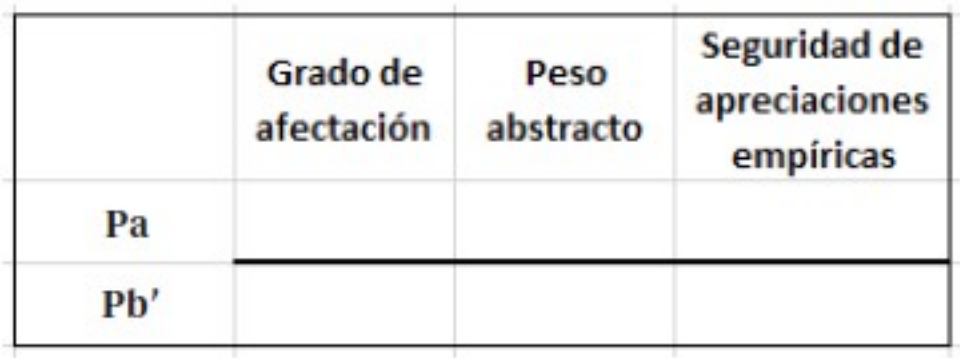
Los dos primeros casos son análogos (ya que en ambos casos "la operación consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción —del primer principio— y de importancia en la satisfacción —del segundo principio—") (53). Estos dos fenómenos constituyen la primera variable, a la que Alexy denomina "grado de afectación de los principios en el caso concreto".

La segunda variable es el llamado "peso abstracto" de los principios, que "se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen" (54). Así, por ejemplo, independiente del caso concreto que se analice, puede determinarse a priori que el derecho a la vida en abstracto un mayor peso que el derecho a la propiedad.

Finalmente, debemos considerar la tercera variable, a la que Alexy denomina la "seguridad de las

apreciaciones empíricas de las premisas". Esta se refiere a la afectación que la primera variable examinada (es decir, el grado de afectación en el caso concreto) proyecta sobre los principios relevantes. Concretamente, "La existencia de esta variable surge del reconocimiento, de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza, y, dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio" (55).

Identificadas estas tres variables, nuestra fórmula de peso se construye de la siguiente manera:



	Grado de afectación	Peso abstracto	Seguridad de apreciaciones empíricas
Pa			
Pb'			

Lo próximo es asignarles a estas variables un valor numérico. Esto es lo que dota al proceso de ponderación de cierto tinte de carácter objetivo. Así, el grado de afectación de los principios y su peso abstracto se puede calcular numéricamente con el siguiente criterio: Leve 1, Medio 2, Intenso 4. Por otro lado, a la seguridad de las premisas fácticas puede atribuírseles valores numéricos según el siguiente parámetro: seguro 1, plausible medio y no evidentemente falso un cuarto.

De esta manera, se analiza cada principio y se le asigna el valor numérico que corresponda, a la luz de cada uno de estos tres parámetros. Esto permite calcular su peso. Veamos el caso concreto:

El grado de afectación del principio A, en caso de prevalezca el principio B resulta ser intensa [4], ya que, de subsistir el segundo, se privaría automáticamente a uno de los imputados de su garantía constitucional a ser juzgado en el marco de un juicio por jurados. Lo mismo ocurre en viceversa, dado que en caso de que prevalezca la garantía de ser juzgado por pares, uno de los imputados se verá absolutamente privado de su legítimo derecho a renunciarlo.

En lo que respecta al peso abstracto ocurre lo siguiente: frente a la multiplicidad de imputados con voluntades contrapuestas, el derecho a gozar de una garantía constitucional tiene sin lugar a duda un peso intenso [4], mientras que el derecho a renunciarla adquiere más bien un valor intermedio [2]. Esto es así dado que, al efectuarse la disposición de una garantía, el individuo queda con una mayor vulnerabilidad frente a las injerencias arbitrarias del estado. Si bien se le permite, en respeto a su dignidad y autonomía personal, es una variable que supone siempre un peligro, que pese a ser asumido, siempre subsiste.

Por ello es que nuestra legislación lo permite en algunos casos puntuales, pero no en forma absoluta. Porque que todavía existe cierto grado de paternalismo estatal que impone ciertos límites para ciertas disposiciones. En este sentido es que la subsistencia de la garantía tendrá siempre un mayor peso abstracto que la renuncia a la misma.

Otra cuestión importante es la manera de entender el art. 118, CN. Si seguimos la propuesta de Binder de leerlo al revés se obtiene una norma que pareciera transformarse en regla: "[E]stá prohibido que los juicios criminales sean juzgados por jueces profesionales". Este es un fuerte golpe para la concepción que tenemos de la garantía ya que, dicho de ese modo, nuestra Constitución impone un mandato inequívoco: el juicio por jurados es obligatorio para todos los juicios penales criminales. En términos lógicos, esto se traduce en una evidente regla de estructura condicional, ya que tanto el caso como la solución quedan configuradas en forma cerrada: JCr--->Oj (siendo JCr la propiedad relevante juicio criminal, O el operador deóntico obligatorio y j el mandato de realizar un juicio por jurados).

Como ya hemos visto, la ley 14.543 no implementó esto al pie de la letra, a diferencia del resto de las provincias en que es obligatorio (Chaco, Neuquén, Córdoba, Río Negro, San Juan, Entre Ríos y Mendoza). Como el juicio por jurados estaba dando sus primeros pasos dentro de una Nación que no lo tenía incorporado en su tradición jurídica inquisitiva, la ley quizás previó una transición gradual y admitió que la sola renuncia del acusado basta para que no haya juicio ante jurados populares.

Además, la Constitución Nacional prevé el establecimiento del juicio por jurados para todas las ramas del derecho (art. 24 de la CN), pero lo considera especialmente obligatorio para los juicios criminales. Es decir, en

todos los demás casos el instituto sería claramente renunciable. Por ello es que, sin perjuicio de la estructura lógica que adquiere frente a algunos casos, podemos en términos generales seguir considerando esta garantía como un principio propiamente dicho.

Es claro que, en caso de duda y a los efectos de preservar al individuo de abusos por parte del Estado, la regla debe ser siempre la garantía porque ofrece un parámetro mayor de protección para el ciudadano.

Por último, la seguridad de las afectaciones empíricas en ambos casos es segura [1]. Esto, porque al tratarse de multiplicidad de imputados la preeminencia del derecho a gozar de la garantía por parte de uno afecta directamente el derecho a renunciarla por parte del otro, y viceversa.

Así, según el desarrollo, nuestra fórmula de peso quedaría configurada de la siguiente manera:

	Grado de afectación	Peso abstracto	Seguridad de apreciaciones empíricas
Pa	4	4	1
Pb'	4	2	1

Asignados los valores correspondientes para cada principio, la ponderación se realiza calculando el producto de los resultados numéricos que se les asignan a cada columna, de la siguiente manera: los números de cada fila se multiplican entre sí, y el valor final será el cociente entre los resultados obtenidos en cada fila.

Si el resultado de la fórmula arroja el número 1, obtenemos un empate entre ambos principios, ya que su peso será idéntico. En los casos donde el valor es mayor a 1, el principio ubicado primero —en este caso Pa— precede al que se encuentra segundo —aquí, Pb'—. Caso contrario, Pb' derrota a Pa.

En nuestro caso concreto, si multiplicamos los valores asignados a cada fila y luego dividimos los resultados obtenidos, obtenemos el siguiente resultado:

	Grado de afectación	Peso abstracto	Seguridad de apreciaciones empíricas		Resultado
Pa	4	4	1	16	2
Pb'	4	2	1	8	

III.2. Análisis del resultado

Al número final que arroja como resultado nuestra fórmula es el valor "2" —es decir un número superior a 1—, lo que significa que el principio ubicado en la parte superior de nuestra estructura (Pa) derrota al segundo (Pb').

Si observamos con detenimiento, podemos ver en este caso que el punto decisivo resultó ser el valor asignado a la variable de peso abstracto para cada principio, en tanto los demás resultaron prácticamente idénticos.

En el caso que nos ocupa —es decir, qué principio debe prevalecer dado el caso de multiplicidad de imputados para la selección del sistema de enjuiciamiento a aplicar—, el principio Pb' tiene un peso menor que el principio Pa. Y toda vez que la fuerza de los principios se mide por la variable del peso, Pb' es derrotado entonces por Pa.

Esto significa que el derecho de uno de los imputados a ser juzgado por jurados populares prevalece, en este caso concreto, por sobre el derecho del otro imputado a renunciar a su garantía y ser juzgado por jueces profesionales.

Esta es la idea que debería haber sido en la norma plasmada por el art. 22 del CPPBA y no al revés, como en efecto ha hecho. Si consideramos que Pa prevalece por sobre Pb', el hecho de que uno de los imputados opte por ser juzgado ante jurados populares debería importar automáticamente la implementación de dicho sistema para el resto, por más que medie voluntad expresa en contrario. Es decir, con que uno solo de los imputados pretenda hacer el goce efectivo de su garantía, debería ser suficiente para que todos los demás deban hacerlo.

Dicho en términos sencillos, el derecho de una persona a gozar de un derecho prima por sobre el derecho de otra a disponer del mismo.

IV. La doctrina sentada por el fallo "Díaz Villalba" (Tribunal de Casación Penal BA, sala IV)

Antes de concluir, haré una breve mención al fallo "Díaz Villalba", donde la sala IV del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, integrada por los doctores Mario Kohan y Carlos Natiello, se expidió respecto de la constitucionalidad de del art. 22 bis in fine del CPP.

Este fallo, mediante argumentos muy diferentes a los empleados en este trabajo, llegó igualmente una conclusión contundente: que el mentado artículo debe ser declarado inconstitucional, por resultar violatorio a la garantía de Juez Natural consagrada por el art. 18, CN, y demás pactos internacionales de jerarquía constitucional.

El Tribunal parecería no tratar en principio a la garantía de Juicio por Jurados como una garantía per se, sino más bien como una derivación de la garantía del Juez Natural. La sentencia dice: "[E]n tanto existe un Juez más "natural" que otros jueces, el cual no es otro que el jurado popular...". Esta es una forma muy interesante de verlo, pero habrá que ampliarla en el futuro. En este trabajo hemos tratado al derecho a ser juzgado por jurados populares como una garantía autónoma de primer orden (art. 24, CN) tal y como lo estipula la doctrina de Julio Maier y Andrés Harfuch (a la cual desde ya adhiero) (56).

Pero lo cierto es que también la garantía se encuentra íntimamente relacionada con de Juez Natural dado que, como ya se ha dicho, "el juez natural de los hechos son los jurados" (57).

Los dos jueces revisores acertadamente entendieron que el artículo en crisis invertía el orden garantía/excepción en los casos de pluralidad de imputados, dado que la renuncia de un imputado a su garantía conllevaba necesariamente la privación de los demás de su garantía del juez natural.

Concretamente, luego de reconocer que el juicio por jurados es un mandato constitucional, concluyeron lo siguiente: "[L]o que aquí se resuelve en definitiva no es solamente la privación de la garantía de intervención del (...) juez 'más natural entre los naturales' como lo es el jurado, sino el sometimiento a un procedimiento completamente distinto y con reglas diferentes, las cuales no solamente se limitan a la división del rol de juzgamiento sino, p. ej., a las notas distintivas que hacen al sistema de valoración de la prueba que rige para los jurados populares y para los Jueces profesionales, entre muchas otras".

Y, lo que es más, al concluir se atrevieron a ir un poco más allá, dado que no solo declaran la inconstitucionalidad de la norma, sino que también sugieren a los legisladores modificar su redacción, porque "ningún ciudadano puede ser privado de ser juzgado por ese "juez más natural entre los naturales".

Finalmente, refieren que "la disyuntiva relativa a la coexistencia de varios imputados con intereses contrapuestos en relación con si son enjuiciados por vía de jurados o de jueces profesionales debe ser resuelta a favor del primero de los sistemas, haciendo prevalecer la intención del constituyente por sobre cualquier otra que derive de las leyes locales".

Con mucho criterio y sensatez, pese a recorrer metodológicamente caminos muy distintos, la conclusión del tribunal resulta absolutamente coherente y en línea con la que hemos obtenido aquí, ya que ambas se orientan en el mismo sentido: que el derecho a ser juzgado por jurados populares prevalece por sobre el derecho a renunciar a dicha garantía.

V. Conclusión

Hasta aquí, un camino interesante. Hemos puesto en términos de lógica de normas una sensación que se hacía percibir ya desde el propio sentido común. Pero el sentido común algunas veces nos engaña. Por eso decidimos cambiar el abordaje de análisis para ver si, aun así, y por distintos medios, confirmábamos este presentimiento latente: que el art. 22 in fine del CPP de la provincia de Buenos Aires se había redactado en el sentido equivocado.

Es desconcertante que una ley que pretendía salvar años y años de juicios en inobservancia del mandato constitucional de terminarlos por jurados acabase provocando el efecto absolutamente inverso: privar a muchos imputados de su derecho constitucional. Parecía extraño que una ley que previó el juicio por jurados como la regla acabase convirtiéndolo, frente a la existencia de coimputados, en la excepción. Que frente a el caso de

discrepancia la regla fuera el juicio ante jueces profesionales.

Lo que la ley verdaderamente ha hecho es colocar al derecho de ser juzgado por un tribunal popular como un derecho no prevalente, que cede frente a la mera voluntad de otro imputado de ser juzgado por jueces profesionales, en oposición a lo que manda nuestra Constitución Nacional.

Por eso, el cambio de enfoque y abordaje de la cuestión desde un lenguaje más minucioso, más matemático y menos subjetivo. Para analizar con precisión quirúrgica cada uno de los elementos de la problemática. El resultado, curiosamente, parece que se inclinó en el mismo sentido: frente a la discrepancia entre dos sujetos distintos, el derecho a ejercitar una garantía prevalece sobre el derecho a renunciar a ese derecho.

Pese a las críticas que ha recibido la fórmula de peso de Alexy —p. ej., que la asignación de valores a las variables acaba siendo igual de subjetiva que otros métodos de ponderación—, lo cierto es que no ha arrojado un resultado inesperado. Por el contrario, resultó absolutamente compatible con la sensata solución a la que arribó la sala IV del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, pese a haber recorrido distintos caminos.

Y, lo que es más, la norma en cuestión acaba siendo doblemente desgraciada, ya que ignoró por completo un mandato constitucional innegable: que los juicios criminales deben ser obligatoriamente terminados por jurados.

El art. 118 se encontraba durmiendo el sueño de los justos, a la espera de una reglamentación que tardó en llegar más de 160 años. Pero una vez que esta reglamentación llegó, lo que hizo fue activar su aplicación directa. Binder lo dice con maestría: "... [N]o se trata de un juego de palabras sino de algo más importante: el legislador no puede ya retroceder; para hacerlo se debe reformar la Constitución Nacional misma, que impone, repito, directamente, la obligatoriedad del juicio por jurados" (58).

Para finalizar: el sentido común que indicaba que ese artículo estaba mal parecía no bastar. Pese a la opinión de juristas de nota y el impecable razonamiento de la sala IV del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, parecía no ser suficiente. De allí este enfoque alternativo para explicar la misma cuestión desde otro lugar; para convencer a algunos lectores tal vez más escépticos o inclusive antijuradistas.

Se mire desde donde se lo mire, es innegable que la renuncia de un imputado a su garantía de ser juzgado por sus pares no puede bajo ningún punto de vista implicar la supresión automática de la garantía de los demás.

Eso significaría convertir todo el sistema de garantías, que está destinado a proteger al individuo de las injerencias arbitrarias del Estado, en un sistema de excepción. Un panorama así sería realmente inadmisible en un Estado liberal de Derecho.

Quisiera entonces concluir con el contundente pensamiento de Andrés Harfuch, quien entendió que la norma, para respetar en algo la manda constitucional, debería haber sido redactada directamente al revés: "[B]asta con que uno de los coimputados no renuncie al jurado de la Constitución, para que el juicio se termine por jurados populares" (59).

(*) Análisis crítico del art. 22 bis del CPPBA. El presente trabajo fue realizado en el marco del proyecto DECyT 1802 "Principios Jurídicos" dirigido por Juan Pablo Alonso, aprobado la Secretaría de Investigación de la Universidad de Buenos Aires en la convocatoria 2018/2020. Desde ya, agradezco profundamente a Andrés Harfuch por su guía y ayuda durante esta investigación, y a Eleonora Devoto, José Ipohorski y Horacio Ballesteros por su invaluable colaboración.

(1) HARFUCH, Andrés, "El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 31.

(2) BINDER, Alberto, en HARFUCH, Andrés, ob. cit., p. 2.

(3) Conferencia de Alberto Binder, Mendoza, 2005. Disponible en: www.juicioporjurados.org o en https://youtu.be/y6QbJV_o3WY

(4) HARFUCH, Andrés, ob. cit., p. 132.

(5) El art. III y la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos son explícitos: "En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado pública y expeditamente por un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito se haya cometido, distrito que habrá sido determinado previamente por la ley; así como de ser informado sobre la naturaleza y causa de la acusación; que se le caree con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor y de contar con la ayuda de Asesoría Legal para su defensa". Está claro que nuestro art. 118, CN, se aparta ligeramente de esta redacción y exige obligatoriamente al jurado. Así lo interpretó correctamente la CS, in re "Canales" (CS 461/2016/RHI). El jurado en la Argentina es obligatorio para los crímenes.

(6) Es decir, un tribunal integrado por jueces profesionales.

(7) HARFUCH, Andrés, ob. cit., p. 137.

(8) Aquí, tomaremos como punto de partida la postura adoptada por Julio B. Maier, quien considera a los Juicios por Jurados como una garantía constitucional autónoma de primer orden relativa a la organización judicial. Por ende, con estrechos puntos de contacto con las garantías de juez natural, non bis inidem y derecho al recurso. (MAIER, Julio, "Derecho Procesal Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2002, t. I, Fundamentos, ps. 775 y ss.). "... Al no haber jurados, se sustrajo al acusado del juez natural de los hechos y se produjo la usurpación por parte de la justicia profesional de un ámbito de decisión (...) que la constitución había puesto exclusivamente en manos del jurado popu"ar" (HARFUCH, Andrés, ob. cit., p. 32).

(9) DE FAZIO, Federico, "La teoría de los Principios. Un estado de la cuestión", en Lecciones y ensayos, Buenos Aires, 2018, t. 100, ps. 43-68.

(10) ALEXY, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, ps. 86-87.

(11) RODRÍGUEZ, Jorge L., "Teoría Analítica del derecho". Texto actualmente en edición editorial.

(12) DE FAZIO, Federico, ob. cit., p. 54.

(13) BULYGIN, Eugenio, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en Cuadernos de Filosofía del Derechoem>, núm. 9, Ed. Doxa, Alicante, 1991, ps. 257-279.

(14) RODRÍGUEZ, Jorge L., ob. cit.

(15) Personalmente, he decidido optar por esta manera de entender los principios toda vez que no solo me resulta la más acertada, sino que además es la que nos permite en mejor medida reformular Pa y Pb en un lenguaje de lógica de normas, que es una de las propuestas de este trabajo.

(16) Partiendo de la base de que el término "validez" es ambiguo, tomaremos aquí la noción de Validez como pertenencia del principio a nuestro sistema jurídico Sp. "Se puede decir que una norma es válida en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico". (BULYGIN, Eugenio, "Tiempo y Validez", en ALCHOURRÓN, C., - BULYGIN, E., Análisis Lógico y Derecho, em>Barcelona, s/a, p. 195 y ss.).

(17) Una solución normativa —o consecuente, en términos de estructura condicional— suele estar compuesta por dos elementos: el operador deóntico que regula la conducta, y la conducta en sí misma. En lo que respecta a los operadores deónticos, se ha dicho que existen tres formas fundamentales de regular conductas en ciencias jurídicas: permitido, prohibido o facultativo. Todas ellas pueden expresarse en términos de "permitido", siendo este el operador minimal a partir del cual se regulan todos los demás, a los que se denomina maximales. Así, p. ej., el operador facultativo implica Pp y P-p (es decir, permitido p y permitido no hacer p, siendo p la acción a regular). Para un desarrollo completo de este tema, ver: ALCHOURRÓN, Carlos. - BULYGIN, Eugenio., "Sistemas normativos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012.

(18) ALONSO, Juan Pablo, "Principios jurídicos implícitos", Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 223-245.

(19) Que admite la existencia de principios en tanto y en cuanto ellos pertenezcan o se deriven lógicamente de un sistema jurídico.

(20) ALONSO, Juan Pablo, ob. cit., p. 223-245.

(21) "Así, si en un sistema jurídico existe una norma que dispone que todos los residentes en el país pueden votar, y otra que establece que todos los residentes, aunque no sean ciudadanos, pueden votar, podría denominarse 'principio' a la norma general no formulada expresamente según la cual todos los residentes, sean o no ciudadanos, pueden votar". RODRÍGUEZ, Jorge L., ob. cit.

(22) RODRÍGUEZ, Jorge L., ob. cit.

(23) "Un conjunto normativo es un conjunto de enunciados tales que entre sus consecuencias hay enunciados que correlacionan casos con soluciones. Todo conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias es, pues, un sistema jurídico". (ALCHOURRÓN, Carlos. - BULYGIN, Eugenio, ob. cit., p. 82.) Al respecto, luego se ha dicho que "[d]ado que el sistema está definido como un conjunto de normas, estas permanecen fijas en el modelo: cualquier cambio de la base axiomática del sistema nos llevaría a otro sistema, distinto del anterior. En este sentido, el concepto de sistema elaborado en Normatives Systems es estático". (BULYGIN, Eugenio., "Algunas consideraciones ...", ob. cit.). Ello, por oposición a la noción de orden jurídico, que el autor entiende como dinámico.

(24) Ello es, por oposición a aquellas derivadas de los actos procesales, como el derecho de defensa en juicio, principio de inocencia, derecho al recurso, ne bis in idemem>, etcétera.

(25) MAIER, Julio B., ob. cit., p. 777.

(26) NINO, Carlos, "Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional". Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 454.

(27) HARFUCH, Andrés, ob. cit., p. 135.

(28) Pagliuca, como crítica a esto último, ha dicho que no compartía con esta postura, concluyendo que "[c]reemos que todas las garantías constitucionales son irrenunciables para los acusados, pudiendo dejarse de lado únicamente, cuando el Fiscal como representante de la comunidad y el acusado como interesado legitimado se encuentren de acuerdo, pacto que debe, cuando corresponda, ser refrendado por el juez como custodio de la normativa constitucional. Nunca una sola de las partes puede dejar de lado una garantía que el pacto supremo ha creado". Sin embargo, puede verse de la cita recabada que en realidad el autor sí considera que existe la posibilidad de renunciar a ciertas garantías, solo que realiza una salvedad en el modo —es decir, que no puede hacerse unilateralmente—, sino más bien en forma bilateral entre el imputado y el Fiscal. (PAGLIUCA, Federico, "El juicio por jurados como garantía constitucional", Revista Pensamientoem> Penal, Buenos Aires, 2018, p. 18.)

(29) FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y Razón", Ed. Trotta, Madrid, 2014, p. 614.

(30) Ibidem, ps. 372-373.

(31) "Prieto señala que 'un principio implícito es una norma que no puede ser considerada como el significado de determinada disposición normativa, sino que se obtiene a partir de una o varias disposiciones que se supone constituyen casos de aplicación o especificación de dicho principio'. Guastini, por su parte, considera que "el grado de confirmación del principio [implícito] es superior cuanto mayor sea el número de normas que pueden citarse como "casos" en los que el principio está presente". Atienza y Ruiz Manero, finalmente, distinguen entre principios explícitos y principios implícitos; los primeros son "formulados expresamente en el ordenamiento jurídico", y los segundos son "extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico". ALONSO, Juan Pablo, ob. cit., p. 225 (citando a los tres autores).

(32) ALCHOURRÓN, Carlos. - BULYGIN, Eugenio., "Sistemas...", ob. cit., p. 80 y ss.

(33) PEIRCE, Charles Sanders, "Deducción, inducción e hipótesis", en WEISS, P. - BURKS, A. (eds.)., Collectedem> Papers of Charles Sanders Peirce, Cambridge, 1878. Traducción al castellano de Juan Martín Ruiz-Werner, "Collected Papers of Charles Peirce", s/ed., s/c/, 1970, p. 3.

(34) ALONSO, Juan Pablo, ob. cit., p. 223-245.

(35) "En efecto, en el ejemplo que aquí se analiza, el principio "Los delitos dolosos están/deben estar penados más severamente que los delitos imprudentes, ceteris paribusem> ostenta un grado probabilístico de 90%, dado que se verifica en nueve de los diez pares de normas analizados. No se verifica en el par de normas N89-N94[1], que es, justamente, el caso recalcitrante", ALONSO, Juan Pablo, ob. cit., p. 233.

(36) Ibidem, p. 11 (citando a Pierce).

(37) Ibidemem>.

(38) Ibidem, p. 12.

(39) Vemos aquí que nuevamente se hace visible esta idea que presentamos anteriormente, de que en realidad el derecho a disponer de derechos resulta no ser otra cosa más que la otra cara de la misma moneda: el derecho a tener derechos. En este caso, el derecho del imputado a no autoincriminarse.

(40) "Entre ellas —las garantías renunciables— se encuentra la realización de un juicio oral y público. Nadie puede discutir que se trata esencialmente de una garantía constitucional del del individuo, que puede renunciarse mediante el juicio abreviado escrito solo para determinados casos". HARFUCH, Andrés, ob. cit., p. 135.

(41) NACDL, "The Trial Penalty: The Sixth Amendment Right to Trial on the Verge of Extinction and How to Save It" (El Juicio como Castigo: El derecho al juicio de la Sexta Enmienda al borde de la extinción y cómo salvarlo), julio 2018: "Llamamos 'trial penalty' o "el juicio como castigo" a la sustancial diferencia entre la pena ofrecida por el fiscal en el abreviado a un acusado antes del juicio versus la pena efectiva que él recibirá luego del debate. Esta pena es hoy tan severa y generalizada que ha virtualmente extinguido el derecho constitucional a un juicio. Para evitar semejante castigo, las personas acusadas se ven obligadas a renunciar a muchos otros derechos fundamentales que son esenciales a un sistema justo y equitativo de justicia. Entre ellos, el juicio por jurados". Ver en https://www.nacdl.org/Document/TrialPenaltySixthAmendmentRighttoTrialNearExtinct.

(42) MAIER, Julio B., ob. cit., p. 490 y ss.

(43) D'ALBORA, Francisco, "Código Procesal Penal de la Nación anotado, comentado, concordado", Ed. Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 227.

(44) "A esta altura, es ilustrativo recordar en el mismo sentido, que, al dictaminar el entonces Procurador General de la Nación, doctor Juan O. Gauna, in reem> 'Hansen', examinó las condiciones de admisibilidad de la renuncia a las garantías constitucionales y señaló que 'va acompañada de una serie de controles que permiten asegurar que esa renuncia se realiza en un marco de libertad... Uno de ellos sería el conocimiento cabal de la garantía... Pero no solo hace falta el conocimiento, se requiere también que no haya circunstancias exteriores que afecten la libertad del ciudadano' (Fallos 308:2447, p. 2453)".

(45) ALONSO, Juan Pablo, ob. cit., p. 223-245.

(46) BERNAL PULIDO, Carlos, "Estructura y límites de la ponderación", en Cuadernos de filosofía del derechoem>, núm. 26, Ed. Doxa, Alicante, 2003, p. 225-238.

(47) Ibidem, p. 255.

(48) Ibidem.

(49) Ibidemem>, p. 3 (citando a Robert Alexy).

(50) ALEXY, Robert, "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", traducción de Carlos Bernal Pulido, REDC, 66, 2002, p. 32.

(51) RODRÍGUEZ, Jorge L., ob. cit.

(52) Ibidem.

(53) BERNAL PULIDO, Carlos, ob. cit., p. 225-238.

(54) Ibidem.

(55) Ibidem.

(56) HARFUCH, Andrés, "Dimensiones constitucionales del jurado en la jurisprudencia del Tribunal de Casación: El control de los veredictos del jurado en Buenos Aires y Neuquén", en Jurisprudencia penal de la Provincia de Buenos Airesem>, vol. 3, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, ps. 68-123.

(57) HARFUCH, Andrés, "El juicio por jurados ...", ob. cit., 2013, p. 37.

(58) BINDER, Alberto., en HARFUCH, Andrés, "El juicio por jurados...", ob. cit., p. 2.

(59) HARFUCH, Andrés, "El juicio por jurados...", ob. cit., p. 138.

Anexo 51

THOMSON REUTERS
LA LEY

Bienvenido a La Ley Online
Roberto Durrieu
10-09-2014

HISTORIAL
PREFERENCIAS
MIS CARPETAS

DESCARGAS
AYUDA
IR A CHECKPOINT
CERRAR SESION

Inicio > Por Fuente del Derecho: Doctrina > Lista de resultados > Documento

Documento

resultado 2 de 2

Reflexiones sobre el jurado popular

Sandro, Jorge Alberto

Publicado en: LA LEY 1992-A , 876

Sumario: SUMARIO: I. Introducción.– II. El paradigma político.– III. Fundamento y función real del jurado.– IV. Refutación de las objeciones sustanciales.– V. El prejuicio oculto.– VI. Conclusiones.

Cita Online: AR/DOC/16274/2001

Voces

I. Introducción

La organización de la administración de justicia penal ha variado, históricamente, según el régimen político imperante en cada época. La participación directa de los ciudadanos en el enjuiciamiento, con funciones persecutorias (acusación popular) o jurisdiccionales (jurado popular) corresponde inequívocamente, en ese sentido, al sistema republicano y democrático de gobierno. Los autoritarismos prefieren, en cambio, métodos de juzgamiento que garanticen o faciliten, al menos, el control oficial sobre las decisiones judiciales.

Así se han enfrentado, sucesivamente, el procedimiento acusatorio y el inquisitivo, con todos sus rasgos propios: publicidad o secreto, oportunidad o legalidad, oralidad o escritura y, en definitiva, respeto integral a la personalidad del imputado o, al contrario, avasallamiento de sus derechos fundamentales y de su dignidad.

Una consideración reflexiva sobre el jurado no puede prescindir, pues de la ubicación precisa de sus connotaciones ideológicas y, especialmente, de cierta decisión política sobre la forma de vida social compatible con la realización práctica del sistema.

Las opiniones sobre el jurado popular, favorables o desfavorables, suelen detenerse sólo brevemente en el análisis de las cuestiones reales que subyacen tras el debate. El propósito fundamental de estas líneas es, precisamente, hacer explícitas –del mejor modo posible– las razones últimas que determinan una u otra postura y, a la vez, demostrar algunas consecuencias del sistema que rige, hasta hoy, en nuestro país. De tal manera, será posible superar el nivel institucional del discurso, mucho más parecido, actualmente, a la diatriba recíproca que a la exposición desapasionada de razones científicas.

II. El paradigma político

El origen de la institución del jurado, en el ámbito de la administración de justicia penal no es conocido con precisión. Sus características propias y funcionamiento ya están presentes, sin embargo, en los tribunales grecolatinos que actuaron cuando los principios democráticos y el sistema republicano de gobierno prevalecieron políticamente.

El tribunal griego de los heliastas y el iudicium publicum romano representan, en ese aspecto, un antecedente fundamental. El apogeo de la República romana legó a la cultura jurídica posterior un procedimiento por jurados, dirigido por un magistrado con imperium, que fue resultado de la unión de dos formas antiguas de juicio: el procedimiento inquisitivo que cumplía el magistrado sin intervención de partes, y el procedimiento privado por causa de delito ante un jurado, que dirigía el magistrado (1).

