



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

ACERCA DE LAS RECOMENDACIONES DE UN “CONSEJO CONSULTIVO PRESIDENCIAL PARA EL FORTALECIMIENTO EL PODER JUDICIAL Y DEL MINISTERIO PÚBLICO”

José Raúl HEREDIA

RESUMEN. Por Decreto 635/2020, de 29 de julio, el Presidente de la Nación conformó un Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público nombrando a sus integrantes –un total de once juristas- con la finalidad de elaborar un dictamen con propuestas y recomendaciones, sobre la base de los siguientes ejes [art. 4°]: a) Corte Suprema de Justicia; b) Consejo de la Magistratura de la Nación; c) Ministerio Público de la Nación; d) eficaz cumplimiento del mandato constitucional respecto del juicio por jurados; y e) finalización del proceso de transferencia de competencias en materia penal no federal a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y manera de reasignar funciones a los valiosos recursos humanos con los que cuenta el actual fuero Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Previó asimismo dicha norma que el dictamen debía adoptar la forma de propuestas y recomendaciones por mayoría de los integrantes del Consejo Consultivo, incluyendo las propuestas y recomendaciones que cada integrante quisiera expresar de forma individual o conjunta.

La decisión presidencial y la integración del Consejo han sido motivo de diversas críticas, que no desconozco pero que no son materia de estas notas. He concebido las mismas en tanto ya se ha expedido el referido colectivo de juristas sobre temas de trascendencia institucional.

Aunque de modo breve y parcial, en una primera aproximación, me adentro en un análisis de aspectos de las recomendaciones que dicho Consejo Consultivo [CC] ha emitido para la consideración del Presidente de la Nación. Se trata de observaciones a las propuestas y no de sentar las propias en cada tema.

ABSTRACT. By Decree 635/2020, July 29, the President of the Nation formed an Advisory Council for the Strengthening of the Judicial Power and the Public Ministry, appointing its members - a total of eleven jurists - in order to prepare an opinion with proposals and recommendations, based on of the following axes [art. 4]: a) Supreme Court of Justice; b) Council of the Magistracy of the Nation; c) Public Ministry of the Nation; d) effective compliance with the constitutional mandate regarding trial by jury; and e) completion of the process of transferring powers in non-federal criminal matters to the Autonomous City of Buenos Aires and a way to reassign functions to the valuable human resources available to the current National Criminal and Correctional jurisdiction of the Federal Capital. Said norm also provided that the

opinion should take the form of proposals and recommendations by a majority of the members of the Advisory Council, including the proposals and recommendations that each member would like to express individually or jointly.

The presidential decision and the integration of the Council have been the subject of various criticisms, which I am not unaware of but which are not the subject of these notes. I have conceived them while the aforementioned group of jurists on issues of institutional importance has already been issued.

Although briefly and partially, in a first approach, I go into an analysis of aspects of the recommendations that said Advisory Council [CC] has issued for the consideration of the President of the Nation. These are observations to the proposals and not to establish their own in each item.

I. Corte Suprema. Recurso extraordinario. Control de Constitucionalidad. Art. 280, CPrCCFed. Acción autónoma.

1. Algunos consejeros,¹ se explicita, recomiendan que se sancione una ley orgánica que a efectos de terminar con la dispersión normativa que rige en la actualidad, regule de forma integral la estructura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo relativo a su composición, organización, funcionamiento, jurisdicción y competencia. Entre las llamadas *Cuestiones generales*, el CC aborda lo atinente a los requisitos formales que deben cumplir los escritos de interposición del recurso extraordinario federal y del recurso de queja por denegación de éste indicando la consecuente derogación de la Acordada CS 4/2007.

Sobre esa Acordada escribí una nota que titulé “*La insoportable levedad de la Acordada 04/07*”; mediante ella se instruyó a los abogados –a fin de descargar la tarea de la Corte- acerca de cómo se debía escribir un recurso extraordinario. Y el Tribunal “bajó” a aspectos muy menores, como la cantidad de palabras, renglones, espacios y tamaño de letra que se debían observar en cada página del escrito que no podía –no puede hoy- superar las cuarenta. En rigor, la propia Corte se aparta a menudo de esa Acordada.²

¹ Hago constar que me atengo a la publicación del informe completo en Palabras del Derecho - <http://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/2176/El-informe-completo-del-Consejo-Consultivo-para-la-reforma-de-la-Justicia-Federal-> en que se aclara que el mismo les fue remitido por el Consejero Andrés Gil Domínguez.