Ese iudicium publicum (llamado también quaestio o accusatio) estableció las reglas principales que, desde entonces hasta hoy imperan en todos los juicios de naturaleza similar. La jurisdicción era ejercida por un jurado popular, designado por elección de los contendientes o bien por sorteo, a partir de listas previas de ciudadanos con ciertas aptitudes. La acusación era un derecho de cualquier ciudadano, cuyo ejercicio operaba como condición regular de la actuación jurisdiccional (acción popular). El debate –oral, público y contradictorio– transcurría como una verdadera lucha entre partes, a la cual el quaesitor y los iudices asistían en calidad de simples árbitros, bajo la dirección general del magistrado.

La descripción sintética del procedimiento indica que el sistema acusatorio, así instaurado en el orden jurídico occidental, parte de una concepción superior y amplísima sobre la libertad y la dignidad humanas. La recepción moderna de este modelo cultural se produjo, con pocas variantes sustanciales, en el derecho anglosajón y también, pero con diferencias importantes, en el derecho continental europeo.

El sistema inquisitivo, vinculado políticamente al autoritarismo estatal, muestra sus vestigios en el Imperio romano (cognitio extra ordinem) y se impone definitivamente en la baja Edad Media. Se invierten aquí todos los términos del régimen anterior, de manera tal que la jurisdicción se traslada a los jueces permanentes, delegados del gobernante, y la acción es ejercida de oficio por funcionarios especialmente predispuestos para la persecución penal. El procedimiento, ahora escrito, secreto y no contradictorio, se desenvuelve bajo la égida de un juez con poderes omnímodos, y el imputado pierde prácticamente todos sus derechos para convertirse en mero medio u objeto de prueba.

El cotejo elemental de ambos sistemas revela un hecho irrefragable: el ejercicio de la jurisdicción penal por parte de jueces profesionales permanentes, sin intervención popular, es característica y consecuencia del despotismo y de la inquisición procesal. Ello significa que la tesis de la superioridad de los jueces técnicos estables sobre el jurado, debiera reconocer –como mínimo– su propio origen político, que pugna abiertamente con el modelo republicano signado por las reglas del debido proceso y la incolumidad de los derechos del imputado. La subsistencia del procedimiento esencialmente inquisitivo escrito, en el orden nacional, y el hecho de la administración de justicia por jueces técnicos permanentes, en las provincias argentinas que admiten el enjuiciamiento oral, constituyen, por ello, pauta objetiva de una inadvertencia histórica y un atraso cultural ostensible.

El monopolio virtual de la persecución y decisión penal, por parte del Estado, sobre la base del principio de oficialidad y de la organización de tribunales estatales sin participación del ciudadano, debe ser objeto, a esta altura, de alguna reflexión seria. Los países evolucionados del mundo, que sostienen el ideal de la libertad política, han optado hace mucho por criterios distintos, de tradición y vigencia secular. Hoy se escucha, inclusive, una crítica difícil de soslayar, que procura la demitificación del Estado moderno y la recreación o revalorización de los principios típicos de las sociedades tradicionales. Según este modo de pensar, la aplicación práctica actual del derecho impide que "una pena legítima salga del sistema penal si se considera la manera como éste funciona", porque ese sistema desarrolla una lógica "que no tiene nada que hacer con la vida ni con los problemas de la gente"(2).

La necesidad consecuente de "desprofesionalizar, desinstitucionalizar, descentralizar"(3), ha de tener una manifestación incipiente –pero auspiciosa– con la intervención del ciudadano en la administración de justicia penal. Los prejuicios, aun aquéllos más arraigados, suelen ceder ante la imaginación y el esclarecimiento.

III. Fundamento y función real del jurado

El jurado inglés, ejemplo característico de la institución, se consolidó durante el apogeo del poder real, como un obstáculo o límite preciso a la injerencia del Estado en el enjuiciamiento penal y desde allí se trasladó a las colonias americanas, donde obtuvo, finalmente, reconocimiento constitucional. El jurado surge, sin duda, como una garantía del ciudadano, que de ese modo debe ser juzgado criminalmente por sus pares o iguales, apartando de la decisión del caso a los delegados del gobernante autocrático e ilimitado. La intervención del pueblo en los tribunales de justicia no representa un método demagógico o absurdo, sino que consolida un derecho cuya dimensión real sólo puede valorar el ciudadano perseguido penalmente por la autoridad.

La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (1787) exige que el juzgamiento de todos los delitos se haga por jurados (art. III, sección II, párr. 3) y aclara, expresamente, que en todos los juicios criminales el acusado goza del derecho a un proceso a cargo de un jurado imparcial (enmienda VI). El fundamento del jurado popular es la atribución política de un privilegio o garantía para las personas acusadas, el cual, por su misma naturaleza, puede ser renunciado por los beneficiarios, si lo desean (Patton v. U.S., 281 U.S. 276 [1930]; U.S. v. National City Lines, 334 U.S. 573 [1948]; Reid v. Covert, 354 U.S. 1 [1957]; ídem, fallos concordantes posteriores).

Con términos muy expresivos, la Corte de los Estados Unidos estableció, también, el contenido de la garantía:

"...el propósito del juicio por jurado es impedir la opresión ejercida por el gobierno, al establecer una salvaguarda contra el fiscal corrupto o excesivamente celoso, y contra el juez dócil, prejuicioso o excéntrico". (Apodaca v. Oregon, 406 U.S., 404 y sigts. [1972]).

Al explicar, en otro fallo, la necesidad de que el jurado se integre por personas que representen una sección transversal de la comunidad, elegidas al azar (o sea, sin atender a grupos, sectores o intereses), la Corte reiteró que:

"...El propósito de un jurado es prevenir contra el ejercicio del poder arbitrario; facilitar el juicio de sentido común de la comunidad como una valla contra el fiscal excesivamente celoso o errado, y de preferencia a la respuesta profesional o quizás excesivamente condicionada o prejuiciosa de un juez..." (Taylor v. La., 419 U.S., 522 y sigts. [1975]).

La función del jurado es, por otra parte, esencialmente democrática, pues implica el ejercicio de la soberanía popular a través de la actuación de los ciudadanos en una de las funciones principales del poder público, y les atribuye a ellos la responsabilidad de compartir ciertas decisiones fundamentales que sustentan la vida social.

Este aspecto ha sido destacado enfáticamente por la Corte de los Estados Unidos, con palabras dignas de transcripción:

"...la participación de la comunidad en la aplicación del derecho penal no sólo concuerda con nuestra herencia democrática, sino que también es un aspecto fundamental de la confianza pública en la equidad del sistema de justicia penal". (Taylor v. La., citada).

El juicio de los pares, reunidos en jurado, nunca fue comprendido por los detractores del sistema, que permanentemente han reaccionado con argumentos efectistas o alegatos de barricada. Al jurado –prescindiendo de su organización positiva concreta– se le someten las hipótesis o situaciones de hecho, valorativamente relevantes, que la acusación y la defensa, de modo sucesivo, proponen para su decisión. El tribunal admite alguna de ellas, total o parcialmente, y establece como cierta alguna de las alternativas fácticas, mediante el método de la íntima convicción. De inmediato, emite un juicio de aprobación o desaprobación social sobre el hecho verificado, que se traduce en el veredicto de inocencia o de culpabilidad.

Es muy importante entender que la decisión de los jurados no es de carácter técnico-jurídico, sino que significa una decisión política relativa a la trascendencia que el caso asume para la comunidad. La declaración de culpabilidad simplemente habilita la aplicación de la ley penal del Estado, por sus órganos propios y en cualquier sentido (condena u absolución), en tanto que la declaración de inocencia impide, directamente, la actuación de la ley penal sustantiva (4).

Ya veremos que, cuando se cuestiona la idoneidad de los jurados para adoptar decisiones en materia penal y se los vitupera por su ignorancia jurídica, se incurre en un error grave que parte de la incomprensión básica del instituto. Los ciudadanos que integran tribunales de esta naturaleza se limitan a emitir una opinión responsable sobre el mérito o demérito (social) del hecho juzgado, que aprecian con las dotes intelectuales y valorativas del hombre común. No sustituyen al juez técnico, simplemente autorizan (o niegan), en nombre del pueblo, el juzgamiento legal de la acción considerada. En verdad, es éste un recurso adecuado para que el sentimiento jurídico opere, dentro del enjuiciamiento penal, por sus cauces naturales y se puedan resolver conflictos básicamente culturales, de legitimación material o de oportunidad, sin sujeción a reglas estrictas. (vg., adecuación social del hecho, insignificancia de la afectación del bien jurídico, hecho culposo que afecta a un familiar cercano del autor, etcétera).

IV. Refutación de las objeciones sustanciales

Las críticas dirigidas al jurado popular se han multiplicado con el tiempo y los autores. Es posible, sin embargo, sintetizarlas, porque todas insisten recurrentemente en las mismas cuestiones.

a) Capacidad de los jurados

Una objeción muy frecuente es la que sostiene la ineptitud del lego para comprender situaciones de trascendencia jurídica y valorar, adecuadamente, las pruebas del juicio. Niega al hombre común, en consecuencia, idoneidad para juzgar a sus semejantes.

La crítica parte, realmente, de un equívoco original. El jurado popular que debe decidir casos penales –materia exclusiva de este análisis– no necesita, en verdad, instrucción jurídica, ya sea referida al derecho penal sustancial, al procedimiento, o al método de valoración de la prueba y esto porque es muy distinta la aptitud requerida –dentro de su ámbito de competencia– para la decisión del conflicto. Más bien al contrario, según la función concreta del jurado (v. § 3, anterior) el ideal consiste, precisamente, en que los ciudadanos no tengan nociones técnicas sobre la ley y se limiten a aplicar, específicamente, el criterio valorativo práctico de la comunidad que circunstancialmente representan

Esa aptitud judicativa elemental es fruto regular del proceso de socialización cultural, en cuyo transcurso el individuo aprende las formas de comportamiento admitidas o rechazadas por el grupo e, incluso, absorbe las pautas del medio histórico y social (5). La sociología tiene claro que, dentro de ese proceso, la etapa superior está representada por la comprensión de las reacciones recíprocas de los miembros del grupo (el otro generalizado). El individuo incorpora el sistema de actitudes mutuas de la sociedad en el plano intelectual (pensamiento abstracto), e internaliza, en el plano emotivo, los criterios del razonamiento moral (6). De esa manera, comparte los valores, asociándolos al bien común y a la satisfacción de las necesidades; y, por ello, el sistema de sanciones de la sociedad encuentra su fundamento último en el sistema de valores, que determina "lo que se les exige a las personas y lo que les está prohibido, lo que se elogia y recompensa y lo que se censura y castiga"(7).

Es por eso que ya pudo decir Kant, en el siglo XVIII, que los principios del conocimiento moral están en la razón vulgar del hombre, que distingue perfectamente y en todos los casos "qué es bien, qué mal, qué conforme al deber o contrario al deber", pues "no hace falta ciencia ni filosofía alguna para saber qué es lo que se debe hacer para ser honrado y bueno y hasta sabio y virtuoso", ya que el "conocimiento de lo que todo hombre está obligado a hacer... es cosa que compete a todos los hombres, incluso al más vulgar"(8).

El resultado de esta investigación es evidente. Cualquier persona normalmente socializada está en condiciones de juzgar a otro ciudadano, según los criterios ético-sociales standard de la comunidad en que vive, y la situación no se modifica por el hecho de que ese juzgamiento debe tener lugar en el seno de un sistema institucional de administración de justicia. Es necesario insistir en que la decisión del jurado popular tiene el carácter de una

aprobación o desaprobación social de la conducta juzgada, y para esta función están habilitados por igual (como mínimo) los ciudadanos técnicos en derecho y los legos. Hasta podría decirse que existe, incluso, ventaja relativa para los últimos, porque al menos el hombre común no opera, habitualmente, con las reducciones propias del enjuiciamiento legal ni incorpora o traduce los estereotipos que influyen en las decisiones de los jueces profesionales (9).

En consecuencia, el ciudadano que integra un jurado popular procede simplemente aplicando al caso, de buena fe y con responsabilidad, aquello denominado "conocimiento y valoración paralelos en la esfera del profano", aptitud que nace y se desarrolla espontáneamente durante el proceso de socialización cultural. Ello es posible porque las infracciones penales están referidas, esencialmente, a hechos que afectan de manera grave la convivencia social y, como tales, son susceptibles de una valoración casi intuitiva e inmediata, por obra directa de la razón práctica común.

Se trata, en definitiva, de la misma premisa que funda –con sentido inverso– el sistema de reacción penal. La imputación de un delito supone, en el aspecto subjetivo, el conocimiento real de los presupuestos objetivos del tipo (dolo), y la posibilidad de comprender la antijuridicidad de la acción que se realiza. No se exige, por cierto, un conocimiento técnico preciso de la ley violada, sino exclusivamente, en ambos niveles, el saber común del lego o del profano. Es debido a eso que, por ejemplo, los elementos normativos del tipo (jurídicos y culturales) pueden y deben ser aprehendidos, para que haya dolo, tanto por el hombre común como por los juristas (de lo contrario, sólo éstos podrían delinquir), y también cualquier persona debe estar en condiciones de comprender la ilegitimidad de su comportamiento. Cuando la ley penal exige, cual presupuesto de la pena, la posibilidad de "comprender la criminalidad del acto" y dirime situaciones taxativas que excluyen esa comprensión (art. 34, inc. 1°, Cód. Penal), está reconociendo a los destinatarios de la norma (en general, todas las personas de la comunidad) la aptitud judicativa suficiente para fundamentar el reproche por la acción contumaz.

Es totalmente absurdo, entonces, admitir que el ciudadano pueda comprender la criminalidad de un acto propio (convirtiéndose en delincuente) y no esté en condiciones, empero, de comprender la criminalidad de un acto ajeno, si se trata de juzgar a otro con las mismas pautas de valoración social que a él le incumben.

La tesis de la ineptitud del lego para intervenir en el enjuiciamiento penal es, por tanto, una falacia común, derivada de posiciones personales irreductibles que tratan superficialmente el problema y sus consecuencias institucionales.

b) ¿Prevalece el sentimiento sobre la razón?

Otra reserva, que comúnmente manifiestan los críticos, se vincula con el origen o inspiración del veredicto popular. De acuerdo a esto, los jurados dictan fallo conforme a sus sentimientos, y suelen formar opinión prescindiendo de las reflexiones racionales. Además, el veredicto por íntima convicción –dicen– no expone fundamentos lógicos, lo cual resta una garantía importante al justiciable, que no puede revisar ni controvertir, en lo fáctico, la decisión final.

Tal hipótesis supone que un fallo sobre los hechos, fundado en la valoración técnico-racional de la prueba, es más certero y justo que otro basado, a su vez, en la intuición emocional; sobre todo, si está precedido por la explicación formal de las conclusiones y puede ser controlado con ciertos recursos previstos por el sistema.

En realidad, nadie explica cuál es el fundamento científico de la crítica ni de dónde se infieren sus presupuestos empíricos. No existe ningún método eficaz para averiguar si los profanos elaboran, frente a un hecho penal, respuestas más o menos sentimentales o racionales que las verificables en las decisiones de los jueces profesionales permanentes. Ello basta para refutar un argumento apodíctico, que anatematiza al jurado mediante postulados comparables a las verdades de fe. Sin embargo, es útil profundizar el tema y ubicar la cuestión en sus justos límites.

Existen dos métodos principales para lograr acceso al conocimiento de algo. Uno es el método discursivo, fundamentalmente racional y mediato, que progresa por aproximaciones sucesivas al objeto, apelando al recurso dialéctico (tesis-antítesis-síntesis). El otro es el método intuitivo, que por un acto único e inmediato logra definitivamente la aprehensión del objeto. La intuición, por su parte, es sensible (cuando depende de la percepción externa), intelectual (si capta por la inteligencia, directamente, el ser o esencia del objeto) o, finalmente, emotiva, cuando capta directamente no el ser sino el valer del objeto. Sin necesidad de tomar partido sobre las escuelas que todavía debaten el punto (emocionalismo-intelectualismo), es necesario admitir que, en el conocimiento de los valores, tiene influencia determinante la actuación del sentimiento.

La fenomenología axiológica (Max Scheler) demuestra que los valores se captan inmediatamente a través del sentir, pues no pertenecen al ordre de la raison sino al ordre du coeur. El conocimiento axiológico es fruto del sentimiento y no del entendimiento, al extremo que si el hombre estuviera dotado sólo de intelecto no podría tener conciencia del valor. La orientación filosófica predominante acepta, con distintos matices, que la conciencia del valor es, fundamentalmente, una intuición emocional o emotiva, originada en una determinación a priori del saber. En términos literales, "el Bien no es intelectualizable" (von Rintelen), porque el conocimiento ético es "de índole intuitiva y existencial, y por tanto no accesible al pensamiento racionalista discursivo" (Schöllgen). Dentro de ese contexto, el intelecto aporta un factor subordinado de ordenación y expresión conceptual del valor(10).

La síntesis de Hessen expresa, con claridad, esa relación existencial:

1. Los valores se aprehenden en forma directa e inmediata (no discursiva).

2. El conocimiento axiológico es intuitivo.

3. La intuición de los valores es emotiva o emocional.

4. La prueba de su carácter emocional es el fenómeno de la "ceguera para los valores", que verifica la ineptitud de personas con inteligencia elevada para comprender e internalizar las pautas de valoración social (es posible agregar, como ejemplo patético, el caso del psicópata, dotado de intelecto superior pero afectado por una atrofia ética irreversible).

5. Al sentimiento se une un elemento cognoscitivo, de manera que el conocimiento axiológico se funda, finalmente, en la "cooperación de funciones del pensamiento y del sentimiento"(11).

Tras esto, se puede responder al primer tramo de la crítica. Parece hoy una determinación firme de la reflexión filosófica, que cualquier hombre (jurista o profano) valora con y a partir del sentimiento, en tanto que el intelecto racional opera, en ese plano, sólo como un regulador de la intuición emocional. No deriva de allí, en consecuencia, ninguna ventaja o desventaja relativa, atribuible al ciudadano que debe integrar un jurado popular. La respuesta al interrogante inicial de este parágrafo expresa, pues, que efectivamente en la función judicativa el sentimiento prevalece sobre la razón, pero esto ocurre tanto cuando juzgan los legos como cuando deben juzgar los técnicos en derecho, y sucede aunque unos u otros no lo adviertan inmediatamente o, advirtiéndolo, no lo quieran admitir.

Queda por resolver, ahora, la última parte del cuestionamiento, o sea, si es cierto que el fallo por convicción íntima (sin fundamento expreso) favorece la arbitrariedad o expone al riesgo del azar y, a la inversa, si el fallo motivado de los jueces técnicos ofrece mayores garantías de justicia material.

Para decidirlo es necesario un sinceramiento previo. En verdad, todos los jueces, sean técnicos o legos, permanentes o accidentales, adoptan sus decisiones por íntima convicción. Tras la apreciación de la prueba presentada en el juicio surge, en algún momento, una solución personal que refleja la visión axiológica intuitiva del juzgador sobre el conflicto juzgado. Esa toma de posición, que no se refiere al ser sino al valer de una acción o conducta humana, asume, luego, expresiones distintas, de conformidad al derecho positivo vigente. Donde impera el jurado popular el veredicto no necesita exponer públicamente sus motivos, ni formalizar los argumentos (inocente o culpable, a secas); si los que sentencian son jueces técnicos (o un tribunal mixto) será necesario, opuestamente, que ellos expliquen de manera formal cómo se han convencido de la solución concreta, con sujeción a reglas lógicas y al recaudo de la mínima fundamentación.

Por ende, todo juzgamiento es, en su origen, de íntima convicción, y las diferencias apreciables entre los distintos sistemas se reducen al modo de expresión de la voluntad judicativa. Aquí se distingue, recién, la sentencia del jurado popular (sin motivación formal-íntima convicción), la del tribunal

técnico o mixto en juicio oral (motivada formalmente, sin restricciones probatorias-libre convicción), y la del tribunal técnico actuante con procedimiento escrito (motivada formalmente, pero con restricciones probatorias tasadas pruebas legales).

Pues bien, ¿cuál de esos métodos garantiza mejor la eficacia y acierto de la administración de justicia penal?

Nuestro país no tiene experiencia en materia de jurado popular, de modo que la opción por cualquiera de esas alternativas debería partir, necesariamente, de la práctica del instituto en el extranjero, y resultaría abstracta e inútil al momento de vincularla con la realidad nacional.

Es posible, empero, verificar el segundo término de la interrogación, es decir, si la experiencia de los tribunales técnicos y permanentes en material penal ha sido tan satisfactoria, entre nosotros, como para no intentar siquiera alguna concesión al sistema del jurado popular. En ese sentido, es inevitable la referencia a la propia praxis profesional, tanto a aquélla formada durante la magistratura judicial como a la que corresponde al ejercicio privado de la abogacía.

Los resultados de ambas experiencias, sugestivamente, coinciden. Quien procure una reflexión casi ingenua, despojándose en lo posible de todos los prejuicios, y adopte una actitud de cuestionamiento y revisión de su bagaje intelectual, llegará a ver, seguramente, el fondo del problema. La persona que juzga procede, por lo común, así: luego de formar la opinión intuitiva del caso, el magistrado (en la medida que actúe personalmente, no por delegación) procura explicar por escrito su decisión, básicamente emocional. Para ello, adjudica crédito a las evidencias que favorecen su convicción íntima y lo resta, correlativamente, a las que puedan frustrarla. El mérito probatorio viene, de esta manera, predeterminado o condicionado por la visión axiológica original y responde, plenamente, a la convicción emotiva del juzgador. Se trata, sin duda, de un análisis interesado, en cuanto expresa con un esquema externamente lógico la postura adoptada previamente mediante mecanismos alógicos por naturaleza. El fallo técnico motivado funciona, en resumen, como la demostración subjetiva de una verdad axiológica objetiva, lo cual le resta credibilidad y provoca numerosas dificultades y contradicciones, que terminan soportando, finalmente, las partes del juicio.

Por ello, es un lugar común reconocer que los jueces primero deciden y, luego, se esfuerzan en crear la argumentación racional que expone la sentencia frente a terceros, con el margen imaginable de arbitrariedad –incluso subconsciente– que el procedimiento implica. Con sinceridad, la fundamentación de los fallos judiciales representa –en esencia– una auténtica "superestructura ideológica" que justifica o legitima el veredicto de la convicción íntima, y no llega a cumplir, realmente, ninguna función objetiva de garantía.

A esto se debe agregar una referencia sobre los vicios prácticos del sistema, conocidos por todos. Un ejemplo, elegido al azar, es el de las fórmulas que los tribunales de alzada emplean para confirmar o revocar, automáticamente, ciertas decisiones que necesitan, en teoría, un pronunciamiento fundado de revisión (vg., "por ser ajustado a derecho, se confirma..."); otro es el de la incidencia de las deformaciones profesionales que, muchas veces, condicionan el juicio y culminan con fallos contrarios al sentido común, o directamente incomprensibles para el imputado por el empleo de un lenguaje peculiar.

Y qué decir de las numerosas sentencias dotadas de fundamentación sólo aparente, muy lejanas al ideal, casi utópico, de la autosuficiencia racional. Frente al fenómeno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo que admitir un recurso extraordinario pretoriano (de arbitrariedad), que representa, por su casuística profusa y compleja, una evidencia irrefutable sobre la falibilidad habitual de las sentencias con fundamento técnico expreso. Todavía más, ante la gran cantidad de quejas de esa índole, fue necesario introducir una regla legal que permite actualmente a la Corte atender sólo aquéllas impugnaciones de alguna trascendencia institucional, demostrativas de una arbitrariedad casi grosera o insoportable (ley 23.774 –Adla, L-B, 1256–). Ergo, incluso el Tribunal Supremo de la Nación acude a criterios estrictos de justicia material, para revisar o aprobar las sentencias teóricamente fundadas y garantizadoras del sistema.

A esta altura parecerá claro que la fundamentación formal de las sentencias no significa ninguna ventaja procesal auténtica, ni asegura un mejor servicio de justicia, o favorece, siquiera, el ejercicio de la defensa en juicio. Representa, en buen romance, un auténtico mito o superstición forense que sería bueno, actualmente, revisar.

c) La independencia de los jueces y jurados

Es frecuente el alegato de que, en países democráticos, los jueces permanentes integran un poder independiente del Estado, circunstancia que asegura la autonomía de las decisiones judiciales y evita influencias oficiales o de terceros. Los jurados populares, en cambio, están expuestos con más facilidad a influencias, presiones, sobornos, simpatías o argucias de los litigantes, y no tienen la independencia de criterio necesaria para resolver casos penales.

La independencia formal del Poder Judicial representa un control interno del sistema institucional, predispuesto para que los fallos expresen el criterio e interés abstracto de la ley y estén exentos de cualquier interferencia extraña. Sin embargo, la garantía es muy relativa. Por su parte, la designación y la destitución de los jueces corresponden, entre nosotros, a los poderes políticos del Estado (arts. 45, 51, 52 y 86, inc. 5°, Constitución Nacional) y ellos asignan, también, los medios económicos que retribuyen la función de los magistrados. Tales situaciones crean, de hecho, un factor de dependencia importante, que es común e inevitable cuando el criterio político opta por la actuación de los controles estatales propios. La experiencia de nuestro país acredita que los nombramientos y remociones de los jueces suelen tener relación directa con la afinidad o compromisos que los ligan al gobierno y, lo peor, que las sentencias dictadas en materia penal reflejan una tendencia apreciable a la legitimación de los criterios oficiales, sobre todo cuando se trata de temas con algún interés o connotación política relevantes.

El jurado popular supone, como alternativa, un control externo de la actividad estatal, que no depende ni recibe favores del gobierno y, por tanto, puede juzgar sin ataduras o compromisos, siquiera virtuales. En el peor de los casos, la afinidad con el poder político –si existe– provendrá de la conciencia de ciudadanos elegidos para esa función por el azar, y habrá de traducir, seguramente, algún consenso legítimo del cuerpo social, objetivado en la aprobación o desaprobación de las acciones que juzga.

El control externo ofrece ventajas muy claras, si se trata de garantizar la transparencia de una burocracia determinada (administrativa o judicial), y permite a los ciudadanos, simultáneamente, asumir funciones que desarrollan la conciencia cívica y la responsabilidad social. La participación popular en el enjuiciamiento es un buen recurso para que el hombre común sienta a la administración de justicia penal como propia y accesible, a despecho de las suspicacias y la desconfianza que provoca el procedimiento actual, calificado por muchos, con razón, como un genuino "enigma para expertos".

Las demás cuestiones –probabilidad de influencias, corrupción, presiones, etc.– son, simplemente, un recurso literario, porque nadie puede afirmar en abstracto, con seriedad, que un juez técnico o un jurado popular estén más o menos expuestos a cualquier hecho irregular que afecte el desempeño recto de la función.

d) El sistema representativo de gobierno

Un maestro ilustre ha dicho que la institución del jurado, al consagrar el ejercicio directo de la soberanía popular, vulnera el sistema representativo de gobierno instaurado por el art. 1° de la Constitución Nacional. El pueblo legisla, ejecuta y aplica las leyes por medio de sus representantes, y no tiene, en modo alguno, "el derecho de administrar su propia justicia"(12).

El argumento sostiene, implícitamente, que los jueces técnicos permanentes representan la soberanía popular, lo que, desde un punto de vista constitucional, es inexacto. La forma de gobierno representativa-republicana, que estatuye la Constitución, presupone la existencia de un mandato político fundado en el voto popular. En la República Argentina, sin embargo, el pueblo no elige a los ciudadanos que administrán justicia y, por ende, los jueces no son sus representantes, en sentido constitucional estricto. Mal que pese, los tribunales técnicos permanentes se consolidaron con el auge de la autocracia y de la inquisición (v. § 2). y todavía conservan, pese a las reformas fundamentales del liberalismo político, alguna reminiscencia de aquella delegación originaria. Solamente con un significado metafórico, o acudiendo a una ficción, es admisible pensar en la figura de un juez-representante, que el orden jurídico vigente no ha previsto ni admite.

La conclusión resulta inmediata: si la Constitución ha limitado el sistema representativo de gobierno a la administración y a la legislación, el ejercicio directo de la función judicial por parte de los ciudadanos no puede estar en pugna con las bases de la organización estatal. Todo lo contrario, el papel

decisivo que la misma Constitución atribuye expresamente al jurado popular, en materia de administración de justicia penal (arts. 24, 67, inc. 11 y 102, Constitución Nacional), descalifica la objeción sobre alguna incompatibilidad del instituto con el texto o el espíritu de la norma jurídica suprema.

V. El prejuicio oculto

Es conveniente poner de resalto, para terminar, la raíz última del pensamiento que anima gran parte de las críticas al jurado popular.

Cuando la humanidad empezó a discernir sobre el valor y la realidad, con preocupación ontológica, quedaron puestos los cimientos que habrían de signar, de una vez y para siempre, la cultura en que estamos inmersos. Platón, en su célebre "teoría de las ideas", trazó una división conceptual que produjo consecuencias impredecibles en el terreno de la política y fue empleada permanentemente, en la historia secular, para la legitimación del autoritarismo.

Platón distinguió, como es sabido, el mundo de las ideas y el mundo sensible o fenoménico. Las ideas representan, para él, contenidos a priori siempre idénticos, perpetuos, verdaderos y excelsos, que realizan un modelo de perfección. Ellas no son asequibles por los sentidos, sino únicamente por cierta contemplación a la que tienen acceso unos pocos, dotados del saber infalible. Los objetos de la percepción son copias imperfectas de las ideas o modelos, y están al alcance de todos, por el hecho simple de la experiencia sensible. La realidad se identifica sólo con las ideas o entes verdaderos, ya que los objetos empíricos constituyen una simple apariencia, y pueden aspirar, a lo sumo, a una imitación –más o menos perfecta– del prototipo ideal. Dentro de ese esquema, la idea de mayor jerarquía era, precisamente, la del bien (La República, libros VII y X).

El idealismo naciente (todo lo real es ideal) expresó, de inmediato, una filosofía política del poder. La versión original atribuyó a los filósofos la función de gobierno, porque ellos eran, supuestamente, los únicos que tenían aptitud para captar las ideas esenciales supremas y, por tanto, para mandar. Los portadores privilegiados de la intuición suprasensible estaban habilitados para imponer su criterio a ultranza. El gobernante, iluminado por su aprehensión de las ideas, podía y debía obligar a los demás ciudadanos a obedecerle en forma incondicionada, porque sus órdenes responderían, naturalmente, al beneficio de todos. Platón llegó a legitimar, así, el empleo de la fuerza, la mentira e, incluso, la embriaguez del súbdito, como medios válidos para imponer la razón de Estado. Como señala Welzel atinadamente, éste es el germen del autoritarismo estatal, porque si en verdad "hay para algunos hombres un acceso directo e infalible a la verdad en lo que respecta a lo bueno, lo justo y lo políticamente conveniente, de ello habrá que deducir, sea la época que sea, las mismas consecuencias extraídas por Platón"(13).

Salvando distancias, la misma línea de pensamiento puede intuirse tras las críticas al jurado popular. Los dicterios al ciudadano común (en sentido peyorativo), como integrante de los tribunales de justicia parten, justamente, del prejuicio idealista (consciente o no). Según se dice con insistencia, el lego, verdadero ignorante en temas jurídicos, no puede opinar institucionalmente sobre lo justo (lícito) o injusto (ilícito) social. El jurista, pleno de conocimientos valorativos técnicos y excluyente racionalidad, ostenta el monopolio del juzgamiento de sus semejantes, y nadie puede cometer la osadía de disputarle el privilegio.

Si existiera alguna duda sobre el prurito aristocrático de los enemigos del jurado, ha de bastar, para disiparla, con citar algunos párrafos literales de un detractor conspicuo. De acuerdo a su opinión, no es posible la "verdadera justicia, si se piensa que los miembros del Jurado en su mayoría, o todos, son simples ciudadanos"; y, en especial, que el exceso de Poder de las muchedumbres incapacitadas degenera fácilmente en Demagogia, que es el peor de los despotismos", porque traduce "la tiranía de los pobres, disimulada, oculta bajo la máscara de la democracia"(14).

Ante la elocuencia de las palabras, cualquier comentario, ciertamente, huelga.

La tesis de que el enjuiciamiento penal es un compartimiento estanco, reservado a los juristas y ajeno a la participación ciudadana, manifiesta la idea elitista de una superioridad de clase o de corporación, científicamente infundada y opuesta tanto al principio republicano como a la concepción democrática de gobierno.

La situación del enjuiciamiento penal en la República Argentina refleja, lamentablemente, el predominio absoluto de ese ideario. El Congreso nacional no acata la directiva constitucional de establecer el juicio por jurados (arts. 67, inc. 11 y 102, cits.) y suprime, directamente, una garantía individual del ciudadano (art. 24); la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores se empeña en justificar la omisión, bajo la excusa de que no existe plazo para la regulación del juicio por jurados (15), como si la mora legislativa que supera el siglo no fuera hoy suficiente para enmendar tamaña ilegalidad. La doctrina más reciente, por fin, aduce razones prácticas que no guardan relación necesaria con la vigencia del jurado y sostiene que el Congreso "debe encarar tareas más acuciantes" (?) que la de atender a un mandato constitucional(16).

Pero nadie repara en el convidado de piedra: el ciudadano anónimo, perseguido o imputado por un delito, a quien mínimamente se le debería reconocer –en goce y ejercicio de su garantía constitucional– una opción para ser juzgado por sus pares, si es que tiene más confianza en ellos que en los tribunales permanentes del sistema.

VI. Conclusiones

Lo expuesto se resume brevemente:

a. La intervención de los ciudadanos en el enjuiciamiento penal identifica políticamente a los sistemas democráticos auténticos.

b. La institución actúa concretamente sobre el principio de la soberanía popular y el control externo de los actos de gobierno.

c. Las críticas que desacreditan al jurado no tienen razón fundada y provienen, básicamente, de reacciones ideológicas elementales.

d. El jurado popular es una garantía indisponible del ciudadano y debe estar prevista, al menos, como una opción para quien prefiera el juzgamiento por sus pares.

e. En última instancia, las quejas contra el ciudadano en función judicativa parten de un prejuicio aristocrático de raíz idealista y políticamente autoritario.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(A) (*)Ponencia presentada al "Simposio internacional sobre la transformación de la justicia penal", Buenos Aires, 1989. El texto actual tiene algunas variantes de redacción y una actualización mínima, para adecuarlo al momento.

(1) (1)MOMMSEN, T., "Derecho penal romano", p. 129, Bogotá, 1976.

(2) (2)HULSMAN, L.-BERNAT de CELIS, J., "Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa", Barcelona, 1984.

(3) (3)Ob. cit., p. 27.

(4) (4)Cfr. MAIER, J., "Derecho procesal penal argentino", t. 1-b, ps. 497 y sigts., Buenos Aires, 1989.

(5) (5)FILLOUX, J. C., "La personalidad", ps. 69 y 96, Buenos Aires, 1971.

(6) (6)DAVIS, K., "La sociedad humana", t. 1, ps. 201-202, Buenos Aires, 1969.

(7) (7)FICHTER, J. H., "Sociología", ps. 306 y 310, Barcelona, 1970.

(8) (8)KANT, E., "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", ps. 43-44, Madrid, 1981.

(9) (9)HASSMER, W., "Fundamentos del derecho penal", p. 161, Barcelona, 1984.

(10) (10)HESSEN, J., "Tratado de Filosofía", ps. 445 y sigts., Buenos Aires, 1976.

(11) (11)Ob. cit., ps. 451-452.

(12) (12)VELEZ MARICONDE, A., "Derecho procesal penal", t. 1, p. 221.

(13) (13)WELZEL, H., "Introducción a la filosofía del derecho", p. 20, Madrid, 1971.

(14) (14)TORRES BAS, R. E., "El jurado popular", Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1976-1977, ps. 120, 131 y 133.

(15) (15)V. C.N. Penal Económico, sala II, 30/4/1991 "Martellos, G. A." (voto de la mayoría), en LA LEY, 1991-E, 216.

(16) (16)D'ALBORA, F., "¿Qué hacer con los presos?", en LA LEY, 1991-E, 215.

Condiciones de uso y políticas de privacidad

Anexo 52

Por ello, se revoca el pronunciamiento recurrido en cuanto fue materia de agravios. Las costas de esta instancia se distribuyen en el orden causado, atento la naturaleza de la cuestión examinada. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LEVENE (H) — MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTÍNEZ — RODOLFO C. BARRA — CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR — ANTONIO BOGGIANO.

RICARDO FRANCISCO MOLINAS v. NACION ARGENTINA (PODER EJECUTIVO NACIONAL)

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Las leyes 21.383 y 23.774 son normas federales.

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Requisitos. Ilegalidad o arbitrariedad manifiestas.

Es formalmente admisible la acción de amparo en la que se solicita que se declare que el decreto 265/91 que dispuso separar al peticionante del cargo de Fiscal General de Investigaciones Administrativas lesiona los arts. 18, 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional; ello, en virtud de las particulares circunstancias que rodean la causa, en especial, los efectos inmediatos que sobre la situación del actor tiene el acto administrativo cuestionado, la difícil reparación de la supuesta lesión de su derecho subjetivo a través de la vía ordinaria y la, en principio razonablemente fundada invocación de una ilegalidad manifiesta en el decreto citado, máxime teniendo en cuenta la importancia institucional del tema en debate, que exige una rápida solución.

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Trámite.

Corresponde considerar formalmente admisible la acción de amparo en la que se solicita que se declare que el decreto 265/91 que dispuso separar al peticionante del

cargo de Fiscal General de Investigaciones Administrativas lesiona los arts. 18, 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional, dado que rechazarla, luego de tramitadas las dos instancias anteriores en las que se produjo un debate adecuado y cuando la Corte cuenta con elementos suficientes para resolver la cuestión, significaría un dispendio de actividad jurisdiccional contradictorio con el interés institucional en juego.

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

El Fiscal General de Investigaciones Administrativas no goza de inmunidad en los términos del art. 45 de la Constitución Nacional.

JUICIO POLITICO.

Los únicos magistrados y funcionarios que pueden ser sometidos a juicio político son los que enumera el art. 45 de la Constitución Nacional, y una ley de rango inferior no puede crear más inmunidad que las que contiene la Carta Magna.

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

La circunstancia de que el Fiscal General de Investigaciones Administrativas haya sido nombrado con acuerdo del Senado, no supone que para su remoción deba aplicarse el procedimiento establecido por el art. 45 de la Constitución Nacional.

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Al Fiscal General de Investigaciones Administrativas no le corresponde el procedimiento del juicio político ni goza del privilegio de estabilidad especial que la Constitución Nacional asegura a otros funcionarios.

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

La remoción de quien ocupa el cargo de Fiscal General de Investigaciones Administrativas puede ser dispuesta mediante un acto emanado del Poder Ejecutivo Nacional, a quien la ley orgánica acuerda la potestad de designarlo (art. 2º de la ley 21.383).

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

La atribución de remover a quien ocupa el cargo de Fiscal General de Investigaciones Administrativas tiene sustento en las facultades que, en su art. 86, la Ley Fundamental asigna al Presidente de la Nación quien, como "jefe supremo", tiene a su cargo la "administración general del país" (Inc. 1º).

PODER EJECUTIVO.

La facultad que el art. 86 de la Constitución Nacional atribuye al Presidente de la Nación, quien como "jefe supremo", tiene a su cargo la "administración general del país" (inc. 1º) no puede ser retaceada, disminuida ni limitada por el Congreso Nacional incorporando casos para los que se requiere juicio político cuando la Constitución así no lo establece, sin agravio del principio de la separación de los poderes.

GOBIERNO NACIONAL.

La "invasión" que se manifiesta mediante la ingerencia de un poder en la esfera exclusiva de otro, concreta un acto inocuo por ese vicio -competencia exclusiva de otro órgano del Estado- y por eso mismo privado de todo efecto jurídico.

EMPLEADOS PUBLICOS: Nombramiento y cesación. Estabilidad.

Las disposiciones legales que excluyan a distintos funcionarios de las potestades conferidas por el art. 86 de la Constitución Nacional, otorgándoles estabilidades no previstas en la misma Constitución, carecen de toda eficacia.

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

No resulta arbitraria la remoción del Fiscal General de Investigaciones Administrativas, adoptada ante la noticia de su procesamiento en una causa en que se investigaban irregularidades directamente relacionadas con el ejercicio de su función y en presencia de una conflictiva situación contemporáneamente desatada en el organismo a su cargo, que cobró notoriedad y que también lo involucraba.

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

La conducta que se juzga incompatible con los requerimientos del art. 2º de la ley 21.383 debe ser entendida en función de las graves responsabilidades que pesan sobre el Fiscal General de Investigaciones Administrativas y en la medida de su inevitable incidencia en el desempeño de la delicada labor de control que la ley le ha confiado.

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Como el procesamiento, o llamado a prestar declaración indagatoria, es una resolución que no causa estado, su invocación en los fundamentos del decreto 265/91 para proceder a la remoción del Fiscal General de Investigaciones Administrativas, de ningún modo puede afectar la presunción de inocencia que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional, sólo susceptible de ser alterada por una sentencia de condena.

JUECES.

La misión más delicada de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado, de modo de preservar el prestigio y la eficacia del control judicial evitando así enfrentamientos estériles.

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Los arts. 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional resultan aplicables al Fiscal General de Investigaciones Administrativas, no sólo por el reenvío del art. 21 del decreto-ley 1285/58, sino por los mismos antecedentes legales de su creación (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

FISCALIA NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Al margen de las falencias e imperfecciones del régimen jurídico que rige la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, éste refleja la intención de incorporar a las instituciones nacionales un funcionario que defienda los intereses individuales y sociales al modo del "ombudsman" establecido en numerosas legislaciones extranjeras (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Trámite.

Al deberse requerir "a la autoridad que corresponda un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada" (art. 8º, primer párrafo, de la ley 16.986) no es admisible que se pueda sostener luego que parte de su contenido deba quedar al margen de la consideración judicial.

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Una cuestión de tanta importancia como es la aptitud de una persona para continuar ocupando el cargo de Fiscal General de Investigaciones Administrativas, no puede resolverse por razones formales.

GOBIERNO NACIONAL.

Para poner en ejercicio un poder conferido por la Constitución a cualquiera de los órganos del gobierno nacional es indispensable admitir que éste se encuentra autorizado a elegir los medios que a su juicio fuesen los más conducentes para el mejor desempeño de aquellos, siempre que no fuesen incompatibles con alguna de las limitaciones impuestas por la misma Constitución.

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Si el hecho invocado en el decreto 265/91 para justificar la separación del Fiscal General de Investigaciones Administrativas, y los demás señalados en el informe del Procurador del Tesoro, no han sido negados por el afectado, el sumario administrativo es un recaudo de inútil elaboración.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Estabilidad del empleado público.

El Régimen Jurídico Básico de la Función Pública fue sancionado en armonía con la garantía consagrada en el art. 14 bis de la Constitución.

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

La jerarquía del Fiscal General de Investigaciones Administrativas, la índole de sus funciones y el ámbito de su actuación, lo excluyen del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública (arts. 1º y 2º, inc. a) de la ley 22.140).

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Frente a la gravedad de las imputaciones que cuestionaban la "buena conducta" del Fiscal General de Investigaciones Administrativas, que no fueron negadas por el interesado en el curso del proceso, seleccionar la separación del funcionario entre las opciones posibles abiertas a la potestad discrecional del Presidente de la Nación, descartando la suspensión u otras sanciones menores, no aparece como arbitraria ni excesiva ante el objeto específico de sus funciones, como guardián de la regla moral en sede administrativa.

EMPLEADOS PUBLICOS: Nombramiento y cesación. Cesantía. Generalidades.

El establecimiento por vía legal del mismo mecanismo que el previsto por la Constitución Nacional respecto al medio de remoción de ciertos agentes públicos, no implica exceder los límites derivados de ella (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

JUICIO POLITICO.

Las previsiones del llamado "juicio político" no crean en modo alguno inmunidades que no san relativas en favor de los titulares de los poderes del Estado, ni de los Ministros del Poder Ejecutivo, pues un concepto semejante es impropio de los magistrados y empleados de una Nación que ha optado por la forma republicana de gobierno: inmunidad absoluta y república son términos antitéticos (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

JUICIO POLITICO.

El empleo por parte del legislador, de la misma herramienta que utilizó el constituyente, no hace sino colocar ante elevados jueces a aquellos sobre los que pesa una elevada responsabilidad, de modo que no viola el principio constitucional de la igualdad ante la ley (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

JUICIO POLITICO.

La responsabilidad cuyo juzgamiento corresponde a los jueces ordinarios no se elimina por el juicio político, ni siquiera se incluye en él: art. 52 de la Constitución Nacional (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Parece francamente un despropósito incluir al Fiscal General de Investigaciones Administrativas entre los "empleados de la administración" enunciados por el inc. 10 del art. 86 de la Constitución Nacional, no sólo por su jerarquía institucional, sino más bien, porque una de las funciones primordiales que la ley le ha asignado consiste, precisamente, en "promover la investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la administración nacional..." (art. 3º, inc. a), de la ley 21.383) (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

PODER EJECUTIVO.

No obstante el carácter de Jefe de la Administración del Presidente, existe la posibilidad de que en ocasiones señaladas el Congreso asegure el cumplimiento de sus decisiones encomendándoselas a cuerpos determinados cuyas facultades fija (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

La forma y las causales de remoción del Fiscal General de Investigaciones Administrativas previstas por el legislador tienen la obvia finalidad de preservar su independencia, único modo posible de garantizar el cumplimiento de la delicada tarea que le ha sido encomendada (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

EMPLEADOS PUBLICOS: Nombramiento y cesación. Designación.

No existe, al menos en términos absolutos, necesaria correlación entre el procedimiento de designación y el de remoción de los funcionarios públicos (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

JUICIO POLITICO.

La desvinculación entre el procedimiento de designación con acuerdo del Senado, y el de remoción mediante juicio político; hace admisibles regulaciones legales que contengan una o ambas de las previsiones (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Las modificaciones legales que pudieran afectar el modo de designación del Procurador General de la Nación, no extienden su virtualidad de manera de alterar una concreta exigencia prevista por las leyes, de modo claro y reiterado, en relación a la remoción del Fiscal General de Investigaciones Administrativas (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Generalidades.

No hay, en nuestra Constitución, derechos absolutos (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

LEY: Derogación.

Las leyes pueden ser cambiadas, sin que existan derechos adquiridos a su perdurabilidad (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

LEY: Vigencia.

El art. 3º del Código Civil, en la medida en que su contenido se eleva del plano del derecho común, señala con claridad que no pueden ser ignorados derechos amparados por garantías constitucionales (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Garantías de índole constitucional aseguran la no remoción del Fiscal General de Investigaciones Administrativas sino por la vía del juicio político (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

La necesidad de juicio político para la remoción del Fiscal General de Investigaciones Administrativas no entroniza a un funcionario de modo perenne en su cargo, contrariando la forma republicana de gobierno, sino que asegura un derecho "adquirido" cuyo titular es la sociedad argentina, derecho a que la permanencia de un determinado funcionario que cumple una señalada función en el aseguramiento mismo de aquella

forma republicana, se adecue a previsiones que en su momento el Congreso Nacional estableció con miras a asegurar su esencial estabilidad e independencia (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Principios generales.

Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias, su exclusión por la existencia de otros medios procesales administrativos y judiciales no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que aquel instituto tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias (Disidencias de los Dres. Augusto César Belluscio y Enrique Santiago Petracchi).

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Principios generales.

Siempre que se acredite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, corresponderá que los jueces habiliten la rápida vía del amparo (Disidencias de los Dres. Augusto César Belluscio y Enrique Santiago Petracchi).

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Requisitos. Inexistencia de otras vías.

La remoción del Fiscal General de Investigaciones Administrativas es una cuestión de tal trascendencia institucional, que el pronunciamiento judicial respecto a la decisión en tal sentido no admite las dilaciones a que conducirfa el sometimiento de la cuestión a las vías procesales ordinarias (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Principios generales.

Existe un notorio interés público en que la remoción del Fiscal General de Investigaciones Administrativas se dilucide sin más demora, sin que del carácter sumarísimo del amparo derive menoscabo alguno para el derecho y defensa del Estado, dado que el caso no requiere mayor amplitud de debate ni de pruebas que los ya realizados en la causa (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Resultaría un contrasentido que los fiscales adjuntos estén sometidos al procedimiento de remoción mediante juicio político, y el Fiscal General de Investigaciones Administrativas pudiese ser removido por decisión administrativa (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Si el Fiscal General de Investigaciones Administrativas goza de inamovilidad en tanto dure su buena conducta, sólo la objetiva comprobación de su mala conducta, esto es, de su mal desempeño del cargo o de la comisión de delitos, puede justificar su cesantía (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

El auto de procesamiento no es suficiente para acreditar la mala conducta del Fiscal General de Investigaciones Administrativas, pues se trata de una medida fundada sólo en la existencia de prueba semiplena de existencia de delito e indicios sobre su autoría (art. 366, incs. 1º y 3º del Código de Procedimientos en Materia Penal), que por sí solos y en tanto no medie sentencia condenatoria, no bastan para desvirtuar la presunción de inocencia de todo individuo imputado de hechos subsumidos en las normas del Código Penal (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Principios generales.

La presunción de inocencia no sólo resulta implícitamente del texto del art. 18 de la Constitución Nacional, sino que ha sido incorporada al fondo común legislativo de los pueblos civilizados a partir de su consagración por el art. 9º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, emanada de la Asamblea Constituyente francesa de 1789, e incluida en la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 de las Naciones Unidas, art. 11, inc. 1º, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), art. 8º, inc. 2º (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Procedimiento y sentencia.

En el ámbito administrativo la presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuada mediante el correspondiente sumario que respete las reglas del debido proceso adjetivo (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

No resulta razonable que el Fiscal General de Investigaciones Administrativas, funcionario encomendado de fiscalizar la actuación de la administración, pueda ser removido sin causa, o sin debida justificación de ella, por el jefe de la propia administración cuya fiscalización la ley le encomienda (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

La legalidad del decreto de cesantía del Fiscal General de Investigaciones Administrativas ha de juzgarse sobre la base de los motivos que expresa, y no de otros (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Los motivos del acto administrativo deben estar expuestos en él (art. 7º, incs. b) y c) de la ley 19.549) y no ser revelados sólo cuando su validez es judicialmente impugnada (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Las delicadas e importantes funciones que debe cumplir el Fiscal General de Investigaciones Administrativas ponen a éste en un plano de marcada relevancia institucional (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Todo lo que pueda interferir sustancialmente en la labor del Fiscal General de Investigaciones Administrativas exige un pronto esclarecimiento, pues la demora en la solución del punto sólo podría fundarse en razones escasamente técnicas (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Requisitos. Inexistencia de otras vías.

No es la existencia de otras vías procesales el aspecto a aclarar sino el de la aptitud de esos trámites para satisfacer adecuadamente la tutela que se peticiona (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Requisitos. Inexistencia de otras vías.

No parece discutible que el impedimento de ejercer sus funciones irroge al Fiscal General de Investigaciones Administrativas perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Trámite.

El carácter sumarísimo del amparo no infiere ninguna lesión al derecho de defensa del Estado, dado que el caso no requiere, de ninguna manera, una amplitud de debate y prueba mayor que la concedida (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

ACTOS ADMINISTRATIVOS.

En un régimen republicano como el que ha elegido el pueblo, la soberanía reside en ese mismo pueblo, de modo que, atento a que éste no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes, es un deber insoslayable de éstos que den cuenta a aquél de los fundamentos de sus actos: arts. 1º, 22, 23 y concs. de la Constitución Nacional (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Es innegable el derecho del destinatario del acto administrativo al debido proceso adjetivo y, por ende, a una decisión fundada (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Los motivos expresos del acto administrativo no pueden sufrir alteración por medio de alegaciones formuladas en una causa judicial destinada a su revisión (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Sería manifiestamente absurdo sostener que la garantía de permanencia en funciones del Fiscal General de Investigaciones Administrativas "mientras dure la buena conducta", pueda ser compatible con causales de cesantía que dependan del arbitrio discrecional de quien la ordena (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

La delicada índole de la competencia del Fiscal General de Investigaciones Administrativas, que en lo esencial consiste en investigar conductas administrativas de las que pueda resultar la comisión de hechos ilícitos, exige que quede a resguardo de todo cuestionamiento que no responda al acreditado apartamiento de la buena conducta que debe presidir su ejercicio (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

No puede equipararse el auto de procesamiento a la prueba de la mala conducta a que la ley supedita el cese del Fiscal General de Investigaciones Administrativas en el cargo, por la sencilla razón de que la recepción de la declaración indagatoria en los términos del primer párrafo del art. 236 del Código de Procedimientos en Materia Penal sólo supone "motivos de sospecha" que, por serlos, no son asimilables a los hechos indubitables que autorizarían a dar por cumplida la condición que la ley contempla (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Principios generales.

El art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto reza que "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo", significa que todo habitante debe ser considerado y tratado como inocente de los delitos que se le reprochan, hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Principios generales.

Del principio de inocencia, surge sin dificultad la necesidad de un sumario que respete las reglas del debido proceso adjetivo, previstas en el art. 18 de la Constitución Nacional, para la segregación del Fiscal General de Investigaciones Administrativas (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

FISCAL NACIONAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Todo juicio sobre la conducta del Fiscal General de Investigaciones Administrativas, y sobre todo el que conduzca a su cese, debe ser el fruto de un especial ejercicio de la virtud de la prudencia y de un inmaculado proceso que arroje luz suficiente sobre sus actos (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CORTE SUPREMA.

Los integrantes de la Corte no han prestado el juramento constitucional para facilitar o dificultar los propósitos políticos de los gobiernos de turno; lo han hecho simple y exclusivamente para decidir si ellos se adecuan a la Constitución Nacional y, por lo mismo, no sería saludable que el alto contenido emocional que suelen tener dichos propósitos los impresionen de tal modo que lleguen a depender de ellos (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CORTE SUPREMA.

Los integrantes de la Corte son los guardianes supremos de los principios constitucionales, entre los cuales está el de evitar cualquier exceso de los otros poderes. Tienen el deber ineludible de pronunciarse ante cualquier intento de desconocer dichos principios. No pueden medir la capacidad política de las ramas ejecutiva y legislativa; son guardianes del sistema de libertades del pueblo y no los encargados de encauzar su destino político y económico (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de septiembre de 1991.

Vistos los autos: "Molinas, Ricardo Francisco c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo".

Considerando:

1º) Que el actor dedujo demanda de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional peticionando que se declare que el decreto 265/91 del Poder

Ejecutivo Nacional -que dispuso separarlo del cargo de Fiscal General de Investigaciones Administrativas- lesiona los derechos y garantías constitucionales que surgen de los arts. 18, 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional. Solicitó, asimismo, que se ordene el cese de los efectos de la medida y, en consecuencia, su inmediata reposición en el cargo. La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar el pronunciamiento de la anterior instancia, declaró la nulidad absoluta del decreto 265/91 sobre la base de "a) la falta de juicio político previo a la remoción dispuesta; b) la falta de causa que justifique la sanción; c) la falta de sumario administrativo que garantizara el ejercicio de derecho de defensa del actor" (fs. 127/137 vta.). Contra esa decisión se interpusieron los recursos extraordinario de fs. 141/191 y fs. 207/223, concediendo el *a quo* el que fue promovido por el Poder Ejecutivo Nacional.

2º) Que los agravios propuestos ante esta Corte suscitan cuestión federal suficiente para su tratamiento por la vía intentada, pues se controvierte la interpretación de normas y principios constitucionales y de leyes federales, como lo son la 21.383 y la 23.774, así como también la validez de actos de autoridad nacional dictados en su virtud; y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el apelante funda en ellos (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

3º) Que la crítica vertida en torno a la procedencia, en el caso, de la vía del amparo escogida no puede prosperar. En efecto, las particulares circunstancias que rodean la causa *sub examine* -en especial, los efectos inmediatos que sobre la situación del actor tiene el acto administrativo cuestionado, la difícil reparación de la supuesta lesión de su derecho subjetivo a través de la vía ordinaria y la, en principio, razonablemente fundada invocación de una ilegalidad manifiesta en el decreto 265/91- tornan, a pesar de su naturaleza excepcional, formalmente admisible la acción intentada, máxime teniendo en cuenta la importancia institucional del tema en debate, que exige una rápida solución. Rechazar en esta causa la procedencia formal de la acción de amparo, luego de tramitadas las dos instancias anteriores en las que se produjo un debate adecuado y cuando el Tribunal cuenta con elementos suficientes para resolver la cuestión, significaría un dispendio de actividad jurisdiccional contradictorio con el mencionado interés institucional en juego.

4º) Que la primera cuestión de fondo a resolver en el presente caso consiste en determinar si la remoción del Fiscal General de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas únicamente puede efectuarse

mediante el procedimiento establecido por los artículos 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional, o si como ha ocurrido en la especie puede ser desplazado por decreto del Poder Ejecutivo Nacional.

5º) Que esta Corte, en su anterior integración, tuvo ocasión de examinar el status jurídico de dicho funcionario, así como la estructura y funciones del organismo a su cargo, al resolver la causa C.82.XXII "Cagliotti, Carlos N. s/ querella c/ Molinas, Ricardo F. por delito de injurias", sentencia del 1 de noviembre de 1988, cuyas conclusiones no comparte el Tribunal en su actual composición en cuanto a los alcances que allí se le otorgan al artículo 45 y concordantes de la Constitución Nacional, lo que torna necesario un nuevo y amplio examen de la situación jurídica de su titular.

6º) Que, en ese orden de ideas, debe señalarse que el Fiscal General no goza de inmunidad en los términos del artículo 45 de la Constitución Nacional porque los únicos magistrados y funcionarios que pueden ser sometidos a juicio político son los que enumera esa norma y una ley de rango inferior no puede crear más inmunidades que las que contiene la Carta Magna; lo contrario implicaría crear otras inmunidades no instituidas por los constituyentes, otorgando una garantía de antejuicio que únicamente puede conferir la Ley Fundamental. A ello se agrega que la circunstancia de que el funcionario inicialmente aludido haya sido nombrado con acuerdo del Senado no supone que para su remoción deba aplicarse el procedimiento establecido por el citado artículo 45.

Esta interpretación debe mantenerse en el ámbito estricto de la regla constitucional, porque si se admitiese la discrecionalidad del Congreso para determinar de antemano quiénes gozarán del privilegio derivado de ese status hasta que se levante su inmunidad, se vulneraría el principio de igualdad ante la ley, que es derivación directa del sistema republicano adoptado por la Constitución Nacional.

7º) Que los eventuales cuestionamientos que pudiera suscitar esta línea de razonamiento con relación al caso se disipan al advertir que la estabilidad concedida a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo está prevista para sus jueces (artículo 96), por lo que las argumentaciones apoyadas en torno de la estabilidad del Procurador General -al cual reenvían las invocadas por el interesado- carecen de sustentación adecuada para las finalidades que se alegan.

8º) Que, en consecuencia, no cabe sino concluir que al Fiscal General de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas no le corresponde el

procedimiento del juicio político y que tampoco goza del privilegio de estabilidad especial que la Constitución Nacional asegura a otros funcionarios.

9º) Que, en tales condiciones, es forzoso admitir que la remoción de quien ocupa el cargo de que se trata puede ser dispuesta mediante un acto emanado del Poder Ejecutivo Nacional, a quien la ley orgánica acuerda la potestad de designarlo (art. 2º de la ley 21.383), ya que, como se vio, no es posible suponer que se trate de un funcionario absolutamente inamovible a perpetuidad, porque ello sería contrario a la letra y al espíritu de la propia Constitución (artículos 1, 16, 29, 33, 96 y concordantes).

10) Que dicha atribución tiene sustento en las facultades que, en su art. 86, la misma Ley Fundamental asigna al Presidente de la Nación, quien, como "jefe supremo" tiene a su cargo la "administración general del país" (inc. 1º); potestad que no puede ser retaceada, disminuida ni limitada por el Congreso Nacional, incorporando casos para los que se requiere juicio político cuando la Constitución así no lo establece, sin agravio del principio de separación de los poderes. La "invasión" que se manifiesta mediante la injerencia de un poder en la esfera exclusiva de otro concreta así un acto inocuo por ese vicio -competencia exclusiva de otro órgano del estado-, y por eso mismo, privado de todo efecto jurídico.

11) Que, conforme con estos principios, las disposiciones legales que excluyan a distintos funcionarios -con la jerarquía del *sub examine*- de las potestades conferidas por el artículo 86, otorgándoles estabilidades no previstas por la misma Constitución, carecen de toda eficacia, lo que así debe declararse respecto del caso planteado; sin que pueda obviarse señalar que el recurrente no ha planteado la inmunidad del acto a toda revisión judicial, pues por el contrario, lo ha reconocido en sus diversas presentaciones.

12) Que, en estas condiciones, toda vez que el Presidente de la Nación, por definición constitucional, es el órgano encargado de valorar la "buena conducta" del Fiscal General de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas (requisito contemplado en el art. 2º de la ley 21.383), la segunda cuestión relevante consiste en determinar si el acto por el que se dispuso la separación del funcionario contó con una motivación adecuada a ese marco o si, por el contrario esa exigencia no fue satisfecha, apreciación para la cual es esencial atender a las circunstancias comprobadas de esta causa.

13) Que, en efecto, admitida la facultad del Poder Ejecutivo para disponer la remoción del actor y atendiendo a que el debate abierto en las presentes

actuaciones brindó posibilidades de audiencia y prueba en la instancia judicial que bastan para asegurar la garantía de la defensa (doctrina de Fallos: 301:410) e impiden invocar una lesión en el ejercicio de ese derecho con respecto al agravio derivado del acto impugnado, corresponde examinar si el decreto 265/91 se ajustó a las específicas exigencias de la ley 21.383 en lo atinente a la causal de remoción que ella contempla, en armonía con las disposiciones constitucionales que rigen el accionar de este Poder del Estado.