² Ver por ejemplo: “2º) Que el Tribunal, en uso de su sana discreción, considera que dicho incumplimiento -exceder en algunas de sus páginas el límite de 26 renglones al que alude el art. 1º del reglamento- no constituye un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la vía recursiva atento a la índole de la cuestión planteada (art. 11 del citado reglamento)” [Di Federico Darío

De modo que su superación –coincido con el Consejero Dr. Arslanian que una ley no debería intentar derogar una Acordada pero sí superarla con previsiones que la Corte estaría precisada a adoptar- a mi juicio es plausible; como lo es también la supresión -que igualmente se recomienda- del mal llamado “*certiorari*” que en la práctica es una “plancha” sin ningún fundamento para inadmitir el recurso. Si los tribunales de grado actuaran de modo semejante para adoptar sus decisiones, seguramente la Corte descalificaría esos pronunciamientos con apelación a la doctrina de la arbitrariedad de sentencia.

Es claro que estos mecanismos fueron decididos pensando en la descongestión de los asuntos que la Corte debe tratar anualmente, que son muy numerosos. Esta preocupación no ha escapado al CC; pero habrá de verse si ha acertado en sus recomendaciones.

2. Se hace constar en el dictamen que el consejero Gil Domínguez recomienda que el recurso extraordinario federal sea interpuesto directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación para ser evaluada su admisibilidad y posterior tramitación. Subsidiariamente, adhiere a la eliminación del depósito como requisito para la interposición del recurso de queja por denegación de recurso extraordinario federal. En lo primero, me parece que podría suceder un retroceso si los profesionales debieran acudir a estudios jurídicos de la ciudad de Buenos Aires para que efectúen la presentación o viajar en su defecto con incremento del potencial peligro de pérdida del plazo; ahora se hace ante el tribunal de instancia definitiva en cada provincia con el recaudo de constituir domicilio en la órbita de la Corte. Esto es más compatible con nuestro régimen federal de gobierno. Podría cambiar la cuestión si se admitiese siempre la presentación virtual.

En lo segundo, aparece como una exigencia del irrestricto acceso a la jurisdicción la eliminación del depósito como recaudo previo. El derecho a los recursos integra el derecho a la tutela judicial efectiva.³

3. El consejero Palermo, parcialmente de acuerdo con la propuesta del consejero Gil Domínguez, recomienda que se analice la posibilidad de que, una

Alejandro c/ Banco Santander Río S.A. y otros s/ despido, 19 de noviembre de 2020 (MJ-JU-M-129117-AR|MJJ129117|MJJ129117)]. El problema es la “sana discreción” de la Corte.

Puede consultarse la muy extensa tesis doctoral *EL ‘CERTIORARI’ Y LA JURISDICCIÓN DISCRECIONAL DE LOS SUPERIORES TRIBUNALES*, de LEANDRO J. GIANNINI - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - Universidad Nacional de La Plata, 22 de octubre de 2013. [<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/33017>]

³ Véase EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA por Ángela FIGUERUELO BURRIEZA [Temas Claves de la Constitución Española, *tecnos*, Madrid, 1990, esp. PP. 81-86].

vez dictada la sentencia definitiva, se habilite un plazo considerable, que puede ser de treinta (30), sesenta (60) o noventa (90) días, para interponer una acción autónoma directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la cual, en reemplazo del recurso extraordinario federal, se peticione el tratamiento de la cuestión constitucional que se plantea en el caso.

Las ampliaciones sucesivas de su competencia que a lo largo del tiempo fue realizando la Corte para entender en el control de sentencias de los tribunales de grado inferior federales y provinciales, ha convertido a esa máxima instancia en una casación nacional no prevista en la Constitución como tal. Es claro que los abogados hemos considerado muy positiva la doctrina de la arbitrariedad de sentencia –que sintetizó magistralmente Genaro Carrió en su conocida obra- que ha permitido descalificar fallos francamente insostenibles. Pero como nos enseñaba César Enrique Romero el recurso por arbitrariedad se erige en una suerte de intervención federal en el poder judicial de las provincias. Ha de notarse que en base al artículo 116, C. N. ha dicho la Corte: “La competencia atribuida por el art. 116 de la Ley Fundamental a la Corte y a los tribunales inferiores de la Nación con respecto a las causas que versen sobre puntos regidos por las leyes de la Nación, encuentra como límite la reserva hecha en el inciso 12 del art. 75, y por consiguiente la demanda que se funda directamente en la falta de validez de una ley local por considerarla contraria a las disposiciones de las leyes de ‘derecho común’ debe ser juzgada por los jueces locales, ya que su aplicación le corresponde a ellos al caer las cosas de que se trata bajo su jurisdicción”.⁴