Al respecto, cabe señalar que el accionante fundó su pretensión en que el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 265/91 arbitrariamente, "sin ningún fundamento fáctico, en forma intempestiva y sin trámite administrativo previo alguno que hubiese permitido al suscripto tomar intervención y conocimiento" (fs. 1 vta.). A su vez, el Poder Ejecutivo, al producir el informe previsto en el artículo 8 de la ley 16.986, negó la arbitrariedad imputada y sostuvo que la separación impugnada se había fundado en diversos hechos que comprometían la responsabilidad personal del funcionario al impedir, sin excusarse como hubiera correspondido, la debida investigación administrativa en torno del procesamiento del Dr. Horacio Molinas, quien se desempeñaba en el organismo siendo hijo de su titular, todo lo cual provocó un grave conflicto que culminó con la separación de los señores Fiscales Adjuntos; marco en el cual el Poder Ejecutivo recibió la Comunicación del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional Nº 1 en la que se le hacía saber que el Dr. Ricardo Francisco Molinas había sido citado en los términos del artículo 236, primera parte, en orden a los delitos de supresión de instrumento público e incumplimiento del deber de promover denuncia, tipificados por los artículos 274, 294 y 298 del Código Penal (fs. 42 vta./44 vta.).

Corrido traslado de dicho informe, el accionante no negó ni la existencia de los hechos allí aludidos,ni la fidelidad de la relación referente a su situación en los procesos criminales aludidos, ni la interferencia de su accionar en la investigación propiciada por funcionarios de su dependencia respecto a los acontecimientos que comprometían seriamente la actuación de su hijo en el organismo a su cargo, limitándose a insistir en la omisión del procedimiento previsto en el artículo 45 de la Constitución Nacional -o, en su caso, del sumario previo- y sosteniendo la imposibilidad de examinar otras motivaciones que no fueran, exclusivamente, las señaladas en el decreto impugnado (fs. 61/64 vta.); sin aludir tampoco a las pruebas o defensas de las que se habría visto privado por las irregularidades que imputa, ni acerca de cuál hubiese podido ser su influencia en la decisión del

asunto (Fallos: 306:467), cuestiones de significativa relevancia para la decisión del asunto (Fallos: 306:467, considerando 6º).

14) Que, con estos antecedentes, no aparece arbitrario que se hubiere dispuesto aquella medida, si se tiene en cuenta que fue adoptada ante la noticia del procesamiento del actor en una causa en la que se investigaban irregularidades directamente relacionadas con el ejercicio de su función, y en presencia de una conflictiva situación contemporáneamente desatada en el organismo a su cargo, que cobró notoriedad y que también lo involucraba, circunstancias que aparecen expresadas con insoslayable nitidez en los considerandos del decreto 265/91 y en los de su antecedente inmediato, el decreto 260/91, emitido el día anterior y al que no cabe escindir de aquél cuando se examina el contexto en el que se dispuso la remoción del actor.

Ello es así por cuanto la conducta que se juzgó incompatible con los requerimientos del art. 2º de la ley 21.383, debe ser entendida en función de las graves responsabilidades que pesan sobre el Fiscal General y en la medida de su inevitable incidencia en el desempeño de la delicada labor de control que la ley le ha confiado. Todo lo cual acuerda suficiente fundamento a las razones de prudencia invocadas como determinante de la remoción.

15) Que, por lo demás, el temperamento que descarta la posibilidad de que se haga mérito en el caso de tales motivos -que razonablemente contribuyen a justificar la separación impugnada-, encuentra decidido obstáculo en la normativa de directa aplicación al caso. En efecto, al ser requerido "a la autoridad que corresponda un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada" (art. 8º, primer párrafo, de la ley 16.986), no es admisible que se pueda sostener luego que parte de su contenido deba quedar al margen de la consideración judicial, cuando precisamente ello hace a la estructura concebida para ese particular proceso.

16) Que, por otro lado, una cuestión de tanta importancia como es la aptitud de una persona para continuar ocupando el cargo del Fiscal General de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, cuya competencia funcional consiste en vigilar la vigencia de la regla moral en los agentes de la Administración Pública, no puede resolverse por razones formales. Es aquí de inexcusable aplicación la conocida doctrina elaborada por esta Corte a partir del caso "Colalillo" (Fallos: 238:550) en torno al "exceso ritual manifiesto", no compatible con el buen servicio de justicia en tanto reconoce base constitucional la necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica

objetiva. Así no es admisible prescindir, en el caso, por pruritos de aquella índole de los motivos expuestos en el punto IV.1. del informe del Procurador del Tesoro de la Nación, lo que configura ese vicio en su grado máximo, al suprimir de la consideración judicial, para apreciar la razonabilidad de la separación del Fiscal General, los hechos señalados en el considerando 13º que, como allí se subraya, no fueron objeto de negativa alguna, ni genérica ni mucho menos circunstanciada. Omisión que no puede dejar de ponderarse, no solamente en mérito de lo dispuesto por los artículos 163, inciso 5º, último párrafo del Código Procesal, y 17 de la ley 16.986, sino porque la función que el accionante procura conservar exige una transparencia de conducta que excluye su silencio acerca de tan graves imputaciones, como una regla virtual de incontrastable evidencia.

17) Que, la tercera cuestión propuesta, la falta de sumario administrativo, resulta ineficaz para alterar en el caso el sentido de la decisión que se adopta pues, como lo ha declarado este Tribunal, para poner en ejercicio un poder conferido por la Constitución a cualquiera de los órganos del gobierno nacional es indispensable admitir que éste se encuentra autorizado a elegir los medios que a su juicio fuesen los más conducentes para el mejor desempeño de aquéllos, siempre que no fuesen incompatibles con alguna de las limitaciones impuestas por la misma Constitución (Fallos: 154:192). No obstante lo cual corresponde reiterar que, en el caso, la cuestión resulta abstracta pues el hecho invocado en el Decreto 265/91 para justificar la separación -el procesamiento del Fiscal- y los demás señalados en el informe del Procurador del Tesoro, no han sido negados por el afectado, lo que constituiría al sumario en un recaudo de inútil elaboración.

18) Que, por otra parte, a la fecha de la sanción y ejecución del decreto 265/91, el régimen de remoción del Procurador General de la Nación tampoco se encontraba regulado bajo ninguna otra formalidad especial, estado de cosas que no se ha modificado en la actualidad, resultando inadmisible que se pretenda encuadrar este supuesto en el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública previsto en la ley 22.140 -sancionado en armonía con la garantía consagrada en el artículo 14 bis de la Constitución- pues la jerarquía del funcionario de que se trata, la índole de sus funciones y el ámbito de su actuación lo excluyen de su ordenamiento (arts. 1º y 2º, inc. a).

19) Que, en estas condiciones, tratándose de un acto administrativo dictado en ejercicio de actividades no regladas -legítimo en cuanto a la competencia del órgano, por las razones desarrolladas *ut supra*- cabe señalar

que no le caben reproches en cuanto a su oportunidad, mérito o conveniencia, puesto que frente a la gravedad de las imputaciones que cuestionaban la "buena conducta" del señor Fiscal Nacional -que no fueron negadas por el interesado en el curso de este proceso-, seleccionar la separación del funcionario entre las opciones posibles abiertas a su potestad discrecional, descartando la suspensión u otras sanciones menores, no aparece configurada como arbitraria ni excesiva, ante el objeto específico de sus funciones, como guardián de la regla moral en sede administrativa.

20) Que, sin perjuicio de las conclusiones alcanzadas precedentemente, es necesario puntualizar que como el procesamiento o llamado a prestar declaración indagatoria es una resolución que no causa estado, su invocación -alegada entre los fundamentos del decreto 265/91 para proceder a la remoción del Fiscal General-, de ningún modo puede afectar la presunción de inocencia que garantiza el artículo 18 de la Constitución Nacional, sólo susceptible de ser alterada por una sentencia de condena.

Sin embargo, la fundada sospecha que recae sobre un funcionario público de haber cometido delitos dolosos contra la administración pública y la fe pública, derivada del dictado del auto de procesamiento, es causa suficiente y razonable para que resulte inadmisible la permanencia en su función del titular de un organismo que, como la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, tiene a su cargo la investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la Administración Nacional, de sus entidades descentralizadas, de las empresas del Estado o de propiedad del Estado, y, entre otras funciones, debe denunciar ante la justicia competente los hechos que como consecuencia de las investigaciones practicadas, sean considerados como presuntos delitos (confr. ley 21.383). Se trata, en consecuencia, de actos que por su naturaleza producen graves e irreparables daños a los valores que la Constitución Nacional busca salvaguardar cuando atribuye y distribuye las competencias de los funcionarios públicos (Fallos: 305:1751); todo lo cual acuerda suficiente fundamento a las razones de prudencia invocadas como determinantes de la remoción.

21) Que, por último, no es ocioso poner de relieve que la suerte de la decisión del conflicto aquí planteado viene impuesta por el inequívoco contenido de las normas involucradas, tal cual lo que resulta de sus textos explícitos; no de los que podrían o -tal vez- deberían contener, extremo que está vedado a los jueces valorar. Hubiera sido posible que los constituyentes crearan cargos, en el seno de la administración, inmunes al poder atribuido al Ejecutivo; sin embargo esa posibilidad no ha sido recogida en nuestro

ordenamiento vigente, a cuyo contenido los jueces deben subordinarse, pues de otro modo quebrarían el orden jurídico que -precisamente- están llamados a hacer cumplir.

22) Que en este orden de ideas, esta Corte ha sostenido desde antiguo que la misión más delicada de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado de modo de preservar el prestigio y la eficacia del control judicial evitando así enfrentamientos estériles (Fallos: 155:248; 254:43; 263:267; 282:392 y, en igual sentido, C.761.XXI. "Cohen, Rafael c/ Instituto Nacional de Cinematografía s/ nulidad de resolución", del 13 de marzo de 1990, y sus citas).

23) Que, de este modo, resulta inadmisible desconocer la validez del decreto 265/91 en tanto constituye un acto del poder administrador -prudentemente cumplido en vista a las especiales circunstancias que lo rodearon-, a quien la Constitución se lo ha atribuido en forma exclusiva y excluyente; un temperamento diverso equivaldría tanto como suplantar la voluntad de aquél por la del órgano jurisdiccional con la consecuente lesión al principio de la división de poderes establecido en la Carta Fundamental.

Por ello, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto por el Poder Ejecutivo Nacional, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la acción de amparo planteada a fs. 2/4. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LEVENE (H) — MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTÍNEZ — RODOLFO C. BARRA — CARLOS S. FAYT (*en disidencia*) — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO (*en disidencia*) — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disidencia*) — JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR — ANTONIO BOGGIANO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR
DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal Contencioso Administrativo confirmó la sentencia del juez de primera instancia que había hecho lugar a la demanda de amparo promovida por el

Dr. Ricardo Molinas contra el Poder Ejecutivo Nacional y declarado, en consecuencia, la nulidad del decreto 265/91 con el alcance establecido en el art. 1050 del Código Civil, ordenando al señor presidente de la Nación que reincorporara al actor en el cargo del que lo privó dentro del quinto día de quedar firme el pronunciamiento. Contra esa decisión, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario que le fue concedido.

2º) Que el *a quo* entendió en su sentencia que los agravios vertidos con relación a la aptitud de la vía procesal elegida no eran atendibles pues se sustentaban en cuestiones ajenas al presente proceso y por otra parte resultaban contradictorios con la postura asumida por el apelante con relación a la gravedad de los hechos en que se sustentaba el decreto aquí cuestionado y la consecuente falta de necesidad de prueba. Recordó asimismo la doctrina de esta Corte sobre el punto expuesta en la causa: P.137.XXIII. "Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional", del 27 de diciembre de 1990. En cuanto al fondo del asunto, sostuvo que el titular de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas debió haber sido removido por juicio político; agregó que aunque así no fuera, el acto impugnado era igualmente nulo por cuanto carecía de causa, a más de que para disponer la cesantía del actor era necesaria la formación de un sumario, cuya ausencia determina idéntica solución.

3º) Que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente procedente pues se encuentra en tela de juicio la interpretación de normas federales y la decisión recurrida ha sido contraria a los derechos que el apelante fundó en ellas.

4º) Que el primer agravio del Estado Nacional se centra en la admisión formal de la acción de amparo, tema que el apelante relaciona con la autonomía que la sentencia atribuye a las tres causales de nulidad del acto cuestionado en autos. Si bien es cierto que, como lo sostiene el Estado Nacional, la necesidad de juicio político para la destitución del actor descartaría las otras dos causales de nulidad del acto impugnado, ello no autoriza a descalificar el pronunciamiento recurrido como se pretende, a poco que se repare que como expresamente lo indica el *a quo*, el estudio de aquellas sólo se efectúa para el supuesto hipotético de que no se considere procedente aquel temperamento (confr. considerando séptimo).

5º) Que en cuanto a la aptitud del remedio regulado por la ley 16.986, los agravios del apelante encuentran adecuada respuesta en el pronunciamiento de esta Corte en la causa ("Peralta", cit.), a cuyas consideraciones corresponde

remitir a fin de evitar repeticiones innecesarias. Cabe aquí también sostener, como lo hizo el Tribunal en esa oportunidad, que no se advierte en la especie la necesidad de mayor sustanciación y prueba para resolver una cuestión eminentemente de derecho y que hace, esencialmente, al procedimiento legalmente aplicable para proceder a la remoción del actor. Por otra parte, el apelante omite indicar en su recurso las cuestiones de hecho que -según sostiene- deberían ser materia de prueba.

6º) Que con relación a la necesidad del juicio político el *a quo* entendió que ella resulta con claridad de lo dispuesto por la ley 21.383, sin que exista un necesario paralelismo entre ese mecanismo de remoción y el acuerdo del senado como requisito para la designación. Sostuvo que la remisión contenida en el art. 2 de esa ley al procedimiento establecido para la remoción del Procurador General de la Nación importa un reenvío recepticio, que determina que la norma reenviada pierda su autonomía, convirtiéndose en un elemento que pasa a integrar la ley reenviante y funciona como un mecanismo apto para incorporar contenidos normativos extraños. En otros términos, el contenido de la primera integra la segunda que sólo evita su reproducción material. En la especie, la ley 21.383 reprodujo materialmente el requisito exigido por el art. 21 del decreto-ley 1285/58 y sus modificaciones congelando su contenido frente a cualquier alteración que ellas pudieran sufrir, criterio que coincide con la doctrina de este Tribunal que cita en la causa "Cagliotti, Carlos s/ querella c/ Molinas Ricardo", sentencia del 1 de noviembre de 1988. Concluye, en este aspecto, en que la sustitución del art. 21 del decreto-ley 1285/58 por la ley 23.744 no incide en el régimen de remoción del Fiscal General definitivamente fijado por la ley 21.383.

7º) Que en oportunidad de resolver la causa citada en el considerando anterior, esta Corte expresamente se pronunció sobre el punto que aquí interesa, esto es, el status jurídico del Fiscal General de Investigaciones Administrativas y la aplicación a su respecto de las prescripciones contenidas en los arts. 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional (considerando sexto). Sostuvo el Tribunal en esa oportunidad que a pesar de los cambios estructurales que experimentó la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas desde su nacimiento en 1962, ha permanecido incólume el propósito de su creación expresado en los considerandos del decreto-ley 11.265 del 24 de octubre de aquel año. La investigación de los actos de los funcionarios públicos y la calificación de su conducta forma parte de la función permanente del Estado de velar por el cumplimiento de las leyes y por la observancia de las normas de moralidad que posibilitan la convivencia pacífica y digna. Esa tarea dentro de nuestra organización republicana, que reserva al Poder

Judicial la función represiva, debe ser confiada a un órgano permanente que actúe con independencia del Poder Ejecutivo y dotado de facultades que aseguren su eficacia.

Acorde con esa trascendente función, el primigenio estatuto otorgó al titular de dicho organismo la categoría jerárquica y presupuestaria de Fiscal de Cámara, requiriéndose para su designación el acuerdo del Senado de la Nación, requisito que ya se exigía en el art. 123 de la ley 1893 y que fue expresamente establecido para este magistrado por el decreto-ley 14.096, del 26 de diciembre de 1962, modificatorio de las normas de creación de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas. La hoy vigente "ley" 21.383 lo equiparó para todos los efectos legales al Procurador General de la Nación (art. 1º); manteniendo inalterable la indicación de que "permanecerá en sus funciones mientras dure su buena conducta" y, aunque no se refirió al acuerdo del Senado -por tratarse de una norma de facto- dejó claramente establecido que sólo podrá ser removido por las mismas causas y mediante el mismo procedimiento previsto para el Procurador General de la Nación (art. 2º, párrafo segundo). Esto implicaba, en el remedo entonces instaurado de las instituciones republicanas, someterlo a las cargas y asegurarle las mismas garantías brindadas a los magistrados judiciales.

Esas connotaciones, inescindiblemente ligadas con la alta función de control que la ley ha puesto en manos de este organismo, entrañan, no sólo por el reenvío al art. 21 del decreto-ley 1285/58, sino por los mismos antecedentes legales de su creación, la aplicabilidad al *sub lite* de los arts. 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional respecto del Fiscal General.

8º) Que esta doctrina del Tribunal ha sido reiterada en la causa D.290.XXII "Dibur, José Nicasio su querella c/ Ricardo Francisco Molinas", pronunciamiento del 14 de diciembre de 1989, oportunidad en la que igualmente se señaló la intrascendencia a estos fines de las diferencias de carácter funcional entre la actividad de control que tiene asignada la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas y la tarea judicial, diferencias que no entrañan de por sí una descalificación desde el punto de vista constitucional de las inmunidades que la ley ha acordado al titular del citado organismo, las que encuentran sustento en la trascendente labor que tiene encomendada la que, en última instancia, está destinada a instar y colaborar con el ejercicio de la función jurisdiccional propiamente dicha (confr. considerando séptimo). Ya con anterioridad este Tribunal había indicado que, al margen de las falencias e imperfecciones del régimen jurídico que lo rige, éste refleja la intención de incorporar a las instituciones nacionales un

funcionario que defienda los intereses individuales y sociales al modo del "ombudsman" establecido en numerosas legislaciones extranjeras (Fallos: 310:1510, considerando tercero).

9º) Que el establecimiento por vía legal del mismo mecanismo que el previsto por la Constitución Nacional respecto al medio de remoción de ciertos agentes públicos, no implica exceder los límites derivados de ella.

En efecto, las previsiones del llamado "juicio político" no crean en modo alguno inmunidades que no sean relativas en favor de los titulares de los Poderes del Estado, ni de los Ministros del Poder Ejecutivo, pues un concepto semejante es impropio de los magistrados y empleados de una Nación que ha optado por la forma republicana de gobierno: inmunidad absoluta y república son términos antitéticos. Lo que la Constitución establece es precisamente un instrumento de juicio que no se detiene ni aún ante los más altos magistrados nacionales.

El empleo de la misma herramienta que utilizó el constituyente por parte del legislador, no hace sino colocar ante elevados jueces a aquellos sobre los que pesa una elevada responsabilidad, de modo que no viola el principio constitucional de la igualdad ante la ley. Y la medida de esta responsabilidad ha sido, en el caso, decisión sopesada por el legislador atendiendo a criterios de mérito, oportunidad y conveniencia que está entre sus facultades evaluar.

Finalmente, debe agregarse que las responsabilidades cuyo juzgamiento corresponde a los jueces ordinarios tampoco se eliminan por aquel juicio, ni siquiera se incluyen en él (art. 52 de la Constitución Nacional). Aún es dable señalar que las exigencias formales para la acusación y eventual condena son menos rigurosas en el primer caso que en el segundo.

Si, de todas maneras, alguna duda pudiese abrigarse, la solución conveniente para un régimen republicano, en el concreto caso, es la que descansa en la inteligencia de las normas que mejor preserva la estabilidad de las instituciones, al mismo tiempo que hace efectiva la responsabilidad de los hombres.

10) Que ello resulta suficiente para desestimar las quejas relativas a la necesidad de que la dimisión del actor fuera el resultado de su juicio político, solución que se corrobora si se tiene en cuenta que no existe agravio alguno tendiente a cuestionar los fundamentos que permitieron al *a quo* concluir en la subsistencia de ese requisito con posterioridad a la reforma introducida por

la ley 23.774 al decreto-ley 1285/58. Así, el apelante se limita a sostener que el reenvío establecido por el art. 2 de la ley 21.383 es de carácter formal, sin hacerse cargo de ninguno de los argumentos expuestos por el tribunal de grado como sustento de la solución opuesta.

Por lo demás, no puede buscarse el fundamento de la alegada facultad del Poder Ejecutivo en el inciso 10 del art. 86 de la Constitución Nacional porque, ante la caracterización de este alto funcionario antes reseñada, parece francamente un despropósito incluirlo entre los allí enunciados "empleados de la administración", y no sólo por su jerarquía institucional, sino, más bien, porque una de las funciones primordiales que la ley le ha asignado al Fiscal General consiste, precisamente, en "promover la investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la administración nacional..." (art. 3, inc. a, ley 21.383). Resulta, pues, un sinsentido incluir en el ámbito del significado de la expresión constitucional a quien explícitamente la ley ha puesto fuera de esa referencia, como órgano de contralor de la conducta de tales "empleados". Y el contrasentido sería mayor si se advierte que las atribuciones de contralor de la Fiscalía se extienden a los Ministros, Secretarios de Estado y otros funcionarios (arts. 6, inc. a) y 11 de la ley 21.383) que por su jerarquía se encuentran excluidos del régimen jurídico aprobado por la ley 22.140 (art. 2), lo que pone en evidencia la inaplicabilidad de dicho régimen al Fiscal General. Del mismo modo, no resulta suficiente para fundar la alegada facultad presidencial el carácter de Jefe Supremo de la Nación que le asigna el art. 86, inc. 1º, de la Constitución Nacional. No obstante el carácter de Jefe de la Administración del Presidente -quien no sólo es agente de las decisiones del Congreso sino que tiene poderes propios- existe la posibilidad de que en ocasiones señaladas el Congreso asegure el cumplimiento de sus decisiones encomendándolas a cuerpos determinados cuyas facultades fija.

Así se ha entendido que debía actuar cuando ha creado organismos -en especial de control o de carácter jurisdiccional- respecto a los cuales se ocupó de señalar especialmente los límites precisos del ámbito en que actuarían con independencia del Poder Ejecutivo, como ocurre con los "tribunales administrativos" en general. En todos estos casos importa esencialmente la libertad de criterio con que tales entes ejercen su actividad, en relación particularmente a la "Administración", en tanto organización que tiene como jefe al Presidente. Cuando el interés de la institución de tal ámbito de libertad cesa, no hay obstáculos en insertar a tales entes en aquel cuerpo general, que por otra parte, suele proveerles del apoyo necesario para su funcionamiento. Pero de esta acción de sostén y apoyo no cabe extraer una subordinación

desnaturalizante de la decisión legislativa, como sería la de afirmar que por tal "inclusión" en la administración -que en la especie se admite sólo por vía de hipótesis-, en su tarea se encuentran ellos "integrados" a ésta de modo que deban acatar las órdenes y admitir la supervisión de la administración en aquellas de sus decisiones que deben tomar libremente.

Estas consideraciones son particularmente aplicables en la especie si se tiene en cuenta la función antes recordada de la Fiscalía, que consiste justamente en el control de la administración. La forma y las causales de remoción de su titular previstas por el legislador tienen, entonces, la obvia finalidad de preservar su independencia, único modo posible de garantizar el cumplimiento de la delicada tarea que le ha sido encomendada.

11) Que las normas de la ley 20.677, en cuanto excluyen del requisito del acuerdo del Honorable Senado de la Nación a funcionarios distintos de aquéllos para cuya designación lo prevé la Constitución Nacional, no aporta elemento alguno que permita esclarecer el punto aquí en debate.

En efecto, como lo señaló esta Corte en los precedentes citados en los considerandos, las disposiciones legales que regulan la organización de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas expresamente prevén que la designación de su titular se hace por decreto del Poder Ejecutivo Nacional. No hay, en este aspecto, remisión alguna a la regulación legal de otros funcionarios, sino una expresa y específica previsión sobre la modalidad de la designación del citado funcionario. En cambio, sí existe remisión en punto a la forma de la remoción del citado funcionario que, de conformidad con la citada doctrina de este Tribunal, exige el juicio político.

Ello permite arribar a una conclusión que se deriva, por otra parte, de expresas disposiciones de nuestra Ley Fundamental: no existe -al menos en términos absolutos- necesaria correlación entre el procedimiento de designación y el de remoción de los funcionarios públicos. Que esa no ha sido, en la especie, la intención del legislador parece evidente pues, de lo contrario, hubiera resultado suficiente la remisión a la situación del Procurador General en ambos aspectos, o la regulación específica de ambos aspectos, camino por el que no optó.Antes bien, frente a la expresa previsión de un mecanismo que excluye la intervención del Congreso para la designación, remitió a normas que conducían al "juicio político"al regular su remoción.

Este razonamiento se compadece, por otra parte, con diferencias que se encuentran en la Constitución Nacional. Ella prevé el juicio político como

medio de remover al presidente y vicepresidente, e igualmente a los ministros (art. 45) funcionarios que son designados sin el requisito del acuerdo del Senado (art. 86, inc. 10). A la par, existen funcionarios para cuyo nombramiento es necesario este último requisito (art. 86,incs. 10 y 16) y que, sin embargo, no resultan pasibles de aquel enjuiciamiento. La desvinculación entre ambos procedimientos hace admisibles regulaciones legales que contengan una o ambas de las previsiones mentadas y, en el caso en examen, que modificaciones legales que pudieran afectar el modo de designación del Procurador General de la Nación, no extiendan su virtualidad de manera de alterar una concreta exigencia prevista por las leyes, de modo claro y reiterado, en relación a la remoción del Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas.

12) Que, finalmente, debe indicarse que es claro que no hay en nuestra Constitución derechos absolutos, así como que las leyes pueden ser cambiadas, sin que existan derechos adquiridos a su perdurabilidad (Fallos: 272:229; 291:359; 300:61; 308:199). Empero, el art. 3 del Código Civil, en la medida en que su contenido se eleva del plano del derecho común (Fallos: 145:307; 151:103; 152:268) señala con claridad que no pueden ser ignorados derechos amparados por garantías constitucionales.

Garantías de esa índole aseguran la no remoción del actor sino por la vía del juicio político. Esto no entroniza a un funcionario de modo perenne en su cargo, contrariando la forma republicana de gobierno, sino que asegura un derecho "adquirido" cuyo titular, más que el Dr. Molinas, es la sociedad argentina, derecho a que la permanencia de un determinado funcionario que cumple una señalada función en el aseguramiento mismo de aquella forma republicana, se adecue a previsiones que en su momento el Congreso Nacional estableció con miras a asegurar su esencial estabilidad e independencia. Si más adelante el Congreso optara por desmantelar tal institución no podría hacerlo sin respetar aquel derecho que tiene raíz constitucional porque, es obvio, la Constitución está por encima de la ley.

Caso contrario, la reforma legislativa se convertiría en el modo de desnaturalizar la medida de permanencia incluida en las instituciones y en sus titulares como condición de su independencia, concluyendo por afectar esta última.

Aunque es tenue el límite entre lo que ampara la Constitución y lo que es campo de las leyes,se impone, por una suerte de verdad material ese respeto

como la más segura valla, en casos como el presente ante situaciones que pueden enturbiar el carácter republicano de las organizaciones estatales.

13) Que, en consecuencia, cabe concluir en que el procedimiento utilizado para la remoción del Fiscal Ricardo Francisco Molinas no era el previsto legalmente, lo que resulta suficiente para desestimar el recurso extraordinario interpuesto, sin que quepa detenerse en el estudio de los agravios relativos a las causales de nulidad del decreto cuestionado en autos, toda vez que la conclusión a la que se ha arribado hace que estos últimos sólo remitan al tratamiento de una cuestión abstracta y, como tal, vedada al conocimiento de esta Corte.

Por ello, se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y devuélvase.

CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR
DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

Considerando:

1º) Que el juez federal de primera instancia hizo lugar al amparo incoado por el Dr. Ricardo Molinas con motivo de su separación del cargo de Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas dispuesta por el decreto 265/91. Sostuvo que ese acto era nulo porque el nombrado funcionario sólo podía ser removido mediante el procedimiento de los arts. 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional. Agregó, asimismo, que aun cuando esto último no fuera tampoco así, por dos razones tampoco sería válida la aludida cesantía. La primera, por cuanto el decreto tuvo como única causa el procesamiento penal del Fiscal General, y, con arreglo al principio de inocencia, dicho procesamiento no configura una inobservancia de la "buena conducta". La segunda, en tanto se omitió el debido sumario si se entendió que aquél había incurrido en faltas administrativas. En consecuencia, ordenó al Presidente de la Nación que reincorporase al actor.

Contra esa decisión, el Procurador del Tesoro dedujo apelación, que fue rechazada por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que resolvió declarar "parcialmente

desierto el recurso...en cuanto a los planteos vinculados con lo resuelto por el *a quo* respecto a la ilegalidad manifiesta del decreto 265/91, y a la falta de causa válida que justifique la sanción expulsiva por él impuesta" y "confirmar la sentencia de primera instancia" (fs. 137 vta.).

Ese pronunciamiento dio lugar al recurso extraordinario del Procurador del Tesoro, que fue concedido y que es formalmente admisible (art. 14, incs. 1º y 3º, de la ley 48).

2º) Que corresponde, en primer término, examinar la objeción relativa a la aptitud de la acción de amparo para discutir las cuestiones planteadas en autos.

Tan conocida como constante es la doctrina de esta Corte en cuanto a que, si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias, su exclusión por la existencia de otros medios procesales administrativos y judiciales no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que aquel instituto tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias. De tal suerte, siempre que se acredite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, corresponderá que los jueces habiliten la rápida vía del amparo (Fallos: 299:358; 305:307, y el pronunciamiento dictado en la causa V.114.XXIII, "Video Visión", del 7 de marzo de 1989, entre otros).

3º) Que la remoción del Fiscal General de Investigaciones Administrativas es una cuestión de tal trascendencia institucional -dadas las atribuciones que le confiere la ley 21.383- que el pronunciamiento judicial respecto a la decisión en tal sentido no admite las dilaciones a que conduciría el sometimiento de la cuestión a las vías procesales ordinarias, las cuales no serían aptas para remediar el agravio que se invoca pues dejarían en la indefinición el ejercicio de tan trascendentales funciones durante un tiempo prolongado. Existe un notorio interés público en que la cuestión se dilucide sin más demora, sin que del carácter sumarísimo del amparo derive menoscabo alguno para el derecho de defensa del Estado, dado que el caso no requiere mayor amplitud de debate ni de pruebas que los ya realizados en la causa.

4º) Que, sentado lo expuesto, corresponde entrar a considerar el fondo del asunto.

Según surge del considerando 1º, uno de los motivos por los cuales el juez de primera instancia acogió la demanda consistió en la falta de causa válida del decreto 265/91. Para ello,hizo mérito de que la única causal en que ese acto se había fundado, era el procesamiento del Fiscal General por delito doloso cometido en el ejercicio de sus funciones, y que, asimismo, ese motivo, en tanto "no altera el status jurídico de inocencia, mal puede sustentar el achacamiento de 'mala conducta' como causal de remoción" (fs. 87).

A su vez, la sala *a quo*, ante la apelación del Estado, consideró que "contra este fundamento esencial, suficiente por sí solo para justificar la nulidad de la cesantía, nada se dice en el memorial. No hay al respecto agravio específico alguno. Consecuentemente, se trata de una cuestión firme y consentida que de por sí da lugar a la anulación de la forma y con los alcances que el juez la dispuso" (fs. 132 vta./133). De ahí que en la parte resolutiva declaró desierto el recurso del Estado sobre el aspecto mencionado (considerando 1º, párrafo segundo).