La reserva hecha en el inciso 11 del art. 64 (1853) {art. 67 [11 (1860)], hoy 75 (12)} por los representantes de la Provincia de Buenos Aires que revisaron la Constitución de 1853, sobre la que vuelvo más abajo, en verdad tuvo en mira resguardar las autonomías provinciales más allá de las disímiles interpretaciones que esa enmienda provocó en sus autores, entre éstos Vélez Sarsfield, y en otros ajenos a esa reforma, como el caso de Alberdi a los que me he referido en notas anteriores. De modo que la tarea de controlar la correcta aplicación del derecho común –uno de los propósitos del recurso de casación- es ajena a la Corte con estricto apego a la letra de la Constitución.⁵

⁴ Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite en “CAVALLO ALVAREZ, SANDRA ELIZABETH c/ COLEGIO UNICO DE CORREDORES INMOBILIARIOS DE LA PROV. DE SALTA s/ACCION MERAMENTE DECLARATIVA DE DERECHO” FSA 016491/2015/CS00114/11/2017 – Fallos: 340:1606.

⁵ 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

Ha podido decir la Corte:

...nuestro recurso extraordinario responde al modelo de los jueces controladores de la legislación; el recurso de casación proviene del modelo de legisladores controladores de las sentencias. Originariamente, la casación fue un típico recurso propio de un Estado legal de derecho; el recurso extraordinario lo es, de un Estado constitucional de derecho.

...el llamado objetivo político del recurso de casación (el de unificar la interpretación de la ley), 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 [*SIC.*] 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 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". "...Que desde 1853 -y pese a las múltiples ocasiones en que se lo ha desvirtuado o desviado- nos rige el mandato de hacer de la República Argentina un Estado constitucional de derecho. Nunca en su sistema se puede concebir un recurso que tienda a quebrar las sentencias de los jueces para imponer una única voluntad interpretativa de la ley, con el afán de no desvirtuar la voluntad política del legislador ordinario..."⁶

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.

⁶ En "CASAL", *Fallos*: 328:3399. o. (20 de septiembre de 2005 9. "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 judicial, 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). (Del diputado Julián Barraquero durante el debate de la ley 4055, citado por Manuel José

3 bis. Nota. Quisiera recordar a modo de homenaje estos conceptos del doctor Julio MAIER aunque yo mismo no los haya compartido íntegramente:⁷

El centro de nuestro control de constitucionalidad federal y de la competencia de nuestra Corte Suprema ha sido y es la ley 48. Estimo que ha llegado el tiempo de derogarla y reemplazarla sustancialmente. Tengo en cuenta que, por fuera de la competencia originaria de la Corte, la Constitución sólo observa que a ella se llega “por apelación”, esto es, por recurso contra una decisión judicial. Propongo, por ello, que la Corte sea el único organismo de control constitucional federal y a ella se pueda llegar cuando alguien sostenga que una ley, en principio aplicable al caso, no deba aplicarse a él por reparo de constitucionalidad. De ello debería desprenderse la terminación del llamado “sistema difuso” de control, que de manera alguna aparece textualmente en la Constitución, para ser reemplazado por un “tribunal constitucional”, nuestra Corte Suprema, único tribunal competente para escrutar la constitucionalidad de una ley. Los detalles, tales como si se puede llegar a ella antes de la decisión final o después de ella, deberían conversarse y evaluarse si se cuenta con la voluntad política de reformar de raíz el sistema (...) / No nos es posible crear un “Tribunal constitucional” a la manera europea, con querrela de inconstitucionalidad en abstracto (como sucede en la CABA con un sistema bien interesante que se debe estudiar), pues para ello necesitaríamos modificar la Constitución, pero yo recomendaría que (...) se estudie esa posibilidad.

II. Corte Suprema. Consultas.

4. La consejera Herrera y los consejeros Arslanian, Beraldi, Gil Domínguez y Palermo propician, entre otras recomendaciones “[...] c) analizar la posibilidad de incorporar la facultad de realizar consultas no vinculante a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por parte de los diversos órganos de gobierno, respecto a la constitucionalidad de proyectos de ley, aprobación de convenios o tratados, reglamentos del Poder Ejecutivo o entes descentralizados u otros instrumentos normativos que puedan dictarse en el ámbito de su competencia”.