5º) Que el recurso deducido sólo mínimamente atiende a esos fundamentos de la decisión pese a lo cual -dada la trascendencia de la cuestión planteada- corresponde considerarla.

A tal fin, cabría partir de la base de que esta Corte, al resolver la causa C.82.XXII "Cagliotti, Carlos N. c/ Molinas, Ricardo F.", del 1 de noviembre de 1988, consideró que el Fiscal General de Investigaciones Administrativas gozaba de inmunidad procesal por aplicación de los arts. 45, 51 y 52 de la Constitución y del art. 2º, párrafo segundo, de la ley 21.383, según el cual sólo puede ser removido por las mismas causas y mediante el mismo procedimiento previstos para el Procurador General de la Nación.

Sin embargo, la modificación introducida en el art. 21 del decreto-ley 1285/58 por la ley 23.774, en tanto excluye al Procurador General de la Nación de formar parte de la Corte Suprema de Justicia, pone en duda la validez actual de tal interpretación. En efecto, por un parte la calidad de integrante de la Corte de dicho funcionario fue uno de los fundamentos básicos de la mencionada decisión, por lo que pierde en parte su base. Pero, desde otro punto de vista, se mantiene en vigor el tercer párrafo del art. 2º de la ley 21.383, que somete a los fiscales adjuntos al procedimiento de remoción establecido para los jueces nacionales, que es el juicio político, y resultaría un contrasentido que los funcionarios inferiores tuviesen esa garantía y el superior pudiese ser removido por decisión administrativa.

6º) Que, no obstante, resulta innecesario dilucidar esa cuestión en el *sub lite*, pues aun cuando se partiese de la base de que bastara la decisión administrativa para remover al Fiscal General, ésta no podría dejar de cumplir los requisitos que para el acto administrativo exige la ley 19.549, en especial la causa (art. 7º, incisos b y c). Pues si dicho funcionario goza de inamovilidad en tanto dure su buena conducta, sólo la objetiva comprobación de su mala conducta, esto es, de su mal desempeño del cargo o de la comisión de delitos, puede justificar su cesantía.

En ese aspecto, el auto de procesamiento no es suficiente para acreditarla, pues se trata de una medida fundada sólo en la existencia de prueba semiplena de existencia de delito e indicios sobre su autoría (art. 366, incisos 1º y 3º del Código de Procedimientos en Materia Penal) que, por sí solos y en tanto no medie sentencia condenatoria, no bastan para desvirtuar la presunción de inocencia de todo individuo imputado de hechos subsumidos en las normas del Código Penal, presunción que no sólo resulta implícitamente del texto del art. 18 de la Constitución Nacional, sino que ha sido incorporada al fondo común legislativo de los pueblos civilizados a partir de su consagración por el art. 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, emanada de la Asamblea Constituyente francesa de 1789, e incluida en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 de las Naciones Unidas, art. 11, inc. 1, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), art. 8º, inc. 2.

Por tanto, en el ámbito administrativo la indicada presunción sólo puede ser desvirtuada mediante el correspondiente sumario que respete las reglas del debido proceso adjetivo. Esa exigencia ha sido mantenida por esta Corte para los meros agentes de la Administración Pública (Fallos: 295:344 y 518; 303:542 y 779; 304:538 y 1891; 305:115 y 628; 306:2009; 307:207, 388 y 1525, entre muchos otros), y su observancia es tanto más imperiosa frente a la alta investidura del Fiscal General, pues no resulta razonable que el funcionario encomendado de fiscalizar la actuación de la administración pueda ser removido sin causa, o sin debida justificación de ella, por el jefe de la propia administración cuya fiscalización la ley le encomienda. Ello le quitaría toda independencia de actuación y de criterio, impidiendo el eficaz desempeño de su labor.

7º) Que la alegación por la defensa del Estado Nacional de otros motivos que justificarían la mala conducta en el ejercicio de sus funciones atribuida al actor no puede ser tomada en consideración en sede judicial, no sólo porque ha de juzgarse la legalidad del decreto de cesantía sobre la base de los

motivos que expresa, y no de otros, sino también porque la omisión de la vía que fuere pertinente para la demostración de las causas antes del dictado de aquél no puede ser sustituida por su debate en sede judicial. Ello es así puesto que los motivos del acto administrativo deben estar expuestos en él (art. 7, incs. b y c, ya citados, de la ley de procedimiento administrativo) y no ser revelados sólo cuando su validez es judicialmente impugnada. De lo contrario, la apreciación de la causa del acto administrativo pasaría a ser materia de un debate judicial sobre aspectos no delimitados previamente, en lugar de constituir el antecedente necesario de eficacia jurídica del acto, desnaturalizando así la misión del Poder Judicial.

Por ello, se confirma el pronunciamiento apelado. Con costas. Hágase saber y devuélvase.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR
DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que el juez federal de primera instancia, hizo lugar al amparo incoado por el Dr. Ricardo Molinas, con motivo de su separación del cargo de Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas, dispuesta por el decreto 265/91. Sostuvo que ese acto era nulo, porque el nombrado funcionario sólo podía ser removido bajo el procedimiento de los arts. 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional. Agregó, asimismo, que aun cuando esto último no fuera así tampoco, sería válida la aludida cesantía, por dos razones. La primera, por cuanto el decreto tuvo como causa única el procesamiento penal del Fiscal General, y, con arreglo al principio de inocencia, dicho procesamiento no configura una inobservancia a la "buena conducta". La segunda, en tanto se omitió el debido sumario si se entendió que aquél había incurrido en faltas administrativas. En consecuencia, ordenó al Presidente de la Nación reincorporar al actor.

Contra ello, el Procurador del Tesoro dedujo apelación, que fue rechazada por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso

Administrativo Federal, que resolvió declarar: "a) parcialmente desierto el recurso...en cuanto a los planteos vinculados con lo resuelto por el *a quo* respecto a la ilegalidad manifiesta del decreto 265/91, y a la falta de causa válida que justifique la sanción expulsiva por él impuesta", y "c) confirmar la sentencia de primera instancia" (fs. 137 vta.).

Ese pronunciamiento dio lugar al recurso extraordinario del Procurador del Tesoro, que fue concedido y que es formalmente admisible (art. 14, incs. 1º y 3º de la ley 48).

2º) Que corresponde, en primer término, examinar la objeción vinculada a la aptitud de la acción de amparo para discutir las cuestiones planteadas en autos.

Tan conocida como constante es la doctrina de esta Corte en cuanto a que, si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias, su exclusión por la existencia de otros medios procesales administrativos y judiciales, no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que aquel instituto tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias. De tal suerte, siempre que se acredite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, corresponderá que los jueces habiliten la rápida vía del amparo (Fallos: 299:358; 305:307 y el pronunciamiento dictado en la causa V.114.XXIII, "Video Visión", del 7 de marzo de 1989; entre otros).

3º) Que las delicadas e importantes funciones que debe cumplir el Fiscal General, ponen a éste en un plano de marcada relevancia institucional. Basta una somera lectura de las atribuciones, competencias y facultades de aquél, dadas por la ley 21.383, especialmente enlazadas con la investigación de la conducta administrativa de los funcionarios, incluso de elevada jerarquía, tanto de la Administración Pública Nacional como de la Intendencia de la Ciudad de Buenos Aires, para concluir, sin ninguna hesitación, en la trascendencia que sobre la marcha de los asuntos y negocios públicos ejerce el Fiscal General.

Síguese de ello que, todo lo que pueda interferir substancialmente en su labor, exige un pronto esclarecimiento, pues la demora en la solución del punto sólo podría fundarse en razones escasamente técnicas.

Y, cabe decirlo de una vez por todas, sin vacilaciones ni componendas, el cese de un Fiscal General es algo muy grave.

Tan grave es, que el propio Estado debería ser el principal interesado en la dilucidación judicial de semejante cuestión. Quién sino él, dadas las funciones de investigador que sobre los propios funcionarios estatales ejerce el Fiscal General, poseería un interés mayor en el presto desenlace de un litigio como el presente, sea para superar rápidamente la nada positiva incertidumbre que el tema en litigio genera en el plano institucional, sea para recibir la declaración de validez de su acto -en caso de un resultado favorable-, o, en caso contrario, para que su error dure lo menos posible; sea, en todos los casos, para el aseguramiento del imperio de la legalidad, principio cardinal de la actividad del Estado.

4º) Que no se debe resistir la admisibilidad del amparo con el mero señalamiento de la existencia de otras vías procesales para ventilar un asunto que, como cualquier otro que se promueva a través de esa acción, contará, desde luego, con dichas vías alternativas. De otro modo, cabría considerar que la ley 16.986 ha establecido un proceso que, en definitiva, resulta intransitable. El error de tal razonamiento, que hipotecaría el porvenir de la jurisprudencia, se halla en su propia base,pues no es el mencionado el aspecto a aclarar, sino el de la aptitud de esos trámites para satisfacer adecuadamente a la tutela que se peticiona.

En el *sub examine*, no parece discutible que el impedimento de ejercer sus funciones irroga al Fiscal General perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior, toda vez que ello supone que el desarrollo de los trámites a cargo de ese órgano y las investigaciones sobre los funcionarios públicos que son de su resorte, resultan sustraídas de las manos de quien, según la ley, debe conducirlas. La imposibilidad o dificultad de retrotraer la marcha de esos asuntos y la oportunidad e inmediatez que reclaman tamañas funciones conducen a descartar, como ha quedado expuesto, la aptitud de otras vías.

5º) Que súmase a ello que ninguna lesión al derecho de defensa le infiere al Estado el carácter sumarísimo del amparo pues, si se tienen en cuenta las expresadas circunstancias del caso, se advierte que éste no requiere, de ninguna manera, una amplitud de debate y prueba mayor que la concedida. Incluso, el Procurador del Tesoro no formula demostración concluyente alguna acerca de las alegaciones o pruebas que, para lo conducente a esta altura de la *litis*, se haya visto impedido de proponer o producir (Fallos: 305:1498, -considerando 7º-, entre otros).

6º) Que, sentado lo expuesto, corresponde analizar las restantes cuestiones que se suscitan en el presente.

Según surge del considerando 1º, uno de los motivos por los que el juez de primera instancia acogió la demanda, consistió en la falta de causa válida del decreto 265/91. Para ello, ese magistrado hizo mérito (v. considerando 1º, párrafo primero) de que la única causal en que ese acto se fundó, fue el procesamiento del Fiscal General por delito doloso cometido en el ejercicio de sus funciones, y que, asimismo, ese motivo, en tanto "no altera el status jurídico de inocencia, mal puede sustentar el achacamiento de 'mala conducta' como causal de remoción" (fs. 87).

Ahora bien, a su turno, la Sala *a quo*, ante la apelación del Estado, consideró que "contra este fundamento esencial, suficiente por sí sólo para justificar la nulidad de la cesantía, nada se dice en el memorial. No hay al respecto agravio específico alguno. Consecuentemente se trata de una cuestión firme y consentida que de por sí da lugar a la anulación de la forma y con los alcances que el juez le dispuso" (fs. 132 vta./133).

De ahí que, en la parte resolutiva, declaró desierto el recurso del Estado sobre el aspecto mencionado (considerando 1º, párrafo segundo).

7º) Que, examinado el recurso extraordinario en este punto, podría sostenerse, con un criterio de rigurosidad extrema, que aquél presenta falta de fundamentación crítica bastante. Sin embargo ante la posibilidad de que, con amplitud de criterio, pudieran interpretarse algunas manifestaciones expuestas en la apelación extraordinaria como una argumentación suscinta -pero mínimamente suficiente- relativa al tema de la deserción y de la falta de causa válida del decreto 265/91, resulta apropiado formular las siguientes consideraciones.

Ante todo, es manifiesto que el acto de cese, en lo que concierne a la conducta del Fiscal General, se basó exclusivamente en el hecho de que éste se encontraba "procesado por delito doloso cometido en el ejercicio de sus funciones" (párrafo noveno de los considerandos del decreto 265/91).

Ahora bien, la causa de un acto administrativo -como lo es el *sub examine*- constituye un requisito esencial de su validez. La Ley de Procedimientos Administrativos es, al respecto, terminante: "Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: ... b) deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable;... c) deberá ser

motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inc. b) del presente artículo" (art. 7º).

8º) Que tal requerimiento "esencial" de la expresión en "forma concreta" de los hechos, razones y antecedentes que inducen a emitir el acto, lo que constituye su causa, impide, por lo menos en decisiones de la gravedad de la examinada, que a la hora de ser revisadas por los jueces, pueda alegarse, por parte del Estado, la existencia de otras circunstancias o motivos que la sustentarían.

Esta conclusión deriva de la propia razón de ser del señalado requisito. En efecto, en un régimen republicano como el que ha elegido el pueblo, la soberanía reside en ese mismo pueblo, de modo que, atento a que éste no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes, es un deber insoslayable de éstos que den cuenta a aquél de los fundamentos de sus actos (artículos 1º, 22, 33 y concs. de la Constitución Nacional).

El estado actual de desarrollo de las democracias y de la cultura de los pueblos ha hecho de la transparencia, publicidad y razonabilidad del obrar de los funcionarios, una cuestión crucial. Están en ello comprometidos los propios cimientos de dicho sistema político en la medida en que, cabe repetirlo, los gobernantes son sólo representantes del pueblo, el cual, por ser el soberano, reside en él el derecho inquebrantable de elegir a aquéllos y de conocer cómo ejercen su representación.

9º) Que, por otro lado, el mentado recaudo, esto es: la causa del acto administrativo, responde a otras necesidades de no escasa envergadura. Así, es innegable el derecho del destinatario de tal acto al debido proceso adjetivo, y, por ende, a una decisión fundada, esto es: "que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso" (artículo 1º, inc. f, ap. 3, de la citada ley 19.549).

10) Que las circunstancias expuestas resaltan tanto la mencionada razón de ser del requisito en examen, cuanto la justificación de que los motivos expresos del acto administrativo no puedan sufrir alteración por medio de alegaciones formuladas en una causa judicial destinada a su revisión. De lo contrario, por un lado, se produciría una suerte de privación a los gobernados, en oportunidad de dictarse el acto, del conocimiento de los verdaderos motivos de éste, y que sólo merced a que el pronunciamiento resulte

cuestionado ante la justicia podrían llegar a conocer. Por el otro, se vería fuertemente menoscabado el derecho de defensa del destinatario de la decisión, garantizado no sólo por la mencionada Ley de Procedimientos Administrativos, sino por la propia Constitución que, bueno es decirlo, no es una marioneta verbal, dada la incertidumbre que, sobre los reales motivos del acto, irrogaría la posibilidad de que éstos lleguen a ser distintos de los que se le comunican pues, en definitiva, podrían ser modificados en una eventual contienda judicial.

11) Que estas condiciones alcanzan toda su plenitud en supuestos de la trascendencia del presente.

La remoción de un funcionario como el Fiscal General de Investigaciones Administrativas, ha de ser el resultado de una profunda reflexión, rodeada del más acabado conocimiento de los hechos en juego, de suerte que la motivación vertida en el acto administrativo que se expida no debería traducir otra cosa que el fiel reflejo de tal proceso. Luego, todo hecho que no haya sido expresado como causa, debe entenderse que no indujo a la emisión del acto, y, por lo tanto, tampoco cabe que sea introducido en el litigio, como lo intenta el Procurador del Tesoro.

12) Que, en tal orden de ideas, si la causa de la cesantía es la expuesta en el decreto 265/91, y sólo a ello cabe estar, es conclusión necesaria, fuera de todo debate que dicha causa se encuentra viciada.

En primer lugar, resulta claro que -vigente la norma que establece la permanencia en sus funciones del Fiscal General "mientras dure su buena conducta" (art. 2º de la ley 21.383)- las "causas" que dicho precepto menta a continuación, no pueden ser sino el desarrollo específico de las modalidades que puede asumir la "mala conducta" que es el reverso lógico de aquélla. Sería, por ello, manifiestamente absurdo sostener que la garantía de permanencia en funciones "mientras dure la buena conducta" pueda ser compatible con causales de cesantía que dependan del arbitrio discrecional de quien la ordena.

En consecuencia, quien, por la naturaleza de sus funciones, sólo puede se removido en tanto y en cuanto se acredite que ha incurrido en "mala conducta" -lógico corolario del principio sentado en el art. 2 de la ley 21.383- sólo puede cesar en su cargo a condición de que tal prueba se haya producido, lo que excluye de raíz la posibilidad de que su exclusión reconozca otras razones.

Lo expuesto asume particular relevancia en el caso del Fiscal General de Investigaciones Administrativas, porque la delicada índole de su competencia -que en lo esencial consiste en investigar conductas administrativas de las que puede resultar la comisión de hechos ilícitos-, exige que queden a resguardo de todo cuestionamiento que no responda al acreditado apartamiento de la buena conducta que debe presidir su ejercicio.

13) Que, sentado lo expuesto, corresponde subrayar que no puede equipararse el auto de procesamiento a la prueba de la mala conducta a que la ley supedita el cese del Fiscal General en el cargo.

Ello es así por la sencilla razón de que la recepción de declaración indagatoria en los términos del art. 236, primer párrafo, del Código de Procedimientos en Materia Penal, sólo supone "motivos de sospecha"que -por serlos- no son asimilables a los hechos indubitables que autorizarían a dar por cumplida la condición que la ley contempla.

Lo contrario importaría ni más ni menos que echar por tierra un bien que la humanidad ha alcanzado y mantenido a costa de no pocas penurias: el principio de inocencia, el cual, tal como lo señaló la Corte Suprema estadounidense *in re* "Coffin vs. United States" (156 U.S. 432, págs. 453 y sgtes.), posee antecedentes muy lejanos en el tiempo. Así, en dicha oportunidad, el citado tribunal recordó lo acontecido en épocas del Imperio Romano: Numerius -Gobernador de Narbonensis- se hallaba sometido a juicio criminal, y había asumido su propia defensa negando su culpabilidad y la falta de prueba en su contra. Delphidius, su adversario, previendo el rechazo de la acusación se dirigió a Juliano: "Oh! ilustre César -le dijo- si es suficiente con negar, qué ocurrirá con los culpables"; a lo que Juliano respondió: "Y si fuese suficiente con acusar, qué le sobrevendría a los inocentes" (Ammianus Marcellinus, *Rerum Gestarum*. L.XVIII, C.1). Tan venerable y remoto legado no puede ser desconocido sino a riesgo de negar la propia dignidad humana, y la Constitución Nacional, pues, según reza ésta, "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo" (art. 18 de la Constitución Nacional). Ello significa que todo habitante debe ser considerado y tratado como inocente de los delitos que se le reprochan, hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme.

Tan magno es ese principio, que no ha dejado de ser puntualizado por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano -art. 9º-, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano -art. 11,

1º La Convención Americana sobre Derechos Humanos -art.8º, 2º y diversas constituciones provinciales de nuestra Nación: La Rioja (art. 22), Jujuy (art. 29, inc. 4), Córdoba (art. 39), San Juan (art. 30), Santiago del Estero (art. 35).

14) Que, del señalado principio de inocencia, surge sin dificultad la necesidad de un sumario que respete las reglas del debido proceso adjetivo, previstas en el citado art. 18 de la Constitución Nacional, tal como esta Corte lo ha exigido en el caso de meros agentes de la Administración Pública (Fallos: 295:344, 518; 303:779, 542; 304:538, 1891; 305:115, 628; 306:2009; 307:207, 388, 1525, entre muchos otros).

Corresponde advertir, todavía, que no cabe admitir la pretensión del Estado de ampliar los hechos que motivaron el cese puesto que, si como aquél lo quiere, existían otros motivos descalificadores, además del único mencionado en el decreto 265/91, el carácter fáctico y variado de aquéllos habría exigido aún más su esclarecimiento por vía del aludido trámite.

La necesidad del sumario administrativo para la segregación de un funcionario basada en su descalificación, responde a diversos motivos. Por un lado, satisface a un inequívoco derecho que asiste a aquél a conocer las faltas que se le reprochan, a alegar sobre ellas y a producir la prueba que se estime conducente. Son éstos, requerimientos del debido proceso adjetivo, que garantiza la Constitución Nacional, y que deben ser mantenidos en todo trance en el estado de derecho. Asimismo, tal procedimiento resulta imprescindible para el encargado de valorar dicha conducta y decidir la suerte del sumariado, pues, ante la ausencia de todos los elementos antes señalados, no se advierte cómo el órgano decisor podría ilustrarse suficientemente sobre la cuestión a resolver y, así, lograr que su pronunciamiento pueda ajustarse a la realidad y a la justicia, y observar, de este modo, la exigencia de motivación válida. Por lo demás, ello también posibilita que los gobernados tomen conocimiento del obrar de sus funcionarios -tanto de los juzgados como de los juzgadores-, dándose así cumplimiento al deber antes mencionado.

Aunque parezca innecesario reiterarlo, tales reclamos se vuelven aún más imperiosos dada la alta investidura del Fiscal General. Esta plantea exigencias no sólo respecto de las causas sustantivas del cese, sino también en lo concerniente a los procedimientos en los cuales aquéllas deben alegarse y probarse, todo ello con la salvedad hecha *infra* (v. considerando 17). En efecto, no sería concebible que un funcionario a quien la ley ha encomendado fiscalizar el actuar de la administración, dotándolo de amplias facultades

-que, entre otras, comprende la de informar al Poder Ejecutivo cuando estimare que la permanencia en funciones de un ministro, secretario de Estado o funcionario con jerarquía equivalente, pueda obstaculizar gravemente la investigación (art. 6º, inc. c), de la ley 21.383)- pueda ser removido con prescindencia de toda formalidad, a semejanza de lo que sucede con los funcionarios que tienen colaboración inmediata con la gestión presidencial (confr. art. 86, inc. 10, de la Constitución Nacional). Parece obvio, así, que no cabe esperar que, quien depende de la voluntad de otro para permanecer en su cargo, actúe en forma independiente respecto de este último (confr. fallo de la Corte Suprema estadounidense *in re*: "Wiener vs. United States", 357 U.S. 349, 353). La señalada pretensión revelaría un desconocimiento palmario de lo que es esencial en la función del fiscal general: él ha sido puesto por la sociedad con la misión de controlar la gestión de la administración y, cuando corresponda, denunciar a los que, espúreamente, desnaturalizan el poder que, en mayor o menor grado, detentan. Esta tarea no resulta compatible con un emplazamiento lábil que, más que actuar como incentivo para denunciar lo ilegítimo, se convertiría en el indeseable aliado de turbias complacencias, alterando lo medular de la responsabilidad a la que ha sido llamado.

Es por ello que todo juicio sobre su conducta, y sobre todo el que conduzca a su cese, debe ser el fruto de un especial ejercicio de la virtud de la prudencia, y de un inmaculado proceso que arroje luz suficiente sobre sus actos. De lo contrario, se correría el riesgo seguro no sólo de menoscabar a un determinado Fiscal General -hecho de marcada gravedad-, sino también -lo que es peor- el de herir a la propia institución en la medida en que, cualquiera fuera la persona que la representase, un antecedente como el *sub lite* podría amenazar el grado de seguridad y, por qué no, de coraje que reclama su actividad.

15) Que, es del caso recordar, que la situación de emergencia, en que supuestamente se encontraba la Fiscalía y que fuera invocada por el Poder Ejecutivo Nacional para convalidar la decisión adoptada, "no basta para bonificar la transgresión constitucional cometida; pues aparte de no ser necesaria para el cumplimiento del fin perseguido, vulnérase así el más elevado bien de la República, constituido por el respeto de sus instituciones, en primer término de su Constitución, fuera de la cual no cabe esperar sino la anarquía o la tiranía..." (confr. doctrina de Fallos: 198:78 y su cita).

16) Que, por último, ante la ilegitimidad palmaria que, por las razones precedentemente señaladas, exhibe el decreto 265/91, corresponde a esta

Corte intervenir con el objeto de reparar la grave lesión inferida al actor. Ello es así pues los integrantes de este Tribunal no hemos prestado el juramento constitucional para facilitar o dificultar los propósitos políticos de los gobiernos de turno: lo hemos hecho simple y exclusivamente para decidir si ellos se adecuan a la Constitución Nacional, y, por lo mismo, no sería saludable que el alto contenido emocional que suelen tener dichos propósitos nos impresionen de tal modo que lleguemos a depender de ellos.

Somos los guardianes supremos de los principios constitucionales, entre los cuales está el de evitar cualquier exceso de los otros poderes. Tenemos el deber ineludible de pronunciarnos ante cualquier intento de desconocer dichos principios. No podemos medir la capacidad política de las ramas ejecutiva y legislativa; somos guardianes del sistema de libertades del pueblo y no los encargados de encauzar su destino político y económico.

Es pues necesario que esta Corte sea el órgano de gobierno más desapasionado y el confiable tutor de los mandatos constitucionales.

17) Que, por todo lo expuesto, no cabe abrir juicio acerca de ciertas cuestiones desarrolladas extensamente por el apelante, como la referente a si la remoción del Fiscal General es de competencia del Presidente de la Nación, o del Congreso Nacional (arts. 45, 51 y 52 de la Carta Magna) pues aun cuando por hipótesis se admitiese la tesis del recurrente, la decisión de este tópico carecería de eficacia para variar la solución a que se arriba en la presente.

Por ello, se confirma el pronunciamiento apelado. Con costas. Hágase saber y devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Anexo 53

Solá, Roberto y otros c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo

Buenos Aires, noviembre 25 de 1997. - Vistos los autos: Solá, Roberto y otros c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/empleo público.

Considerando: 1º Que los actores promovieron demanda ordinaria contra el Estado Nacional solicitando la declaración de nulidad del decreto 260/91 por el que se dispuso el cese de sus funciones en los cargos de fiscales adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, la reincorporación en los cargos mencionados, el cómputo a los efectos jubilatorios del período de tramitación del juicio y una indemnización en concepto de daño moral.

2º Que la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar en lo principal lo decidido en la instancia anterior, declaró la nulidad del mencionado decreto sobre la base -en lo sustancial de la falta de causa en el acto administrativo por el que se declaró la cesantía de los actores. Asimismo, modificó el monto de la indemnización fijada en concepto de daño moral. Contra tal pronunciamiento el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario que fue concedido a fs. 329/330.

3º Que los agravios propuestos ante esta Corte suscitan cuestión federal suficiente para su tratamiento por la vía intentada, pues se controvierte la interpretación de normas y principios constitucionales y federales, así como también la validez de actos de autoridad nacional y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el apelante funda en ellos (art. 14, inc. 3º de la ley 48).

4º Que en cuanto al agravio consistente en el apartamiento de la cámara de la doctrina sentada por esta Corte en la causa Molinas (Fallos, 314:1091 [ED, 145-215]) referente al requisito de juicio político para la remoción de los fiscales adjuntos (art. 2º, ley 21.383 [ED, 68-917]), cabe señalar que tal argumento fue vertido por uno de los tres camaristas, sin que recibiese adhesión de los dos restantes miembros del tribunal, por lo que no constituyó decisión mayoritaria. Sin perjuicio de ello este Tribunal reitera las consideraciones que se efectuaron en el fallo citado -aplicables también a los fiscales adjuntos en el sentido de que los únicos magistrados y funcionarios que pueden ser sometidos a juicio político son los que enumera el art. 45 de la Constitución Nacional (actual 53) y que una ley de rango inferior no puede crear más inmunidad que las que contiene la Carta Magna; lo contrario implicaría crear otras inmunidades no instituidas por los constituyentes, otorgando una garantía de antejuicio que únicamente puede conferir la Ley Fundamental (considerando 6º del fallo citado).

5º Que toda vez que -tal como se señaló en la mencionada causa Molinas el presidente de la Nación por definición constitucional, es el órgano encargado

de valorar la buena conducta de las personas enumeradas en el art. 2º de la ley 21.383, la segunda cuestión relevante consiste en determinar si el acto por el que se dispuso la separación de los actores contó con una motivación adecuada a ese marco o por el contrario, esa exigencia no fue satisfecha, apreciación para la cual es esencial atender a las circunstancias comprobadas en esta causa.

6º Que este Tribunal advierte que las circunstancias del sub examine DIFIEREN sustancialmente de aquéllas que fueron ponderadas en el mencionado precedente. En efecto, allí se tuvo especialmente en cuenta que la medida adoptada, que concluyó con la remoción del entonces fiscal general, se fundó en diversos hechos que comprometían la responsabilidad personal del funcionario en tanto había tomado difusión pública la noticia de su procesamiento en una causa en la que se investigaban irregularidades directamente relacionadas con el ejercicio de su función. También se ponderó que aquél había impedido, sin excusarse como hubiera correspondido, la debida investigación administrativa en torno del procesamiento del doctor Horacio Molinas, quien se desempeñaba en el organismo siendo hijo de su titular. Cabe señalar que el decreto de remoción destacó la comunicación cursada por el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional Nº 1 en la que se le hacía saber al Poder Ejecutivo el procesamiento del doctor Ricardo Francisco Molinas, en orden al delito de supresión de instrumento público e incumplimiento de promover denuncia, tipificados por los arts. 274, 294 y 298 del cód. penal.

7º Que ello motivó que el Tribunal considerase que el acto dictado por el Poder Ejecutivo no revestía la arbitrariedad invocada, desde que se juzgó la conducta de aquel funcionario como incompatible con los requerimientos del art. 2º de la ley 21.383, ya que aquélla debía ser adecuada a las graves responsabilidades que pesaban sobre el fiscal general y en la medida de su inevitable incidencia en el desempeño de la delicada labor de control que la ley le había confiado.

8º Que en la presente causa, según surge de los antecedentes acompañados, ante la decisión de los fiscales adjuntos de verificar la situación en que se hallaba el hijo del fiscal general, quien cumplía funciones en la citada fiscalía y para ese entonces se encontraba sometido a un proceso de exacciones ilegales, el titular del organismo solicitó la instrucción de un sumario administrativo y la suspensión de los cuatro fiscales por el tiempo que durase su tramitación. En dicho sumario se concluyó -sobre la base del informe producido por la Procuración del Tesoro de la Nación que los hechos imputados a los actores no constituían irregularidad alguna que pudiera dar lugar a la formulación de reproche disciplinario. Sin embargo, el mismo día en que el ministro de Educación y Justicia eximió de responsabilidad a los denunciados -mediante la resolución 185/91- el Poder Ejecutivo con el

refrendo de aquél funcionario, dispuso la cesantía de los fiscales adjuntos en atención a la situación de conflicto producida en la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas con fundamento en las facultades discrecionales que le confería el art. 86, incs. 1º y 10 de la Constitución Nacional (actuales arts. 99, incs. 1º y 7º, y 2º de la ley 21.383).

9º Que si se tiene en cuenta que el art. 2º de la ley 21.383 supedita la remoción de los fiscales adjuntos a la comprobación de su mala conducta, no puede válidamente sostenerse que las facultades discrecionales del presidente para decretar cesantías lo eximan del cumplimiento de los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19.549 (ED, 42-917], como así también del sello de razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas. Como se deduce de la recordada causa de Fallos, 314:1091 (Molinas), tratándose de un acto administrativo -y no institucional como sostiene el recurrente dictado en ejercicio de las funciones y con las características antes señaladas, ello no obsta a que se verifique si, dentro de las opciones posibles abiertas a la potestad discrecional del Poder Ejecutivo, el ejercicio de tal potestad devino en el dictado de un acto viciado de arbitrariedad (consid. 19).

10. Que este Tribunal ha reconocido que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión -entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto (Fallos, 315:1361)- y por otro, en el examen de su razonabilidad, tal como se ha señalado ut supra.

11. Que, admitido el control de los elementos reglados en actos donde se ejercitan potestades discrecionales, tal como ocurre con aquel frente al que se persigue la protección judicial en el caso, cabe examinar si -como señala la cámara se ha acreditado debidamente la existencia de los vicios denunciados por los actores.

12. Que los fiscales adjuntos, de acuerdo con el art. 2º de la ley 21.383, permanecerían en sus funciones mientras durase su buena conducta y por lo tanto sólo podían ser dejados cesantes por la objetiva comprobación de haber incurrido en mala conducta en el desempeño de sus cargos. Tal conducta no sólo no se probó sino que, por el contrario, como resultado del sumario administrativo que se les instruyó, el ministerio de Educación y Justicia se expidió en el sentido de que cabía eximir a los actores de toda responsabilidad de los cargos que se les imputaban; y, por otra parte, en el sumario se ponderó que la conducta de aquéllos había importado el cumplimiento de un deber, destacando que el cumplimiento de una obligación legal no podía constituir como ilícito acto alguno (arg. art. 1071, cód. civil).

13. Que con posterioridad a ese acto se dictó el decreto de cesantía impugnado en el que -necesario es remarcarlo no se invocó hecho concreto alguno para atribuir mala conducta a los autores, como tampoco imputaciones diferentes de las ponderadas en el sumario. Ello conduce a descalificarlo por vicio grave en la causa (arts. 7º, inc. b] y 14, inc. b] de la ley 19.549), ya que aquel acto sólo se fundó en una situación de conflicto como presunta causa de remoción que por sí misma no habría autorizado a adoptar tal medida, salvo que se hubiera responsabilizado de ella a los actores por haber incurrido en conductas sancionables. La situación de conflicto a la que aludió el acto cuestionado, a falta de otra indicación, no pudo sino referirse a los hechos que dieron origen al sumario administrativo el cual, cabe reiterarlo, concluyó en la inexistencia de irregularidad alguna que pudiera dar lugar a la formulación de reproche disciplinario.

14. Que respecto del agravio fundado en la innecesariedad del sumario disciplinario para enjuiciar administrativamente la conducta de los actores resulta irrelevante, pues lo cierto es que aquél se llevó a cabo y culminó de la forma antes señalada. Por lo demás, aun de aceptarse la tesis del apelante, el planteo resulta ineficaz para alterar, en el caso, la solución que se adopta, toda vez que la decisión administrativa de cesantía -sea que se halle precedida o no de un sumario no puede quedar exenta de cumplir con los recaudos de legitimidad que, en el caso, han sido vulnerados.

15. Que, en suma, la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna pudo constituir un justificativo de su conducta arbitraria como tampoco de la omisión de los recaudos que para el dictado de todo acto administrativo exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad -constituida por la legalidad y la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias, sin que ello implique la violación del principio de división de los poderes que consagra la Constitución Nacional (doctrina de Fallos, 307:639).

16. Que el agravio relativo a la condena que por daño moral admitió la cámara, remite a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, propias de los jueces de la causa y ajenas al recurso extraordinario, máxime cuando la sentencia se apoya en fundamentos suficientes que descartan la tacha de arbitrariedad invocada.

Por ello, se hace lugar al recurso extraordinario y se confirma la sentencia. Con costas. Notifíquese y devuélvase. - Julio S. Nazareno. - Eduardo Moliné O'Connor. - Augusto César Belluscio (por su voto). - Enrique S. Petracchi (por su voto). - Antonio Boggiano. - Guillermo A. F. López. - Gustavo A. Bossert (por su voto). - Adolfo Roberto Vázquez.

VOTO DEL SEñOR MINISTRO DOCTOR DON AUGUSTO CéSAR BELLUSCIO. - Considerando: 1º Que los actores dedujeron demanda contra el Estado Nacional peticionando que se declare la nulidad del decreto 260 emitido por el Poder Ejecutivo el día 11 de febrero de 1991, la reincorporación en sus cargos de fiscales adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, el cómputo a los efectos jubilatorios del período de tramitación del juicio y una indemnización en concepto de daño moral. La sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar el pronunciamiento de la anterior instancia, declaró la nulidad del decreto 260/91 sobre la base de la falta de causa del acto administrativo por el que se dispuso la cesantía de los actores que gozaban de estabilidad en sus cargos, y la restricción de las facultades discrecionales del presidente de la república. Asimismo modificó el monto de la indemnización fijada en concepto de daño moral. Contra esta decisión el Estado Nacional dedujo recurso extraordinario que fue concedido a fs. 329/330.

2º Que los agravios propuestos ante esta Corte suscitan cuestión federal suficiente para su tratamiento por la vía intentada, pues se controvierte la interpretación de normas y principios constitucionales y federales, como lo son las leyes 21.383 y 22.140 [EDLA, 1980-19], así como también la validez de actos de autoridad nacional dictados en su ejercicio, y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el apelante funda en ellos (art. 14 inc. 3º, ley 48).

3º Que el primer agravio del Estado Nacional consiste en el apartamiento de uno de los vocales del tribunal a quo, de la doctrina sentada por esta Corte en la causa Molinas (Fallos, 314:1091), con relación a la forma en que corresponde decretar el cese de los fiscales adjuntos. En este sentido, cabe destacar que esta cuestión no ha sido motivo de impugnación previa, por lo que se encuentra firme y fuera de discusión en esta instancia. Por otra parte, el voto del vocal que opinó en primer término con respecto a este tema no mereció la adhesión de los restantes miembros de la sala (confr. fs. 268 vta.); por lo tanto, al no constituir decisión mayoritaria, no corresponde su tratamiento.

4º Que el art. 2º, tercer párrafo de la ley 21.383 somete a los fiscales adjuntos al procedimiento de remoción establecido para los jueces nacionales, que, en tanto no entre en funcionamiento el consejo de la Magistratura, es el del juicio político.

5º Que aun cuando se considerase a esa disposición como inconstitucional por violatoria de las atribuciones del presidente de la república como jefe de la administración, y, por tanto, suficiente para remover a los fiscales adjuntos, la decisión administrativa no podría dejar de cumplir los requisitos que para el

acto administrativo exige la ley 19.549, en especial la causa (art. 7º, incs. b y c). Pues si dichos funcionarios gozan de inamovilidad en tanto dure su buena conducta (art. 2º, ley 21.383), sólo la objetiva comprobación de su mala conducta, esto es, de su mal desempeño del cargo o de la comisión de delitos, puede justificar su cesantía.

En el ámbito administrativo, la presunción de buen desempeño de las funciones sólo puede ser desvirtuada mediante el correspondiente sumario que respete las reglas del debido proceso adjetivo. Esa exigencia ha sido mantenida por esta Corte para los meros agentes de la administración pública (Fallos, 295:344 y 518; 303:542 y 779; 304:538 y 1891; 305:115 y 628; 306:2009; 307:207, 388 y 1525, entre muchos otros), y su observancia es tanto más imperiosa frente a la investidura de los fiscales adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, pues no resulta razonable que funcionarios encomendados de colaborar en la fiscalización de la actuación de la administración puedan ser removidos sin causa, o sin la debida justificación de ella, por el jefe de la propia administración cuya fiscalización la ley les encomienda. Ello les quitaría toda independencia de actuación y de criterio, impidiendo el eficaz desempeño de su labor (confr. disidencia del juez Belluscio en Fallos, 314:1091, consid. 6º).

Luego, el decreto que dispone la cesantía sin causa es ilegítimo por violar la estabilidad de los funcionarios consagrada por ley, máxime cuando es coetáneo con la resolución del Ministerio de Educación y Justicia 185/91 por la cual se dio fin al sumario instruido a efectos de investigar las conductas de los actores, eximiéndolos de responsabilidad sobre la base del informe producido por la Procuración del Tesoro que había estimado que correspondía declarar que los hechos investigados no constituían irregularidad alguna que pudiese dar lugar a la formulación de reproche disciplinario.

6º Que el restante agravio del Estado Nacional se centra en la indemnización que en concepto de daño moral es admitida por el a quo. En tal sentido cabe recordar que este tema remite al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, propias de los jueces de la causa y ajenas al recurso extraordinario, máxime cuando la sentencia se apoya en fundamentos suficientes que no resultan arbitrarios (Fallos, 307:1199, 1204, 1911; 308:1795, y muchos otros).

En razón de todo lo expuesto, se confirma el pronunciamiento apelado. Con costas. Notifíquese y devuélvase. - Augusto César Belluscio.

VOTO DEL SEñOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI. - Considerando: 1º Que los actores, en su condición de ex fiscales adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, promovieron demanda ordinaria contra el Estado Nacional en la que pidieron -

por un lado la anulación del decreto 260 del Poder Ejecutivo Nacional que ordenó el cese de sus funciones y -por el otro su reincorporación en los cargos mencionados (fs. 1/36). Posteriormente, ampliaron la demanda y solicitaron que la condena incluyera una suma por el daño moral sufrido (fs. 111/116).

2º Que la señora juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó al Estado Nacional a reincorporar a los accionantes a sus cargos de Fiscales Adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, como consecuencia de decretar la nulidad de la Resolución 260/91 y a pagarles la suma de $293.800, en concepto de daño moral (fs. 207 vta.).

3º Que, apelado el fallo por la demandada, la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal lo confirmó en cuanto declaró la nulidad del decreto impugnado, incrementándose la indemnización establecida en reparación del daño moral inferido en la suma de pesos cien mil ($100.000) a cada uno de los actores, confirmando el pronunciamiento en lo demás que fue materia de recurso (fs. 268 vta.).

El a quo sostuvo, para fundar su decisión:

a) que el fallo de primera instancia había establecido que el presidente de la república podía remover a los actores sin sujeción al procedimiento del juicio político y que tal conclusión no había sido rebatida por aquéllos;

b) que los demandantes -que no podían ser separados ad nutum por el presidente de la Nación sólo podían ser removidos previa instrucción de un sumario que concluyera con una descalificación de la conducta del agente que autorizara su apartamiento (fs. 265 vta.);

c) que tal sumario existió, pero concluyó con una decisión del ministro de Educación y Justicia, según la cual los hechos investigados no constituirían irregularidad alguna que pueda dar lugar a la formulación de reproche disciplinario (fs. 265);

d) que, pese a ello, el mismo día de la decisión ministerial el presidente de la Nación suscribió el decreto 260/91 en el cual, en ejercicio de una invocada potestad disciplinaria, dispuso el cese de los actores en sus funciones de fiscales adjuntos (fs. 265 vta.);

e) que la única causa invocada en ese decreto es la situación de conflicto que se ha suscitado en el ámbito de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, lo cual ha provocado el consiguiente menoscabo en el desempeño funcional de dicho organismo (fs. 266);

f) que nada en el decreto 260/91 siquiera sugiere que la mentada situación de conflicto hubiera sido provocada por los fiscales adjuntos, a los que -por lo tanto ninguna responsabilidad podía caberles con relación a aquélla (fs. 266);

g) que, en consecuencia, el decreto 260/91 es ilegítimo, pues configuró una cesantía encubierta (fs. 266 vta.);

h) que el accionar ilegítimo del Estado ha provocado daños en los demandantes que los han perjudicado en sus sentimientos más particulares y que correspondía fijar como indemnización la suma de $100.000 a cada uno de aquéllos (fs. 266 vta. y 267 vta.).

4º Que contra esa sentencia el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario, en el que se formulan los siguientes agravios:

A) Uno de los camaristas que suscribe el fallo se aparta de la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso Molinas, Fallos, 314:1091 (fs. 289/292).

B) El decreto 260/91 no es un acto administrativo sino uno institucional (fs. 292/292 vta.).

C) El citado decreto tiene una causa, que surge de su consid. 1º aquélla sería el enfrentamiento de los actores con la máxima autoridad del organismo en el que revestían (fiscal general) y el menoscabo del desempeño funcional de la fiscalía (fs. 293/293 vta.).

D) El decreto 260/91 importó el ejercicio de facultades suficientes del presidente de la Nación para remover discrecionalmente a los fiscales adjuntos, las que, por su naturaleza, deben quedar al margen de la apreciación judicial (fs. 2954/296).

E) La condena por daño moral es improcedente (fs. 298/299).

5º Que el a quo concedió el recurso extraordinario con fundamento en que en el remedio federal se halla en juego la interpretación de un acto de carácter federal -decreto 260/91- y de la ley 21.383, también federal, y la sentencia ha sido adversa a las pretensiones que la recurrente funda en sus disposiciones (conf. art. 14 ley 48).

6º Que en cuanto al agravio reseñado en el consid. 4º sub A debe puntualizarse que las razones que la apelante impugna fueron vertidas por uno de los tres camaristas en un considerando de la sentencia (el 6º) que no recibió adhesión de los dos restantes miembros del tribunal (confr. fs. 268 vta.), razón por la cual no integran la decisión. Esa circunstancia determina la improcedencia del agravio.

7º Que los agravios reseñados en el consid. 4º sub B, sub C y sub D, encuentran respuesta en varias consideraciones que efectué en mi disidencia en la causa Molinas, Ricardo Francisco c. Poder Ejecutivo Nacional s/amparo (Fallos, 314:1091, 1122), que encuentro procedente reiterar, pues, mutatis mutandis, son aplicables a este pleito.

8º Que, en primer lugar, resulta claro que -vigente la norma que establece la permanencia en sus funciones de los fiscales adjuntos mientras dure su buena conducta (art. 2º, párrafo tercero, de la ley 21.383)- las causas (de remoción) que dicho precepto menciona a continuación, no pueden ser sino el desarrollo específico de las modalidades que puede asumir la mala conducta que es el reverso lógico de aquélla. Sería, por ello, manifiestamente absurdo sostener que la garantía de permanencia en funciones mientras dure la buena conducta pueda ser compatible con causales de cesantía que dependan del arbitrio discrecional de quien la condena.

En consecuencia, quienes, como los fiscales adjuntos, por la naturaleza de sus funciones sólo pueden ser removidos en tanto y en cuanto se acredite que han incurrido en mala conducta -lógico corolario del principio sentado en el art. 2º de la ley 21.383- sólo pueden cesar en su cargo a condición de que tal prueba se haya producido, lo que excluye de raíz la posibilidad de que su separación reconozca otras razones (confr. disidencia citada, consid. 12).

Ello asume relevancia en el caso de los fiscales adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, que intervienen, por asignación del fiscal general, en investigaciones de conductas administrativas de las que puede resultar la comisión de hechos ilícitos (conf. arts. 3º, inc. c, y 7º, ley 21.383). La delicada índole de su competencia exige que queden a resguardo de todo cuestionamiento que no responda al acreditado apartamiento de la buena conducta que debe presidir el ejercicio de sus funciones (disidencia cit. y loc. cits.).

9º Que, con especial referencia a las facultades discrecionales del presidente de la Nación -que, según la recurrente, permitirían remover a los fiscales adjuntos sin necesidad de acreditar su mala conducta ellas importarían, de ser aceptadas en este ámbito, la total desnaturalización del sistema de control que establece la ley 21.383.

En efecto, no cabe esperar que quien depende de la voluntad de otro para permanecer en su cargo actúe en forma independiente respecto de este último (confr. fallo de la Suprema Corte estadounidense in re: Wiener v. United States, 357 U.S. 349, 353, citado en la mencionada disidencia de Fallos: 314:1091, considerando 14).

La importante tarea que la ley 21.383 asigna a los fiscales adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas no resulta compatible con un emplazamiento lábil que, más que actuar como incentivo para denunciar lo ilegítimo, se convertiría en el indeseable aliado de turbias complacencias, alterando lo medular de la función que deben desplegar en el citado organismo (confr. disidencia cit. y loc. cits.).

En suma, que la letra y el espíritu de la ley 21.383 supeditan la remoción de los fiscales adjuntos a la acabada y concluyente prueba de que han incurrido en mala conducta en el desempeño de sus funciones.

10. Que en el caso tal prueba de la mala conducta no se ha producido. En el decreto 260/91 ni siquiera se invoca -directa o indirectamente que aquélla exista. Se limita, en cambio, a hacer una alusión a la situación de conflicto que afectaría a la fiscalía y al menoscabo en el desempeño funcional de dicho organismo.

Es más, el mismo día en que el decreto 260/91 fue suscripto, el ministro de Educación y Justicia de la Nación había dictado la resolución 185/91 por la cual se dio fin al sumario instruido a efectos de investigar las conductas de los actores. En ella se declaró la exención de responsabilidad de los señores fiscales adjuntos, sobre la base del informe producido por la Procuración del Tesoro de la Nación que estimó que corresponde declarar que los hechos investigados no constituirían irregularidad alguna que pueda dar lugar a la formulación de reproche disciplinario.

De tal manera, además de que el Estado Nacional no imputó mala conducta a los actores (decreto 260/91), produjo actuaciones sumariales que excluyeron la posible existencia de aquélla (resolución 185/91).

Esto está expresamente reconocido en el recurso extraordinario, al consignar la apelante que en el referido decreto [el 260/91] no se formula ninguna consideración respecto de la conducta de los señores Fiscales Adjuntos, disponiéndose simplemente su cese... (fs. 298 vta.), lo que más adelante reitera al sostener que en el decreto no se efectuó calificación de conducta (fs. 299).

En consecuencia, al no haberse invocado ni probado el hecho al que estaba condicionada la remoción de los fiscales adjuntos (mala conducta), el decreto 260/91 -que igualmente la ordenó- es insanablemente nulo e ilegítimo, como correctamente lo decidió el a quo.

11. Que el agravio reseñado en el considerando 4º sub E -relativo a la condena por daño moral remite a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, que son propias de los jueces de la causa y ajenas al recurso extraordinario, salvo

hipótesis excepcionales de arbitrariedad, que -debe destacárselo no se advierten en el caso.

Por todo ello, se confirma la sentencia apelada, con costas de esta instancia a la apelante. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. - Enrique Santiago Petracchi.

VOTO DEL SEñOR MINISTRO DOCTOR DON GUSTAVO A. BOSSERT. - Considerando: 1º Que los actores dedujeron demanda contra el Estado Nacional peticionando que se declare la nulidad del decreto 260 emitido por el Poder Ejecutivo el día 11 de febrero de 1991, la reincorporación en sus cargos de fiscales adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, el cómputo a los efectos jubilatorios del período de tramitación del juicio y una indemnización en concepto de daño moral. La sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar el pronunciamiento de la anterior instancia, declaró la nulidad del decreto 260/91 sobre la base de la falta de causa del acto administrativo por el que se dispuso la cesantía de los actores que gozaban de estabilidad en sus cargos, y la restricción de las facultades discrecionales del presidente de la república. Asimismo modificó el monto de la indemnización fijada en concepto de daño moral. Contra esta decisión el Estado Nacional dedujo recurso extraordinario que fue concedido a fs. 329/330.

2º Que los agravios propuestos ante esta Corte suscitan cuestión federal suficiente para su tratamiento por la vía intentada, pues se controvierte la interpretación de normas y principios constitucionales y federales, como lo son las leyes 21.383 y 22.140, así como también la validez de actos de autoridad nacional dictados en su ejercicio; y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el apelante funda en ellos (art. 14 inc. 3º, ley 48).

3º Que el primer agravio del Estado Nacional consiste en el apartamiento de uno de los vocales del tribunal a quo, de la doctrina sentada por esta Corte en la causa Molinas (Fallos, 314:1091), con relación a la forma en que corresponde decretar el cese de los fiscales adjuntos. En este sentido, cabe destacar que esta cuestión no ha sido motivo de impugnación previa, por lo que se encuentra firme y fuera de discusión en esta instancia. Por otra parte, el voto del vocal que opinó en primer término con respecto a este tema no mereció la adhesión de los restantes miembros de la sala (confr. fs. 268 vta.); por lo tanto, al no constituir decisión mayoritaria no corresponde su tratamiento.

4º Que el segundo agravio que plantea el recurrente consiste en impugnar la interpretación del a quo, que consideró el decreto 260/91 como un acto

administrativo para concluir en su falta de causa, critica además el desconocimiento de las facultades discrecionales del presidente para remover a los fiscales adjuntos, y se queja de que se haya considerado aplicable al caso la estabilidad del empleado público.

5º Que como punto de partida, y de acuerdo con el precedente de Fallos, 314:1091, el decreto en cuestión debe ser considerado como un acto administrativo y no de gobierno o institucional, dictado en ejercicio de actividades no regladas pero no por ello ajeno a la evaluación de su causa (considerando 19 del voto de la mayoría), lo cual permite el examen judicial de su validez.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 7º de la ley 19.549, inc. b) la causa que dé origen al acto administrativo debe ser cierta, efectiva, sincera y no implicar una forma disimulada o encubierta de obviar la garantía de estabilidad, que, como se verá más adelante, alcanza a estos funcionarios.

Esta causa o razón justificante del acto hace que deba determinarse la entidad de las circunstancias de hecho y de derecho que autorizaron su otorgamiento.

6º Que para poder establecer si existieron motivaciones suficientes en el decreto 260/91, capaces de constituir una causa diferente, resulta indispensable atender a la situación de conflicto suscitada en el ámbito de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas entre el fiscal general y los fiscales adjuntos en relación al hijo del primero de los nombrados, quien se hallaba sometido a un proceso por supuestas exacciones ilegales. El titular del organismo solicitó la formación de un sumario administrativo, que concluyó con la decisión del ministro de Educación y Justicia, quien consideró que los hechos imputados a los aquí actores no constituían irregularidad alguna que pudiera dar lugar a la formulación de reproche disciplinario. El mismo día en que el ministro del ramo eximía de responsabilidad a los denunciados - resolución 185 del 11 de febrero de 1991- el Poder Ejecutivo, fundado en los mismos hechos, sin cumplir con el procedimiento previo (arts. 1º y 7º, inc. d, de la ley 19.549 y 18 de la Constitución Nacional), y haciendo uso de facultades disciplinarias, dispuso la cesantía de aquéllos con fundamento en las supuestas facultades discrecionales que le confería el art. 86, incs. 1º y 10 de la Constitución Nacional (actual 99, incs. 1º y 7º), y el art. 2º de la ley 21.383. Para así decidir, sólo hizo referencia a que reviste carácter de pública notoriedad la situación de conflicto que se ha suscitado en el ámbito de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas.

7º Que de lo expuesto se infiere que esta simple manifestación no llega a cubrir lo requerido por el art. 7º de la ley 19.549, inc. b) puesto que no configura una causa cierta, concreta y eficiente como para calificar de reprochable la conducta de los actores (art. 2º de la ley 21.383).

En el decreto impugnado no se les formula a los fiscales reproche alguno en cuanto a que su conducta hubiera sido la causante de la demandada situación de conflicto suscitada en la fiscalía. En consecuencia, ninguna responsabilidad podía caberle a aquéllos como para justificar el ejercicio de facultades disciplinarias del presidente de la república que concluyera con la cesantía de los agentes.

Por el contrario, entre las conclusiones del sumario y las del decreto 260/91 se advierte una conducta contradictoria de la demandada, que vulnera la doctrina de los propios actos. Ello es así puesto que nadie puede contrariar sus propios actos, ya que importaría restar trascendencia a conductas que son jurídicamente relevantes y plenamente eficaces (doctrina de Fallos, 300:909; 307:1602; 308:72, 191; 310:2117, y muchos otros).

De manera que la decisión de cesantía resulta arbitraria.

8º Que en tal sentido debe considerarse que el art. 2º de la ley 21.383 consagra el principio de estabilidad (art. 14 bis de la Constitución Nacional), al establecer que los fiscales adjuntos permanecerán en sus funciones mientras dure su buena conducta... y sólo la objetiva comprobación de su mala conducta o mal desempeño en el cargo puede justificar su cesantía.

Como se ve, se está ante una estabilidad que se podría denominar agravada con relación a la del empleado público dispuesta por la ley 22.140.

Más aún, la jerarquía de los funcionarios de que se trata y su rol de controlantes dentro del proceso moralizador de la administración pública (conf. nota de elevación al Poder Ejecutivo acompañando el proyecto de ley 21.383), hacen que no deba incluírselos dentro de las excepciones al principio de estabilidad previstas en el art. 2º del Régimen Jurídico Básico de la función Pública, que está destinado exclusivamente a los funcionarios de confianza del presidente.

Sería inconcebible equiparar a un funcionario a quien la ley ha encomendado fiscalizar el actuar de la administración, dotándolo de amplias facultades (art. 6º de la ley 21.383), con aquellos que desempeñan sus funciones de colaboración inmediata con la gestión presidencial (art. 86, incs. 1º y 10, actual 99, incs. 1º y 7º, de la Constitución Nacional).

Los fiscales adjuntos deben mantener su independencia del Poder Ejecutivo, pues tal como lo sostiene el precedente Cagliotti (Cagliotti Carlos s/querella c. Molinas Ricardo sentencia del 1º de noviembre de 1988 [ED, 133-887 (2341 a 2344), 895 (2423), 900 (2464), 901 (2473 a 2475]) a pesar de los cambios estructurales que experimentó la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas desde su nacimiento en 1962, ha permanecido incólume al

propósito de su creación expresado en los considerandos del decretoley 11.265 del 24 de octubre de aquel año. Dícese allí que la investigación de los actos de los funcionarios públicos y la calificación de su conducta forma parte de la función permanente del Estado de velar por el cumplimiento de las leyes y por la observancia de las normas de moralidad que posibilitan la convivencia pacífica y digna. Esa tarea, dentro de nuestra organización republicana, debe ser confiada a un órgano permanente que actúe con independencia del Poder Ejecutivo y dotado de facultades que aseguran su eficacia (Fallos: 311:2195).

De lo contrario, la falta de independencia de quien debe fiscalizar el desempeño de los funcionarios no sólo atenta contra el buen funcionamiento de las instituciones de la república, desprestigiando así al ente de control, sino que daña, además, la fe de los ciudadanos en cuanto a la corrección y transparencia que requiere el manejo de la cosa pública.

9º Que, por lo demás, las invocadas facultades discrecionales del presidente para decretar las cesantías, no lo eximen del cumplimiento de los recaudos del citado art. 7º ni del control de legalidad y arbitrariedad.

Tampoco del correspondiente sumario administrativo que respete las reglas del debido proceso adjetivo. Esta exigencia ha sido mantenida por esta Corte para los meros agentes de la administración pública (Fallos, 295:344 y 518; 303:542 y 779; 304:538 y 1891; 305:115 y 628; 306:2009; 307:207, 388 y 1525, entre otros) y su observancia es tanto más imperiosa frente a la investidura de estos agentes.

Por lo tanto la separación de los cargos de los actores configura una cesantía encubierta sin guardar las formas legales.

10. Que en razón de lo expuesto, cabe concluir que los fiscales adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, poseen estabilidad en sus cargos mientras dure su buena conducta tal como lo dispone el art. 2º de la ley 21.383. Al no haberse probado lo contrario, se configura una violación a esta limitación, que afecta la validez del acto cuestionado.

Es por ello que, ante la ilegitimidad del decreto 260/91, corresponde confirmar lo decidido por el a quo.

11. Que el restante agravio del Estado Nacional se centra en la indemnización que en concepto de daño moral es admitida por el a quo. En tal sentido cabe recordar que este tema remite al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, propias de los jueces de la causa y ajenas al recurso extraordinario, máxime cuando la sentencia se apoya en fundamentos

suficientes que no resultan arbitrarios (Fallos, 307:1199, 1204, 1911; 308:1795, y muchos otros).

En razón de todo lo expuesto, se confirma el pronunciamiento apelado. Con costas. Notifíquese y devuélvase. - Gustavo A. Bossert.-

Planeta Ius Comunidad Jurídica Argentina. Libre acceso a todo el mundo. Los propietarios de esta web se
reservan los derechos de admisión, así también la facultad de dar de baja a usuarios ya inscriptos. Ante
cualquier duda lea los términos y condiciones de esta web, o comuníquese con la administración en
el formulario de contacto.

Copyright by Planeta Ius 2005 - 2008

Anexo 54

Cagliotti, Carlos N. c/ MOLINAS RICARDO F. s/ QUERELLA POR INJURIAS

SENTENCIA

1 de Noviembre de 1988

Nro. Interno: C000000082

Tribunal origen: CAMARA NACIONAL DE APELACIONES CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Magistrados: SEVERO CABALLERO (EN DISIDENCIA A0008694) - BELLUSCIO - FAYT - PETRACCHI (SEGUN SU VOTO A0008691/692/693) - BACQUE

Id SAIJ: FA88000639

SUMARIO

Cabe atribuir carácter definitivo a la decisión de no dar curso a la querella por injurias contra el Fiscal General de Investigaciones Administrativas hasta tanto no se cumpla con el procedimiento previsto en los arts. 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional, toda vez que el agravio constitucional que invoca el recurrente no es susceptible de ulterior reparación y la decisión se vincula con el ejercicio de la jurisdicción por parte de los jueces naturales.

Fuente del sumario: OFICIAL - Corte Suprema de Justicia de la Nación

[-]

CONTENIDO RELACIONADO

Legislación

- CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA Art. 45

Constitución Nacional. 1/5/1853. Individual, Solo Modificatoria o Sin Eficacia

- CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA Art. 52

Constitución Nacional. 1/5/1853. Individual, Solo Modificatoria o Sin Eficacia

- CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA Art. 52

Constitución Nacional. 1/5/1853. Individual, Solo Modificatoria o Sin Eficacia

OTROS SUMARIOS

- Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, inmunidad de jurisdicción

Son aplicables los arts. 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional respecto del fiscal General de Investigaciones Administrativas, lo que significa dotarlo de inmunidad procesal, vale decir, una substracción temporaria a la ley procesal

- Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, inmunidad de jurisdicción, injurias

Si la conducta que se trae al juzgamiento se agota en ciertas expresiones vertidas por el Fiscal General de Investigaciones Administrativas y por las que se promueve querella por injurias, el juez de la causa, dada la índole privada de

- Recurso extraordinario, cuestión federal, interpretación de la constitución, Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, inmunidad de jurisdicción

Es procedente el recurso extraordinario, si se controvierte la inteligencia que cabe asignar a normas de carácter federal, como los arts. 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional y las disposiciones pertinentes de la ley 21.383.

- Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas

Si bien el art. 14 de la ley 21.383 sólo impone al Fiscal General de Investigaciones Administrativas la obligación de dar a publicidad sus dictámenes en aquellos casos en que se promueva la instancia penal, la primera parte de esa disposición

- Recurso extraordinario, interposición del recurso, Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas

El recurso extraordinario no resulta adecuado para la apertura de la instancia extraordinaria, habida cuenta de los defectos de fundamentación en que incurre el apelante respecto del alcance que le atribuye al art. 2, párrafo segundo de

- Recurso extraordinario, interposición del recurso

El escrito mediante el cual se introduce la apelación extraordinaria, dado su carácter autónomo, debe bastarse a sí mismo, de manera que su sola lectura tiene que ser suficiente para la comprensión del caso, por lo que es preciso que

- Fiscal nacional de investigaciones administrativas, inmunidad de jurisdicción

La inmunidad procesal no constituye un privilegio de irresponsabilidad para quien ejerce el cargo de Fiscal General de Investigaciones Administrativas, ni excluye la atribución de los jueces para instruir sumarios, realizar investigaciones

- Recurso extraordinario, interposición del recurso

Para la apelación por vía del recurso extraordinario no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia, sino que es preciso una crítica razonada y concreta de todos y de cada uno de los argumentos

HERRAMIENTAS

Descargar Documento Enviar por email Cita SAIJ

CONTENIDOS DE INTERES

Creación de tribunales arbitrales consumo con competencia en reclamos de consumidores.
Ley 7.363. MENDOZA, 26/4/2005. Vigente, de alcance general

Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y usuarios
Ley 13.133. BUENOS AIRES, 27/11/2003. Vigente, de alcance general

Modificatoria de la ley 13.133 - Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios
Ley 14.514. BUENOS AIRES, 29/11/2012. Vigente, de alcance general

Alcances de información al consumidor, configuración de sanciones administrativas, requisitos de sanciones administrativas
Sumario de Fallo. 18/11/2003

REGIMEN DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Ley III 2. MISIONES, 3/12/2009. Vigente, de alcance general

ADHESION LEY N. 24.240 SOBRE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

Ley 7.087. SAN JUAN, 30/11/2000. Vigente, de alcance general

Anexo 55

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA NACION

Daniel E. Ostropolsky

´ Frente a las propuestas presentadas por el Consejo Consultivo convocado por FORES, deseo dejar sentada mi disidencia parcial con los aspectos que se señalan en el eje Consejo de la Magistratura de la Nación.

Ubicación Institucional del Consejo de la Magistratura de la Nación

No creo que el Consejo de la Magistratura sea solamente un organismo técnico. Las atribuciones conferidas por el art. 114 de la CN son atribuciones de gobierno con un margen de discrecionalidad, las que deben ser ejercidas con criterio y responsabilidad, lo que le otorga un carácter político.

De igual modo, el hecho que además de las funciones técnicas se le confiere al Consejo proponer políticas públicas judiciales (Art. 114 inc. 6) también señala su carácter político.

El hecho que la terna de postulantes a jueces elevada al Poder Ejecutivo para que elija un candidato y lo proponga al Senado, más que un acto de control entre poderes, me sugiere que es un acto complejo de integración conjunta entre poderes para el nombramiento de magistrados, ya que los actos de control entre poderes son esencialmente de carácter político.

Al reconocer que las tareas de administración y gerenciamiento del sistema son substraídas a los magistrados y delegadas al Consejo, implica que éste ejerce un tipo de gobierno o administración que ningún organismo jurisdiccional puede ejercer, incluida la Corte Suprema.

Otro tema de capital importancia es el papel de la Corte Suprema y del Consejo respecto de la Administración del Poder Judicial.

El hecho que la Constitución Nacional establezca que la Corte Suprema es la cabeza del Poder Judicial no implica que asuma su gobierno, sino que se refiere a la jurisdicción y es respecto a este aspecto jurisdiccional que ningún otro poder puede actuar y es la garantía de independencia y estabilidad en el cargo y la Corte solo ejerce autoridad para dictar su reglamento interior y nombrar sus empleados. No hay ninguna mención a facultades administrativas en cabeza de la Corte en la Constitución, mientras que sí claramente las establece a cargo del Consejo de la Magistratura.

Lo que si queda en claro es que mientras no exista una integración equilibrada del Consejo de la Magistratura no puede sostenerse ingenuamente el ejercicio de las facultades administrativas por parte del Consejo, ya que de hacerlo así, "colonizado" por el estamento político partidario como se da en la actualidad y se arrastra desde la sanción de la ley 26.080, al haberse variado inconstitucionalmente el equilibrio estamentario, las consecuencias serían desastrosas. Una cosa depende de la otra y sólo así se cumplimenta el art. 114 de la Constitución.

Por todo ello, ratifico mi posición contraria a que el Consejo sea considerado jerárquicamente subordinado a la Corte.

Composición del Consejo

Creo que el número impar de miembros es preferible ya que torna más exigente alcanzar los dos tercios necesarios para la aprobación de ternas y formulación de acusación para remoción según su caso. De igual modo, considero que la duración de los mandatos de los consejeros debería ser de seis años y que su elección se realice en distintos momentos, por ejemplo en años pares, para que no coincidan con las elecciones generales para cargos políticos y de ese modo evitar las influencias de unas sobre otras.

Me parece acertado que la elección del académico sea abierta a profesores de derecho y no como viene ocurriendo a la elección cerrada de rectores de universidades. Los subsidios del Poder Ejecutivo han sido “armas” que incidieron en la elección.

No estoy de acuerdo, en que los abogados mientras ejerzan como consejeros puedan mantener su nombre en su estudio. Opino que por el contrario, no corresponde

que se mantenga el nombre del consejero en un estudio que se dedica a labores que son incompatibles con la dedicación exclusiva que requiere la calidad de consejero.

De igual modo los abogados electos consejeros deben renunciar a toda afiliación partidaria política.

Con relación a la elección de los abogados para integrar el Consejo, siendo 6 los cargos a elegir, corresponde que al menos 3 tenga domicilio en el interior del país.

Funcionamiento del Consejo

Creo que toda decisión del Consejo debe ser realizada en forma expresa mediante un pronunciamiento del plenario y previa puesta a su consideración por la Comisión respectiva que haya intervenido en el asunto.

Así, por ejemplo, aunque se venzan los plazos para que se expidan las respectivas Comisiones en emitir dictamen y elevar los casos a tratamiento del plenario no podrá inferirse ni tener por cumplidos los pasos a seguir en cada caso, sin perjuicio de las responsabilidades que le competan a quienes incumplieron con el respeto de los plazos reglamentarios en el tratamiento de los asuntos que les sometieron a consideración.

Cualquier otra solución que contraríe la exigencia de una resolución expresa del plenario desvirtuaría los fines y objetivos de creación del Consejo ya que, por ejemplo cuando se formula una denuncia se pone en marcha el andamiaje de defensa del Poder Judicial, que tiene que culminar con una resolución que acepte o rechace la denuncia. No debe, en mi punto de vista, aceptarse que la inacción del Consejo termine beneficiando a través de una suerte de caducidad de instancia o prescripción a quien no lo amerita.

Un juez denunciado tiene el derecho y el deber ético de obtener una resolución que evalúe su conducta.

La solución del archivo de la denuncia por el mero paso del tiempo es el peor escenario posible del cual se van a aprovechar los que no quieren llegar a investigar conductas reprochables, ya que con dejar vencer los plazos, el tiempo “limpia” toda responsabilidad. Es el premio al “cajoneo”.

El mismo razonamiento y los mismos argumentos son aplicables respecto de la Comisión de Disciplina. Regular que la apertura de un proceso disciplinario no puede extenderse por más de 6 meses contados a partir del día que se presente la denuncia en contra de un magistrado y que vencido dicho plazo el expediente pasará a consideración del plenario, el que deberá expedirse en el lapso de 6 meses sin regular cuales serían las consecuencias de la falta de tratamiento en término. Debe dejarse en claro que mientras no se trate el expediente, éste no podrá ser archivado.

En relación a la aprobación de ternas, no estoy de acuerdo en que se tengan por aprobados los concursos y se disponga remitir las ternas por el plenario cuando se cuente con el voto favorable de la mayoría absoluta de los consejeros presentes. La aprobación de ternas debería ser con el voto favorable de los dos tercios de los consejeros presentes. De esa manera se guardaría paralelismo con la exigencia para promover acusación.

En relación con las comisiones, no me parece adecuado que existan sólo 4 comisiones y la forma en que está prevista sus integraciones.

Que cada consejero participe sólo en una sola Comisión, y que cada Comisión cuente con sólo 5 miembros conduce a que se formen "dueños" de ciertos temas ya que con sólo 3 votos se maneje la comisión y en determinados casos llegue a ser la expresión del Consejo. En estos casos la mayoría simple, absoluta y de dos tercios es la misma, es decir de 3 miembros. Lo que representa un peligro por la facilitación de "acuerdos" de pocos y siempre los mismos consejeros.

Propongo que ninguna Comisión tenga menos de 9 miembros habida cuenta de la trascendencia de los temas a tratar y la cantidad de miembros con que cuenta (y deba contar a futuro) el Consejo.

No estoy de acuerdo en "parcelar" el Consejo a través de divisiones peligrosas. Si cada consejero va a conocer solamente una sola comisión en toda su gestión, sumado a la poca cantidad de miembros de cada comisión, se facilitarán acuerdos entre muy pocos miembros para lograr el dictamen de comisión con el agravante que son siempre los mismos.

Atento a la entidad de las funciones constitucionales puestas en cabeza del Consejo, propongo que deberían existir 6 comisiones a saber: 1) Escuela Judicial y Selección de Magistrados 2) Disciplina 3) Acusación 4) Administración 5) Financiera 6) Reglamentos

Los contenidos y miembros que componen cada comisión son establecidos de acuerdo con la entidad que surge de considerar al Consejo como el organismo que gobierna y administra al Poder Judicial de la Nación.

No coincido con la solución prevista para el caso de rechazo por parte del Senado del candidato propuesto por el Poder Ejecutivo de que se deba someter a consideración del Senado al siguiente postulante que en el orden de la terna seguía a quien fue rechazado.

El Poder Ejecutivo siempre tiene la facultad de elegir y proponer a uno entre una terna y no debe estar constreñido a proponer sin tener esa opción. Por otra parte, todos los ternados tienen los mismos derechos no hay un orden de mérito entre ellos. El Consejo aprueba una terna y es la sometida a consideración del Poder Ejecutivo Nacional.

No estoy de acuerdo, por entender que contaría el sistema constitucional, que vencido el plazo para que el Plenario apruebe una terna y éste no se haya pronunciado se tenga por consagrada la terna sometida a consideración del Plenario aun cuando no haya sido aprobada por un acto expreso de éste.

Tampoco estoy de acuerdo con que las sanciones disciplinarias que aplique la Comisión serán recurribles ante el Plenario del Consejo.

La Comisión de Disciplina, no aplica sanciones sino es el Plenario quien las aplica a propuesta de la Comisión de Disciplina.

En cuanto a las funciones del Administrador del Poder Judicial, éste debe mantener actualizado un organigrama que refleje la realidad de las funciones y atribuciones de quien ocupa cada casillero con detallada descripción de las jerarquías funcionales.

Con relación al establecimiento de un recurso directo ante la Corte Suprema contra las decisiones del Plenario, éste no se compadece con las atribuciones del Consejo, que no está subordinado a la Corte Suprema. Toda actuación jurisdiccional contra las decisiones del Consejo deberán ser iniciadas de acuerdo con el sistema general de tutela judicial como es del caso que por vía normal o por salto de instancia se debe ocurrir a iniciar acciones que correspondan.

Anexo 56

DECRETO Nº 635/2020, A TRAVÉS DEL CUAL SE DISPONE LA CREACIÓN DE "*UN CONSEJO CONSULTIVO PARA EL FORTALECIMIENTO DEL PODER JUDICIAL Y DEL MINISTERIO PÚBLICO*".

ARTÍCULO 4º, INCISO 5) DEL DECRETO: "*Respecto del juicio por jurados, realización de un análisis sobre los criterios para dar cumplimiento de la manera más eficaz al mandato constitucional*":

Por Hernán Munilla Lacasa

1. Consideraciones generales:

Para iniciar el tratamiento de este modelo de enjuiciamiento, que a la vez constituye una innegable garantía judicial, parece adecuado recurrir a la Constitución Nacional, cuyas cláusulas, hasta hoy incumplidas, habrán de guiar nuestras reflexiones.

La ley fundamental prevé en tres disposiciones distintas la incorporación del juicio por jurados a nuestro sistema de enjuiciamiento. En primer lugar, el art. 24 dispone "*El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados*"; en segundo lugar, el art. 75, inc. 12, in fine, sostiene que

"*corresponde al Congreso (...) dictar las [leyes] que requiera el establecimiento del juicio por jurados*"; y en tercer lugar, el art. 118 declara que "*todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito…*".

Si bien el mandato de sancionar una ley que permita el establecimiento del juicio por jurados en todo el país le fue encomendado al Congreso Nacional, ello no impide que lo hagan las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en sus respectivas jurisdicciones. De hecho, ya son nueve las provincias que han incorporado en sus legislaciones el modelo de juicio por jurados[1]. Ellas son: Córdoba, Chubut, La Rioja, Entre Ríos, Río Negro, Mendoza, San Juan, Neuquén y Buenos Aires; mientras que otras ya han dictado proyectos legislativos en la misma dirección, tal el caso de Santa Fe, Tucumán y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires[2]. En otras palabras,

[1] Ocho de ellas estructuraron el jurado clásico y una, Córdoba, el modelo escabinado. Ambos modelos presentan controles de parte y relaciones de poder diferentes. Corresponde decir, sin embargo, que por decisión de su propio Tribunal Superior de Justicia, adoptada mediante Acordada nº 260 Serie A, del 8/5/2017, Córdoba también se encamina hacia el jurado clásico. En efecto, el alto Tribunal provincial convirtió al escabinado en un modelo cuasi clásico: los jurados deben deliberar solos, sin los jueces técnicos, deben recibir instrucciones legales y debe haber una audiencia de *voir dire* para seleccionar al jurado (ver http://boletinoficial.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2017/05/TSJ.pdf).

[2] También se prevé dicho modelo de enjuiciamiento en las Constituciones de La Rioja, Corrientes y Santiago del Estero.

fueron las provincias (y no el Congreso Nacional) las que pusieron en marcha el juicio por jurados (y el sistema acusatorio en materia criminal).

El juicio por jurados debe ser concebido como un modelo institucional de administración de justicia que expresa la participación del pueblo en la administración de justicia penal. Dicho modelo supone no solo el derecho de una persona a ser juzgada por sus pares sino, fundamentalmente, el derecho del pueblo a juzgar. Por ello es posible encontrar referencias al instituto tanto en la Primera Parte de la CN (parte dogmática), cuanto en la Segunda Parte (parte orgánica). En otras palabras, la Constitución Nacional concibió el juicio por jurados como una institución sustancial para el juzgamiento de los delitos que corresponde conocer al Poder Judicial de la Nación.

La manifestación típica de la participación del pueblo en la función judicial es el '*juicio por jurados*', entendido como el proceso judicial mediante el cual un tribunal integrado total o parcialmente por ciudadanos, que no son jueces letrados, decide sobre la culpabilidad de un acusado y habilita la aplicación de la ley penal por parte de los órganos estatales competentes.

En la actualidad, creemos, la discusión no versa sobre "*jurados sí, o jurados no*", si no sobre qué clase de jurado, cuál es el modelo

constitucional adecuado, qué características debe poseer y cómo debe preservarse su mecanismo[3].

En esta dirección, le asignamos un valor preponderante al reciente fallo "Canales", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, verdadero "*leading case"* en la materia, porque siendo la intérprete final de la Constitución Nacional ha brindado argumentos contundentes y definitivos para afianzar su consagración como modelo de enjuiciamiento penal y extender su aplicación en los ámbitos donde aún no rige.

No es nuestro objetivo proponer a consideración un proyecto de ley, lo cual requeriría un estudio minucioso y acabado del sistema y de los numerosos antecedentes presentados al respecto, lo cual excedería el cometido de este informe[4], sino analizar someramente sus principales características y postular algunos lineamientos o recomendaciones que

[3] Así como existió una polémica, hoy zanjada, entre los partidarios del procedimiento penal escrito y la oralidad; y en el campo del derecho penal sustantivo un debate, en la práctica (mas no en la dogmática) también superado, entre la punición o no de las personas jurídicas, la operatividad del jurado, como garantía judicial, ya no debería ser motivo de genuino cuestionamiento. En este informe procuraremos brindar las razones que justifican dicho aserto, aunque no puede ignorarse, por otro lado, la existencia de voces que analizan el declive del jurado en los Estados Unidos de Norteamérica, país cuyo sistema de enjuiciamiento ha servido de espejo a nuestros constituyentes. En este sentido, Roberto J. Conrad & Katy Clements, "*The vanishing Criminal Jury Trial: From trial Judges to sentencing Judges*", en George Washington Law Review, marzo de 2018, vol. 86, número 2, pág. 99/167. Allí señalan: "*Federal criminal jury trials are dying. Surely, but not slowly. Within the ten-year span from 2006 to 2016, the absolute number of cases disposed of by jury trial declined by forty-seven percent*" (Los juicios penales con jurado federal están muriendo. Seguramente, pero no lentamente. En el lapso de 10 años, de 2006 a 2016, el número absoluto de casos resueltos por juicio con jurado se redujo en un 47 por ciento. Los autores explican las razones de esta disminución. Cambios en las políticas del Departamento de Justicia, el aumento de las audiencias de sentencia, penas mínimas obligatorias, entre otros factores.

[4] Muchos y muy buenos proyectos han sido presentados en el Congreso Nacional en los últimos diez años, que seguramente serán muy útiles para diseñar el esquema más adecuado.

podrán ser recogidas por quienes, en el ámbito y oportunidad apropiada, habrán de estudiar su diseño e implementación, sea a nivel nacional o provincial.

Abordaremos entonces, sucintamente, el precedente "Canales" y a continuación los aspectos más trascendentes y discutidos del modelo de enjuiciamiento examinado, tales como el requisito de unanimidad, la íntima convicción y la falta de motivación escrita del veredicto. Cerraremos con un capítulo de conclusiones.

2. El fallo "Canales":

El 2 de mayo de 2019 la Corte Suprema (CS) dictó el fallo "Canales", a través del cual, con los votos de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Rosati, este último en voto separado, declaró el valor institucional del jurado y sus características más esenciales[5].

Los recurrentes habían argumentado que la ley nº 2784 de la provincia del Neuquén (que establece el juicio por jurados) era inconstitucional por cuanto -alegaron- constituía una competencia exclusiva del Congreso nacional regular en esta materia.

[5] CSJN, "Canales", 461/2016/RHI. En el célebre fallo "Casal" (2005), la Corte ya había señalado que el juicio por jurados era el modelo que correspondía al diseño constitucional de administración de justicia en la Argentina.

La Corte sostuvo, en pocas palabras, que la provincia del Neuquén al dictar la mencionada ley actuó dentro del marco de las facultades propias que le reconocía y garantizaba la Constitución Nacional. Es decir, procedió en ejercicio de sus facultades reservadas -y no delegadas a la Nación- de establecer lo concerniente a su sistema de administración de justicia y de dictar los códigos que reglan la tramitación de los procesos que se ventilan ante su jurisdicción. De tal modo, la Corte ratificó las facultades provinciales para sancionar sus propias leyes de jurados[6].

En definitiva, las provincias se encuentran facultadas para regular sus propios sistemas de justicia, pero estos deben superar un análisis "*en el marco del control de constitucionalidad destinado a resguardar la supremacía de la Constitución Nacional*"[7].

El máximo Tribunal también rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 35 del Código Procesal Penal neuquino, en tanto prevé la intervención obligatoria del jurado para ciertos delitos, ya que a criterio de los recurrentes el mismo debe ser disponible o renunciable por los imputados.

Asimismo, se cuestionó en el recurso la mayoría especial exigida en el art. 207 del citado Código para el veredicto de culpabilidad, en

[6] Tanto Neuquén como el resto de las provincias son estados locales libres y soberanos para diseñar sus procedimientos y el Estado Nacional no debe interferir en tal cometido.

[7] Considerandos 12) y 13).

tanto no exige unanimidad, al aceptar una mayoría de ocho votos sobre un total de doce miembros. Agregaron que se encontraba seriamente restringida la posibilidad de cuestionar el veredicto teniendo en cuenta que el jurado no expresa los fundamentos de su decisión.

La CS rechazó ambos agravios, a los cuales nos referiremos a continuación.

3. <u>El requisito de unanimidad</u>[8]:

La C.N. no contempla la unanimidad como requisito expreso. No obstante, es arduo el debate en torno a si tal característica posee valor de raigambre constitucional, por ser parte integrante e inescindible de la garantía de juicio por jurados que recepta el texto fundamental[9].

En tanto nuestra C.N. abreva en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, la cual tampoco establece en forma expresa la unanimidad del jurado, conviene analizar la interpretación efectuada por la

[8] El primer proyecto de ley sobre juicio por jurados elaborado por Florentino González y Victorino de La Plaza, a instancias del presidente Domingo Faustino Sarmiento, contemplaba en su art. 479 la exigencia de unanimidad del veredicto condenatorio.

[9] Es conocida la cita del juez Joseph Story: "*Un juicio por jurado se entiende generalmente, ex vi termini, como un juicio por un jurado de doce hombres, seleccionados con imparcialidad, que deben concurrir por unanimidad en la culpabilidad del acusado antes que una condena pueda ser válida. Cualquier ley que, por lo tanto, prescinda de estos requisitos, puede tildarse de inconstitucional*" (del voto del juez Douglas, en "Johnson vs. Luisiana" 406 U.S. 356, 1972).

Suprema Corte de dicho país sobre la cuestión, que difiere, como se verá, con la realizada por nuestro máximo Tribunal.

Si bien la Corte norteamericana se pronunció en numerosas oportunidades sobre el tema, conviene detenerse en el último fallo, muy reciente, del pasado 20 de abril de 2020, en el cual resolvió el caso "*Ramos vs. Lousiana*". Allí estableció, por mayoría de seis votos[10], que la unanimidad es un requisito constitucional del juicio por jurados aplicable también a los estados locales soberanos. Concretamente, declaró la inconstitucionalidad de las regulaciones estatales que permitían condenas no unánimes por el jurado[11].

Modificó así el criterio que había establecido en el caso "*Apodaca vs. Oregon*", de 1972[12], el cual permitía decisiones de jurados no

[10] Corresponde señalar que no hubo un solo voto mayoritario, sino que, según cada tópico, se sumaron opiniones concurrentes. Hubo tres disidencias lideradas por el *Justice* Alito.

[11] La pregunta que consideró la Corte fue la siguiente: "*¿La Enmienda XIV incorpora contra los Estados la garantía de unanimidad establecida en la Sexta Enmienda como una protección del derecho al juicio por jurados?*". La respuesta fue afirmativa. La Sexta Enmienda dice: "*En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda*". A su vez la Decimocuarta establece: "*Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos*".

[12] 406 U.S. 404.

unánimes en los Estados locales[13]. A nivel federal no se discutía el requisito de unanimidad. Así lo había recordado recientemente, en marzo de 2019, al sostener: "*El derecho a un juicio por jurados contenido en la Sexta Enmienda requiere un veredicto del jurado unánime en juicios criminales federales…*"[14].

En "Ramos", el juez que lideró la mayoría, Neil Gorsuch, recordó que el requisito de la unanimidad del jurado surgió en Inglaterra en el siglo XIV y pronto fue aceptado como un derecho vital protegido por el derecho consuetudinario. Cuando James Madison redactó la Sexta Enmienda en 1791 el requisito de unanimidad ya llevaba 400 años de tradición en el derecho anglosajón. Si el término '*juicio por un jurado imparcial*' tenía algún significado, razonó el *justice* Gorsuch, seguramente incluía un requisito tan largo y ampliamente aceptado como la unanimidad. Esta regla del sistema de jurados de tipo clásico ha regido a los sistemas del *common law* por siglos y se encuentra vigente en la mayoría de los países de ese entorno[15].

[13] Este mismo criterio, en el cual se declaró la constitucionalidad de un veredicto mayoritario (no unánime) también había sido adoptado en el caso "Johnson vs. Lousiana", de 1972 (406 U.S. 356). Según la mayoría de "Ramos vs. Lousiana", si bien los precedentes de la Corte merecen un profundo respeto, el *stare decisis* (estar a lo decidido) no constituye un mandato inexorable e inmodificable.

[14] "Timbs v. Indiana", 139 S.Ct. 682,687 n.1 2019.

[15] Aunque vale aclarar que en Inglaterra y Gales se abandonó el requisito de la unanimidad en 1974. Irlanda admite mayorías de 11 contra uno y Escocia permite condenas por mayoría simple de votos.

Hemos señalado que ninguna de las dos Constituciones indican cómo deben adoptarse las decisiones del jurado, si por mayoría o por unanimidad. Sin embargo, ambos Tribunales supremos llegaron a conclusiones dispares. El punto envuelve, en definitiva, una cuestión que debe ser objeto de interpretación constitucional.

La CS, en "Canales", al señalar que un veredicto mayoritario no es inconstitucional, pareció utilizar el método de interpretación gramatical y sistemático, y no el histórico. Señaló que no existía un mandato constitucional que impusiera la unanimidad y aceptó por lo tanto la constitucionalidad de la condena no unánime del jurado (10 contra 2) impuesta por la justicia de Neuquén.

Dijo el máximo Tribunal de nuestro país que "…*no existe mandato constitucional que imponga en nuestro país un número determinado de votos para afirmar la culpabilidad o la inocencia de un imputado por parte del jurado; a diferencia de la exigencia de dos tercios de votos que sí estableció para el veredicto de culpabilidad en el marco del procedimiento de juicio político (art. 59)*…" (Consid. 17).

Para fundamentar su posición en torno al aludido requisito del número de votos válidos para dictar un veredicto, y además para subrayar la legitimidad del modelo de enjuiciamiento analizado, el alto Tribunal agregó, en el mismo Considerando: "*Por lo demás, si el juicio por jurados expresa –en esencia- el derecho a juzgar en cabeza del pueblo, por considerarlo el*

sujeto jurídico más apto para ponderar la criminalidad de las acciones u omisiones del prójimo, y si –a su vez- se considera al veredicto como una conclusión que se asume luego de transitar un proceso deliberativo forjado por una pluralidad de opiniones que expresan apreciaciones en las que se congregan la multiplicidad de género, edades, oficios, experiencias de vida, etc., no luce irrazonable requerir una mayoría especial de dos terceras partes de sus miembros para generar la decisión, tal como lo prevé la legislación neuquina aplicada al presente caso".

Y añadió: "*La voluntad popular puede expresarse mediante una decisión mayoritaria constitucionalmente válida*…".

La Corte incluso admitió la existencia de opiniones doctrinarias discrepantes que sostienen la conveniencia de adoptar la unanimidad del jurado para los veredictos de culpabilidad, pero ello "*de ninguna manera alcanza para fundar la inconstitucionalidad de las disposiciones en análisis*" (Consid. 17).

En su voto concurrente el ministro Rosatti sostuvo: "…*no luce irrazonable requerir una mayoría especial de dos terceras partes de sus miembros para generar la decisión, tal como lo prevé la legislación neuquina aplicada al presente caso que, por otra parte, no hace más que espejar el porcentual de mayoría aceptado para validar los pronunciamientos de los tribunales profesionales colegiados*" (Consid. 10º, ii). Y agregó luego: "*La voluntad popular ... puede expresarse mediante una*

decisión mayoritaria (no unánime) sin que ello importe violación de la Constitución Nacional" (iii).

El argumento de Rosatti le ha permitido colegir a Jorge Sandro que "*la regla estable de decisión utilizada por los tribunales de enjuiciamiento ordinario no tiene por qué transformarse en inconstitucional si se trata de adaptarla numéricamente al veredicto del juicio por jurados*"[16].

Esta mirada halla contradictores, tal el caso de Santiago Plou, para quien la remisión al criterio de votación de los jueces profesionales afecta el principio de confianza y el derecho de defensa en juicio[17].

En un juicio sustanciado por jueces profesionales -señala el autor-se exige la debida y suficiente fundamentación escrita a fin de ejercer el necesario contralor decisional posterior por parte del superior, quien realiza un control amplio de la resolución. En estos casos se tolera la disidencia, porque sus decisiones basadas en el ejercicio lógico de la sana crítica son debidamente motivadas de forma expresa por los jueces, y luego

[16] Jorge A. Sandro, "*La Corte Suprema alzó la voz en favor del juicio por jurados: primeras impresiones del fallo en el caso "Canales*", en "*El juicio por jurados y la Constitución Nacional. Comentario al fallo "Canales" dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación*", Director Andrés Harfuch, Edit. Ad Hoc, 2019, pág. 64. Allí agrega "*…si el juicio hubiera tramitado ante un tribunal colegiado de 3 jueces profesionales –como quería el apelante- la decisión se podría haber adoptado, en términos porcentuales, por igual mayoría (2 votos sobre 3, o sea, 2/3…*".

[17] Santiago Plou, "*Ramos c. Louisiana" y "Canales v. Neuquén" ¿mayoría o unanimidad?*", en Revista de Derecho Penal y Criminología, Agosto nº 7, Thomson Reuters, 2020.

podrán ser ampliamente revisadas por otro tribunal con competencia revisora.

En cambio, en el juicio sustanciado con jurados legos, el cual no permite la fundamentación expresa de sus decisiones, como analizaremos en el próximo apartado, tolerar la disidencia implicaría un peligro indebido para los derechos del encausado. Al existir disidencia en la valoración de los hechos y la prueba sin motivación escrita ¿cuál es la postura adecuada? Alguien podría aventurar que la adecuada es la mayoritaria, pero con cita de Maier, el autor sostiene: "... *el consenso democrático no puede funcionar como criterio de verdad fáctica para fundamentar la legitimidad jurisdiccional; sintéticamente: el principio de la mayoría, básico para el concepto de democracia, es inidóneo para definir la máxima básica... que preside la labor judicial*"[18].

En consecuencia, continúa Plou, el hecho de que más sujetos apoyen tal postura no garantiza su veracidad, pues el debido proceso impone la necesidad de que la respuesta sea cualitativa y no cuantitativa. La unanimidad, entonces, impone la obligación de escuchar la disidencia, confrontar los argumentos y extender el debate tanto como sea necesario para conseguir el acuerdo de todos sus miembros.

[18] Julio Maier, "*Derecho Procesal Penal, T. 1 "Fundamentos, juicio por jurados*", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2016, pág. 776.

La interpretación utilizada por la Corte en "Canales", al sostener que la CN no contiene un mandato expreso en relación a la unanimidad, parece haber desatendido el punto de vista histórico, ya que los constituyentes de 1853 tuvieron en miras al jurado vigente en los Estados Unidos, que ya entonces exigía veredictos unánimes. Asimismo, quienes cuestionan el criterio seguido por el alto Tribunal, agregan que esta regla, la unanimidad, constituye una garantía implícita (art. 33 C.N.), por cuanto es inherente a otras garantías propias del sistema republicano, como la de deliberación (en cuanto mecanismo colectivo de construcción del veredicto) y el principio de inocencia[19].

Si bien la deliberación también es una garantía de los tribunales técnicos[20], aquella sin duda alcanza una mayor plenitud en el sistema de jurados. Las razones que brindan los impulsores del jurado clásico son diversas, entre ellas: el amplio número de sus integrantes (dos mentes aportan mayor diversidad y agudeza de análisis que uno o tres); sus plurales procedencias y su carácter accidental[21]. Razonablemente, este proceso será

[19] Así lo cree Cristian D. Penna, "*Primer paso de la CSJN hacia la consolidación del juicio por jurados*", en "*El juicio por jurados y la Constitución Nacional…*", op. Cit., págs. 70/90.

[20] Aunque no en todos los Tribunales Orales Criminales se lleva a cabo la deliberación, pues desde la sanción de la Ley 27.307, de 2016, para ciertos delitos dichos Tribunales actúan con jueces unipersonales (que obviamente no deliberan con nadie).

[21] No están contaminados por la "burocratización" y "automatización" del oficio de juzgar.

más sólido en la medida en que se exijan mayorías más amplias; de allí que la exigencia de unanimidad resulte la fórmula más adecuada.

Parecería razonable apuntar que la falta de explicitación de los motivos en que se basa el veredicto, esto es, que no se hagan públicos, resulta una derivación necesaria de la regla del secreto de las deliberaciones, garantía a la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha identificado como integrante del debido proceso[22].

La unanimidad, por lo demás, brinda a los miembros de la minoría una herramienta para asegurar que sean oídos por la mayoría, es decir, para que sus apreciaciones sean necesariamente consideradas, lo que conduce a un debate más sólido y consistente y a decisiones que revisten mayor legitimidad. Si una mayoría, por ejemplo de dos tercios del jurado, pudiera imponer su veredicto, los argumentos de la minoría serían simplemente desatendidos y dejados de lado.

Es obvio que la postura de los jurados que esgriman la tesis minoritaria se basará en una valoración de los hechos o de la prueba disímil de la efectuada por la mayoría. ¿Quiénes tendrán razón? ¿Cuál postura será la más acertada? ¿La respuesta adecuada, es decir, aquella que se ajuste al debido proceso, provendrá a través de un criterio meramente cuantitativo?

[22] En el caso "Gregory v U.K." (1997), el TEDH señaló que el secreto de las deliberaciones es una garantía integrante del concepto de juicio justo ante un tribunal independiente e imparcial exigido por el art. 6.1. de la Convención Europea.

Ciertamente, las valoraciones más sólidas no necesariamente serán las sostenidas por la mayoría. Como sostiene Penna, "*la unanimidad empodera a la minoría para que sus fundamentos deban ser escuchados y sopesados por la mayoría*[23]*, imponiéndose en el marco de este control cruzado de valoraciones las de mayor solidez en términos cualitativos. Esto, indudablemente, torna más ardua la discusión, pero también blinda de mayor solidez a la decisión*"[24]. Agrega el autor que la subsistencia de un sector disidente impide asegurar que la decisión ha sido tomada con base en las valoraciones más sólidas y razonables de acuerdo con las pruebas del caso.

También es posible sostener que los jurados unánimes conducen a deliberaciones más largas y más centradas en las pruebas y los hechos, pero no por ello más redundantes. Los jurados unánimes se guían por un criterio funcional en el que se analizan las dos versiones (proinocencia y proculpabilidad) acumulativamente y se resuelve en función del mayor ajuste. En los jurados mayoritarios, en cambio, decrece la calidad de la discusión, la deliberación se acorta y se detiene al alcanzar la mayoría. Se analiza menos la evidencia y se escucha menos a las minorías. Aunque

[23] Y la única forma de garantizar esta actitud receptiva de la mayoría –agregamos nosotros- es mediante la unanimidad del veredicto.

[24] Cristian Penna, op. cit., pág. 82.

es preciso reconocer que la unanimidad conlleva un mayor número de jurados irresolubles.

En otras palabras, la unanimidad potencia las voces de las minorías, mejora la calidad de la deliberación, favorece el control de los errores y sesgos individuales, profundiza la deliberación, aumenta la motivación y promueve la autocrítica. Como contrapartida, se produce un mayor número de jurados estancados o en suspenso, ergo, mayor dificultad de arribar a un veredicto.

Un voz autorizada que se permite dudar de las bondades de la unanimidad es la de Julio Maier, quien al comparar el colegio al estilo anglosajón (doce personas que resuelven por unanimidad) y los órganos escabinados que predominaban en la Europa Continental (minoría de jueces permanentes y mayoría de jueces accidentales, que deciden por alguna mayoría de votos), aclaraba que "*incluso sería posible y quizá aconsejable para nuestras prácticas judiciales una combinación apropiada de esas formas de integración de los cuerpos de decisión y de los modos de obtener la decisión*"[25]. Dejaba así explicado que el número en la integración y la fórmula para obtener el veredicto son temas por definir en el ámbito de la política legislativa.

[25] J. Maier, "*Derecho Procesal Penal, Tomo II, Parte General. Sujetos Procesales*", Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 2013, 1º ed., pág. 499.

Los fundamentos analizados para aplicar la exigencia de unanimidad en el veredicto de culpabilidad son los mismos que aplican para el veredicto de no culpabilidad[26]. Así, no sería razonable sostener que un único disidente a favor de la no culpabilidad pudiera imponer su criterio por sobre el de una abrumadora mayoría.

Algunas provincias han incorporado este requisito a su sistema de enjuiciamiento, sea en forma plena o parcial. Este último se funda en dos circunstancias, o bien cuando se exige unanimidad solo para penas perpetuas, o bien cuando se la exige solo por determinado lapso temporal, pasado el cual se flexibiliza, permitiéndose alcanzar el veredicto por mayoría. Entre las legislaciones que prevén tales sistemas están Mendoza, Entre Ríos, Río Negro, Chaco, Buenos Aires y Chubut.

Concretamente, la provincia del Chaco establece que la deliberación del jurado no puede durar menos de dos horas[27]. Río Negro, que exige unanimidad, dispone que luego de no alcanzarse el acuerdo en un plazo razonable el juez instruirá al jurado para que retome la deliberación, haciéndole saber que se aceptará un veredicto con diez votos en caso de jurados de doce miembros y seis cuando lo sea de siete[28].

[26] Por ejemplo la provincia de Río Negro.

[27] Art. 77 ley 2364.

[28] Art. 202 del Código Procesal Penal.

Otras provincias reclaman, como Córdoba, mayoría simple para condenar[29], o mayoría calificada de ocho jurados en el caso de Neuquén[30] y San Juan, o diez votos para penas temporales en la provincia de Buenos Aires[31].

Si el jurado no alcanza la unanimidad exigida las legislaciones provinciales prevén dos soluciones distintas; una de ellas consiste en declarar que el juicio se encuentra "estancado" (*hung jury*), como ocurre en Buenos Aires[32], Entre Ríos, Mendoza y Chaco; la otra solución deriva directamente en la absolución del imputado. A su vez, el estancamiento puede dar lugar a la reedición del juicio[33], en caso de que el acusador mantenga la acusación; o a una flexibilización de la regla de unanimidad[34]. Claro, están quienes sostienen que ambos supuestos son lesivos de la

[29] Art. 44, ley 9182.

[30] Art. 207, ley 2784.

[31] Art. 371 quáter, ley 14.543.

[32] Donde debe debatirse y votarse nuevamente la cuestión hasta tres veces. Si se mantiene la situación el veredicto será de no culpabilidad, salvo que se hubieran obtenido más de ocho votos afirmativos, en cuyo caso el jurado se declarará estancado (art. 371 quáter, inc. 2º).

[33] Entre Ríos y Buenos Aires.

[34] Río Negro, Chubut y San Juan. En estos casos se regula la unanimidad como regla, pero se establece la posibilidad de que transcurrido cierto lapso considerable sin alcanzar un veredicto, dicha exigencia se relaje aceptando uno o dos jurados disidentes. Para ello, también se recomienda que sea el mismo jurado el que salga de la sala de debate y exponga la dificultad insuperable de alcanzar unanimidad, solicitando entonces su flexibilización.

garantía que proscribe la múltiple persecución penal, en función del doble riesgo de condena al que se somete al acusado[35]. Empero, ésta es una disyuntiva también presente en el sistema de juzgamiento con jueces profesionales, donde se recepta el recurso de la parte acusadora. Mas como en el modelo de jurado no se contempla recurso contra la absolución, si persiste la falta de acuerdo luego de un período destinado a limar las diferencias, debería alcanzarse la absolución.

Vale la pena señalar que la Cámara de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, donde rige la unanimidad solo por delitos castigados con pena de prisión perpetua[36], recordó en el caso "Ruppel" las premisas en las cuales se basa el modelo de jurados, destacando entre ellas el requisito de unanimidad.

Allí dijo: "(… *la consolidación de nuestro sistema de derechos fundamentales reclama dejar en claro los pilares fundamentales de su fortalecimiento que, en el caso del juicio por jurados, se asienta en las inquebrantables premisas que mayormente hemos recogido: i) jurado popular integrado, en sus titulares, ni más ni menos que por doce personas, seis mujeres y seis hombres; ii) un juez técnico a cargo de la dirección del debate con facultades de superintendencia y de instrucción al jurado sobre*

[35] En este sentido, Plou, op.cit. Según esta postura, si hay estancamiento es porque hay duda, y si hay duda debe prevalecer la absolución.

[36] Art. 371 quáter, inc. 1 b).

el marco constitucional, la aplicación de la ley y el derecho probatorio; iii) el recurso previsto como facultad exclusiva del imputado, y iv) aunque solo parcialmente reglado entre nosotros, <u>la aspiración a la unanimidad en la decisión del veredicto</u>"[37] -el subrayado es propio-.

En definitiva, si bien entendemos que puede no resultar sencillo alcanzar la unanimidad y los inconvenientes que apareja el estancamiento del jurado, creemos, por las razones apuntadas, que se trata de un requisito altamente recomendable a la hora de establecer el juicio por jurados[38].

4. <u>Veredicto general (inmotivado)</u>

[37] CCPBA, Sala I, causa 81504 "Ruppel, Néstor s/recurso de casación", del 11/7/2017.

[38] La unanimidad permite adoptar decisiones de calidad prácticamente incuestionables, por cuanto los doce desconocidos que accidentalmente integran el panel deban deliberar hasta pulir las diferencias de apreciación, procurando alcanzar una decisión sin disidencias. También es del caso consignar el 4º principio previsto para los juicios de jurados, revisado y aprobado en 2016 por la American Bar Association, el cual trata sobre la unanimidad: "*Jury decisions should be unanimous*" (Las decisiones del jurados deben ser unánimes). En los puntos B) y c) establece: "*B). A unanimous decision should be required in all criminal cases heard by a jury*". "*C). At any time before verdict, the parties, with the approval of the court, may stipulate to a less-than-unanimous decision. To be valid, the stipulation should be clear as to the number of concurring jurors required for the verdict. In criminal cases, the court should not accept such a stipulation unless the defendant, after being advised by the court of his or her right to a unanimous decision, personally waives that right, either in writing or in open court on the record*". (B. Debe exigirse una decisión unánime en todos los casos penales que conozca un jurado. C. En cualquier momento antes del veredicto, las partes, con la aprobación del tribunal, pueden estipular una decisión menos que unánime. Para ser válida, la estipulación debe ser clara en cuanto al número de jurados concurrentes necesarios para el veredicto. En casos penales, el tribunal no debe aceptar tal estipulación a menos que el acusado, después de ser informado por el tribunal de su derecho a una decisión unánime, renuncie personalmente a ese derecho, ya sea por escrito o en audiencia pública en el expediente).

4.1. <u>La íntima convicción</u>:

Los jurados deciden su voto en función del sistema de valoración de prueba conocido como "íntima convicción", el cual no requiere expresión o explicación de los motivos que conducen al convencimiento de la resolución adoptada para el caso. Sobre este sistema dijo la Corte en "Canales": "*Ello no impide una adecuada revisión de lo decidido, toda vez que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia*"[39].

Con cita de un precedente de la Corte Interamericana, que a su vez remite a un caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la CS añadió que "*la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación. En efecto, todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa*".

Más adelante volcó otra reflexión del mismo precedente: "*…Toda persona que debe reconstruir un hecho del pasado, consciente o inconscientemente, emplea el método histórico, o sea, en un primer paso delimita las pruebas que tendrá en cuenta (heurística); a continuación valora si esas pruebas no son materialmente falsas (crítica externa); luego*

[39] Considerando 19).

valora la verosimilitud del contenido de las pruebas (crítica interna) y, finalmente, llega a la síntesis. Quien valora el veredicto de un jurado, necesariamente debe reconstruir este camino, no bastando para descartarlo cualquier criterio diferente acerca de las críticas. Para descartar el veredicto de un jurado debe verificarse que la síntesis se aparte directamente de la lógica metodológica histórica antes referida…"[40].

Amén de sostener que no se requieren conocimientos jurídicos específicos para juzgar sobre los hechos, la CS acotó: "*De modo que, pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia)…*"[41].

La íntima convicción, que es sinónimo de valoración racional de la prueba (no emocional ni intuitiva), vincula el veredicto del jurado solo con las pruebas del juicio, con los hechos materia de acusación y con el razonamiento individual de cada jurado[42].

4.2. <u>Veredicto inmotivado</u>:

[40] Corte IDH, caso "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua", sentencia del 8/3/18, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 259 y 262.

[41] Consid. 19).

[42] En este sentido se pronuncia Andrés Harfuch, en "*Fallo 'Canales' de la CSJN. El definitivo estatus constitucional del juicio por jurados*", en "*El juicio por jurados…*", op. cit., pág. 137.

La falta de motivación en el veredicto del jurado suele generar fuertes cuestionamientos, provenientes de quienes se sitúan en el margen del derecho continental europeo. Podría sintetizarse la crítica en el siguiente interrogante: ¿cómo puede sostenerse que es acertada una decisión que no exterioriza sus fundamentos? O dicho de otra manera, ¿cómo puede controvertirse una decisión semejante, para poder demostrar su equivocación?

La CS se hace cargo de este reparo en "Canales", donde explicó que "*…la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia*"[43].

Agregó, con cita de la CIDH[44]: "*…todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa. Pero el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales*".

[43] Consid. 19) de la mayoría.

[44] Corte IDH, caso "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua", op. cit.

El alto Tribunal explicó asimismo que los sistemas de jurados y los de tribunales técnicos son sistemas disímiles, con reglas diferentes, señalando cuáles son los orígenes de la exigencia de motivación de la sentencia, solo aplicable a los segundos.

Al respecto expresó que tal exigencia por parte de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo –no electivo- en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones. Es distinto cuando el mismo pueblo, representado por algunos de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén garantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte de un juez profesional[45].

Al armonizar el argumento de la falta de motivación del jurado con la unanimidad, analizada en el acápite precedente, la CS señaló que "*…la ausencia de expresión de fundamentos en los veredictos –que es propia de los jurados- no impone la inexorable exigencia legal de unanimidad de votos porque la falta de motivación expresa de estos*

[45] Consid. 19), con cita del fallo de la CIDH, "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, op. cit., párr. 257.

veredictos no ha impedido el ejercicio efectivo del derecho a la revisión amplia de las decisiones judiciales…"[46].

Podría agregarse que no varían tanto las posibilidades recursivas contra la condena, respecto de la dictada por jueces técnicos; lo que varía es la base objetiva sobre la que deben sustentarse los agravios. Al explicar la ausencia de agravio para la defensa, Cristian Penna señala que la amplitud recursiva no se altera, sino que solo cambia la dinámica del litigio del recurso. El autor formula la siguiente explicación:

- Si el agravio reposa en una errónea decisión sobre la admisibilidad de prueba, los argumentos del recurso tendrán apoyo en el registro de la audiencia de etapa intermedia;

- Si el agravio atañe a la conformación del jurado, el apoyo estará en el registro de la audiencia de *voir dire*.

- Si el agravio se basa en algún comportamiento indebido del juez o del fiscal frente al jurado, el fundamento estará en el obligatorio registro en video de la audiencia de juicio;

- Si el agravio reposa en una errónea interpretación del derecho sustantivo, el control recursivo reposará en el registro del debate de las instrucciones y sobre las instrucciones escritas del juez;

[46] Consid. 19) de la mayoría.

- También se apoyará en las instrucciones y en el registro su litigio cualquier interpretación atinente al principio de la duda razonable y la carga de la prueba o a los criterios de valoración de la prueba;

- Finalmente, si el agravio se vincula con cuestiones de hecho y prueba, los argumentos del recurso podrán tener sustento en los registros de audio y video obligatorios[47].

Es interesante anotar que una afirmación de la CS en "Canales", consignada más arriba, mereció un atinado cuestionamiento de Jorge Sandro. Allí donde el Tribunal expresa "*…pese a la ausencia de fundamentación escrita es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado…*"[48], el autor mencionado reflexiona: "*No se ha notado que, por su naturaleza, el veredicto en sí es irrecurrible (no se lo cuestiona) y por tanto a los fines de revisión no importa en absoluto el número de votantes por la culpabilidad o la ausencia de exteriorización de los motivos (íntima convicción). El imputado o su defensa están habilitados, en cambio, para el control amplio de la sentencia condenatoria dictada por el juez que suma las reglas de impugnación propias del recurso común y las especiales previstas para el juicio por jurados*".

[47] Cristian Penna, op. cit., pág. 89.

[48] Considerando 19).

Y concluye: "*Ese control permite revisar los hechos, la prueba y el derecho sin cortapisa, actividad que opera, esencialmente, sobre las instrucciones escritas impartidas por el juez al jurado y el examen de los registros de la audiencia (obligatorios) con relación al principio de duda razonable. El procedimiento satisface íntegramente, en tales condiciones, el estándar del precedente "Casal" (Fallos: 328:3399)*"[49].

5. <u>Conclusiones</u>:

El juicio por jurados presenta una doble faceta, ya que opera como garantía individual de los acusados y simultáneamente como derecho político de la ciudadanía a participar del Poder Judicial.

Así parece entenderlo la CS, cuando señala que el jurado clásico es una alternativa que permite conjugar la "precisión" propia del saber técnico con la "apreciación" propia del saber popular, congregando la garantía inherente al debido proceso y la percepción de la realidad propia de una decisión basada en el sentido común. En concreto, los representantes del saber técnico se encargan de controlar que el camino hacia la decisión se encuentre balizado conforme a reglas procesales previas y precisas (debido proceso adjetivo); y los representantes de la opinión popular se encargan de

[49] Jorge Sandro, op. cit. pág. 65/66.

construir una conclusión prudencial sobre la base del sentido común (debido proceso sustantivo)"[50].

Las bondades del modelo de jurados es resaltada una vez más por la Corte en la última frase del fallo "Canales": "*El ejercicio deliberativo previo a la toma de decisiones relevantes –como el veredicto de un jurado popular- posee un efecto positivo para todos los participantes. En esa línea, se puede hablar del "valor epistemológico" de la construcción de consensos (Nino, Carlos). La proyección multiplicadora de esta experiencia de aprendizaje derrama sus beneficios sobre la comunidad permitiendo "generar ciudadanía*".

Al margen de las firmes directrices presentadas por el alto Tribunal en abono del sistema analizado, debe repararse, en idéntico sentido, la inequívoca tendencia de las provincias argentinas por implantar el jurado como modelo de enjuiciamiento penal en cada una de sus jurisdicciones. En esta dirección, resulta insoslayable mencionar que el propio Congreso Nacional dictó la ley 27.063, mediante la cual aprobó un Código Procesal Penal de la Nación, reformado luego con el título Código Procesal Penal Federal (ley 27.482), el cual prevé una ley interna de jurados (art. 249) limitada al ámbito nacional/federal e inaplicable, a futuro, en las jurisdicciones locales.

[50] Consid. 20) de la mayoría

La implementación del jurado a nivel federal debería, incluso, concebirse en términos de obligatoriedad respecto de aquellos delitos específicos que, por revestir cierta gravedad, debieran quedar comprendidos en la ley que regule el sistema[51].

En "Canales" la CS rechazó el agravio fundado en que la ley neuquina no contemplaba, en favor del imputado, el derecho a renunciar de esta modalidad de enjuiciamiento. Señaló en tal sentido que el jurado puede regularse de modo tal que resulte irrenunciable para el acusado[52]. En su voto concurrente el juez Rosatti ahondó el concepto, precisando que "…*el juicio por jurados no debe ser entendido solo como un derecho individual del imputado, y por ende renunciable, sino que debe ser concebido como un modelo institucional de administración de justicia que expresa la participación del pueblo en la administración de justicia penal. Dicho de otro modo: en nuestro sistema constitucional, el juicio por jurados supone no solo -o no tanto- el derecho de una persona a ser juzgada por sus pares sino -fundamentalmente- el derecho del pueblo a juzgar*"[53].

En suma, el juicio por jurados debiera ser constitucionalmente obligatorio para el universo de los destinatarios, consistiendo la garantía

[51] El Congreso Nacional deberá evaluar qué delitos deben quedar comprendidos en el modelo de jurado; y si corresponde incluir los delitos contra la Administración Pública.

[52] Confr. Considerando 16) de la mayoría.

[53] Considerando 9).

individual, de manera implícita, en la facultad del imputado de requerir su funcionamiento dentro de las condiciones operativas establecidas por la ley (la garantía es el juicio por jurados)[54]. Por este motivo sería constitucionalmente objetable la última regla del art. 22 bis del CPP de la provincia de Buenos Aires, que en caso de pluralidad de imputados prevé que la renuncia de uno solo de ellos excluye la integración del tribunal de jurados[55].

En igual dirección se pronuncia Cristián Penna: "*De acuerdo a la faceta del jurado como derecho político de la ciudadanía, podría ser cuestionada la inclusión de una opción de renuncia unilateral al sistema en*

[54] Esa sería la diferencia fundamental con la Constitución estadounidense, en donde su VI Enmienda lo concibe como un derecho del acusado, que puede ser renunciado por este.

[55] El art. 22 bis reza: "*En el plazo previsto en el art. 336, el imputado, personalmente o por intermedio de su defensor, podrá renunciar a la integración del tribunal con jurados, en cuyo caso el tribunal se conformará de acuerdo con lo establecido en el art. 22*"*… En caso de existir pluralidad de imputados, la renuncia de uno de ellos determinará la integración del tribunal de conformidad a lo establecido en el art. 22"*.

De hecho, la Sala IV del Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires, en el caso "Díaz Villalba" declaró la inconstitucionalidad del mencionado artículo por resultar violatorio de la garantía de juez natural consagrada por el art. 18, CN, y demás pactos internacionales de jerarquía constitucional. Los jueces señalan: "[E]*n tanto existe un Juez más "natural" que otros jueces, el cual no es otro que el jurado popular...*".

Por su parte sostiene Jorge Sandro: "*No existe la hipotética 'garantía' constitucional de renunciar a su aplicación* (jurados) *aunque la práctica esté muy difundida*" (op. cit., pág. 64). En sentido crítico a esta norma del C.P.P. de la Pcia. de Bs. As., también Florencia Castro, en "*Juicio por jurados: ¿derecho u obligación? Principios jurídicos implícitos y explícitos*", en DPyC 2020 (marzo), 158, Thomson Reuters.

cabeza del acusado –como, por ejemplo, confiere la legislación de la provincia de Buenos Aires"[56].

En torno al requisito de unanimidad, aun cuando la Constitución Nacional omite regularlo en forma expresa, su admisión deviene constitucional a partir de una interpretación originalista e histórica de sus cláusulas, constituyendo así una garantía esencial del juicio por jurados. Es evidente que nuestros constituyentes tuvieron en miras la Constitución Federal y la Carta de Derechos de Estados Unidos al instaurar el instituto. Y estos han sostenido largamente y desde sus comienzos que la exigencia de unanimidad es una garantía esencial del juicio por jurados (a partir de "Ramos", extensiva a los Estados locales)[57].

Incluso podría afirmarse su vigencia por vía de la interpretación sistémica, pues al considerarse una garantía esencial del instituto juradista, inherente a éste, de protección y resguardo de otras garantías fundamentales del proceso (principio de inocencia, derecho de defensa en juicio, debido proceso e igualdad ante la ley), la exigencia

[56] C. Penna, op. cit., pág. 75. En contra, Fernando Díaz Cantón, para quien se trata de una garantía renunciable. Sostiene que el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires resuelve aceptablemente la aporía sobre "*sentencia motivada con posibilidad de control amplia pero sin jurados, vs. Veredicto de jurados sin motivación y con control deficiente*", en "*La motivación de la sentencia condenatoria y del veredicto de jurados y sus posibilidades de revisión*", ponencia general en el XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en Santiago del Estero, 2017. También acepta la posibilidad de renuncia Alberto B. Bianchi, "*El juicio por jurados. La participación popular en el proceso*", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1999, p. 138 y Hernán Gullco, en "*El juicio por jurados ante la Corte Suprema de la Nación*", en RDP, 2019-7, 1349. Se trata indudablemente de una decisión legislativa de pura política criminal.

[57] Sólo el Estado de Oregon mantiene, hasta el momento, el sistema de mayorías.

garantizadora se encontraría implícita de conformidad con lo normado en el artículo 33 de la Constitución Nacional.

En cuanto a la frecuente crítica dirigida al jurado relativa a la falta de preparación de sus integrantes, su falta de conocimientos jurídicos o idoneidad para desempeñarse en el cargo, conviene tener en cuenta que la decisión del jurado no es de carácter técnico-jurídico, sino que constituye una decisión política relativa a la trascendencia que el caso asume para la comunidad. La declaración de culpabilidad habilita la aplicación de la ley penal del Estado, por sus órganos propios y en cualquier sentido (condena o absolución) en tanto que la declaración de inocencia impide, directamente, la actuación de la ley penal sustantiva. Los jurados no sustituyen al juez técnico, simplemente autorizan o niegan, en nombre del pueblo, el juzgamiento de la conducta analizada.

Consecuentemente, lo ideal es que los ciudadanos que conforman el jurado carezcan de nociones técnicas sobre la ley y que se limiten a aplicar el criterio valorativo práctico de la comunidad que en tales circunstancias representan.

Jorge Sandro apunta en este sentido un argumento sumamente convincente al señalar que la imputación de un delito supone, en el aspecto subjetivo, el conocimiento real de los presupuestos objetivos del tipo (dolo), y la posibilidad de comprender la antijuridicidad de la acción que se realiza. No se exige, por cierto, un conocimiento técnico preciso de la ley violada,

sino exclusivamente, en ambos niveles, el saber común del lego o del profano. Es debido a eso que, por ejemplo, los elementos normativos del tipo (jurídicos y culturales) pueden y deben ser aprehendidos, para que haya dolo, tanto por el hombre común como por los juristas (de lo contrario, sólo éstos podrían delinquir) y también cualquier persona debe estar en condiciones de comprender la ilegitimidad de su comportamiento.

Cuando la ley penal exige, como presupuesto de la pena, la posibilidad de "*comprender la criminalidad del acto*" y dirime situaciones taxativas que excluyen esa comprensión (art. 34 inc. 1º del Código Penal), está reconociendo -sostiene Sandro- a los destinatarios de la norma (en general, todas las personas de la comunidad) la aptitud judicativa suficiente para fundamentar el reproche de la acción contumaz. "*Es totalmente absurdo, entonces, admitir que el ciudadano pueda comprender la criminalidad de un acto propio (convirtiéndose en delincuente) y no esté en condiciones, empero, de comprender la criminalidad de un acto ajeno, si se trata de juzgar a otro con las mismas pautas de valoración social que a él le incumben*"[58].

Creemos, en atención a todo lo expuesto, que debería repararse la omisión, ya demasiado prolongada, que el Congreso Nacional tiene con el texto constitucional y dictar en consecuencia una ley que observe las

[58] Jorge A. Sandro, "*Reflexiones sobre el jurado popular*", en L.L. 1992-A, 876.

características esenciales del jurado[59], esto es: i) que se integra con doce ciudadanos que votan el veredicto por unanimidad para condenar o absolver; ii) la participación de las partes en la conformación del jurado en una audiencia de selección de jurados o *voir dire*; iii) las instrucciones legales del juez, acogiendo o rechazando la acusación y utilizando para ello el sistema de la íntima convicción en la valoración de la prueba, siendo irrecurrible para el acusador el veredicto de no culpabilidad; iv) la posibilidad de las partes de recusar sin causa a un número limitado de jurados; v) el carácter final y definitivo de su veredicto. Estas características deben ser preservadas como un valor de raíz constitucional, por ser parte integrante de la garantía de juicio por jurados que no en una sino en tres disposiciones recepta nuestra Constitución Nacional.

Creemos que la ley que finalmente termine por consagrar el modelo de enjuiciamiento a nivel federal debería limitarse a aquellos delitos que sean capaces de generar una percepción intuitiva sencilla y que revistan cierta gravedad. Asimismo, entendemos que la ley debería contemplar, en párrafo especial, la forma en que habrán de tramitarse aquellos juicios que presenten hechos múltiples o cuenten con diversas personas acusadas, o puedan prolongarse mucho en el tiempo, a fin de no frustrar la garantía

[59] Y tiene que hacerlo a pesar de que la jurisdicción federal/nacional en el ámbito de CABA quede prácticamente vacía de contenido a raíz del traspaso de los delitos "ordinarios" a dicho ámbito, como provincia autónoma. En otras palabras, hacerlo a pesar de que sean posiblemente muy excepcionales los juzgamientos por jurados de casos de narcotráfico, secuestro extorsivo o enriquecimiento ilícito de algún funcionario del gobierno federal.

bifronte que implica el modelo de jurados, tanto para los acusados como para el pueblo de participar en el juzgamiento, conforme lo marca la Constitución Nacional.

Cabe agregar que el jurado es ante todo una institución política y eminentemente republicana cuya contribución a la democracia es tan importante como la del sufragio universal. No solo porque permite la participación de la gente en el ejercicio de la jurisdicción, sino porque el jurado sirve para comunicar el espíritu de los jueces a las mentes de todos los ciudadanos; es una escuela que contribuye a formar el juicio e incrementar la inteligencia natural de las personas. Puede que no sea útil para las partes del litigio, pero es altamente beneficiosa para aquellos que tienen la tarea de decidirlo: es la manera más eficaz de educar a la gente en cuestiones propias del deber ciudadano.

Alguna vez dijo el *Justice* Hugo Black:

"*El derecho al juicio por jurados es concedido a los acusados con el propósito de prevenir la opresión por parte del gobierno. Aquellos que escribieron nuestra Constitución sabían por experiencia y por conocimiento de la historia que resultaba necesario protegerse contra cargos criminales infundados, llevados adelante para eliminar a enemigos, por parte de jueces demasiado pendientes a los requerimientos del poder. Los padres fundadores se esforzaron por crear un Poder Judicial independiente, pero insistieron en preservarse contra el poder arbitrario.*

Acordándole al acusado el derecho a ser juzgado por un jurado compuesto por sus pares le permitió protegerse contra las acciones del fiscal corrupto o irrazonable y contra un juez complaciente, parcial o excéntrico. Si el acusado prefiere el sentido común y juicio de sus pares, en lugar del conocimiento más profundo, pero menos simpático del juez profesional, puede ejercer su derecho. La garantía del juicio por jurados en la Constitución federal y en las constituciones de los estados que componen la Unión reflejan una decisión fundamental respecto del ejercicio del poder oficial: una desconfianza en conferir poderes absolutos sobre la vida o libertad del ciudadano a un solo juez o a un grupo de jueces. Temor al poder sin límites encontraron en el derecho criminal la insistencia de la participación comunitaria en la determinación de la culpabilidad o inocencia de un acusado"[60].

Ciertamente, creemos que la instauración del juicio por jurados tiene que traer aparejada, también, la innovación en el vocabulario, para ajustarse al entendimiento raso del ciudadano que puede llegar a ser jurado, quien difícilmente está en condiciones de comprender abstracciones técnicas o disquisiciones dogmáticas inaccesibles al sentido común.

Claro, en el análisis de su implementación también deben considerarse cuestiones obviamente presupuestarias, que tienen que ver con aspectos de infraestructura, edilicios, recursos humanos y tecnológicos

[60] En Duncan vs. Lousiana (391 U.S. 145, de 1968).

apropiados, capacitaciones, registros audiovisuales, debiendo recogerse, en tal sentido, las experiencias de aquellas provinciales que ya han instaurado el modelo de jurados en sus respectivas legislaciones.