Se trataría de incorporar herramientas de un nuevo modelo de control de constitucionalidad ajeno al que hasta ahora impera en Argentina desde los casos “Sojo” y “Elortondo” en que la Corte comenzó a adoptar el control difuso, no

García-Mansilla, V. *¿Es constitucional la división de la Corte Suprema en salas?*, en Revista Jurídica Austral | Vol. 1, N° 2 (diciembre de 2020): 451-498, Facultad de Derecho, Universidad Austral].

⁷ V. MAIER, Julio B. J., *La democratización del Poder Judicial Un espacio de debate sobre los cambios en la Justicia* [<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/09/doctrina37129.pdf>].

Expuse mis discrepancias en *DESORDEN SOCIAL Y DERECHO - NOTAS SOBRE EL AMPARO, MEDIDAS CAUTELARES Y EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD* [publicada en Pensamiento Penal Doctrina 37129_0].

preventivo.⁸ Reaída la decisión en el ámbito de una acción declarativa de certeza promovida por la Presidenta del Senado con el objeto de disipar la presunta incertidumbre sobre la validez constitucional de sesiones no presenciales o remotas del Cuerpo –sentencia de 24 de abril de 2020-, pudo pensarse que la Corte habilitaba un diálogo entre poderes que incluía la consulta preventiva de constitucionalidad. Pero he entendido que esa aseveración es ajena a lo dicho en los tres votos que se emitieron en ese pronunciamiento trasuntando tres posturas que aparecieron como una sola.⁹

Enseñaba Joaquín V. González:

No pueden, pues, los jueces de la Corte y demás inferiores, hacer declaraciones generales ni contestar a consultas sobre el sentido o validez de las leyes: su facultad para explicarlas o interpretarlas se ejerce solo aplicándolas a las cuestiones que se

⁸ “[...] surge el control de constitucionalidad de las leyes, el cual, como lo ha sostenido la doctrina de ambas Cortes Supremas, no está explícitamente establecido en los textos constitucionales, pero surge según reiterada jurisprudencia, de los poderes implícitos del Alto Tribunal, como Tribunal de Garantías Constitucionales. y de las normas legales como la Ley Judicial (Judiciary Act) de 1789 para EE.UU. y nuestra Ley 48 de 1862. A partir de estos artículos de la Constitución de los EE.UU., surgió lo que se ha dado en llamar como el sistema americano’’ o ‘sistema difuso’, por el cual, todo tribunal que integra el Poder Judicial, cualquiera sea su fuero o jerarquía, ejerce no solamente la jurisdicción ordinaria de los procesos comunes, sino además, y esto es realmente importante, ejerce asimismo la jurisdicción constitucional actuando el control de constitucionalidad de las leyes y los actos estatales” [Ricardo HARO - Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) “*MARBURY V. MADISON*”: *EL SENTIDO CONSTITUYENTE Y FUNDACIONAL DE SU SENTENCIA* - Con motivo del Bicentenario de su pronunciamiento: 1803-2003 (<http://www.acader.unc.edu.ar>)]. Puede verse también *Un estudio comparativo de los tribunales federales en los Estados Unidos y en la Argentina* por Alberto B. BIANCHI - ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES, noviembre de 2018. Y *El control constitucional de la reforma a la Constitución* por Roberto RODRÍGUEZ GAONA. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III, 2005.

Remito a la importe disertación del Dr. Juan Ignacio SAÉNZ, *La Corte Suprema como tribunal constitucional* en la Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 4 de junio de 2008 [V. ANALES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS – INSTITUTOS - 2008, pp. 3-38].

⁹ Ver de nuestra *autoría ACCION DECLARATIVA DE CERTEZA Y UN SINGULAR RECHAZO ACERCA DEL FALLO DE LA CORTE ANTE UNA PRESENTACIÓN DE LA PRESIDENTA DEL SENADO* en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2020.

suscitan o se traen ante ellos por las partes, para asegurar el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones.

El ilustre autor citado abona sus aseveraciones con remisión a antiguos fallos de la Corte; entre ellos en el que dijo: “No puede pedirse a la Suprema Corte, que emita su opinión sobre una ley, sino aplicándola a un hecho y señalando al contradictor”. “La facultad de la Suprema Corte, de aplicar é interpretar las leyes, se ejerce solo aplicándolas a las controversias que se suscitan ó traen ante ella, para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones”. “No puede la Suprema Corte, aplicar las leyes sino a los casos ocurrentes”. [*Fallos*: 2:254, de 14 de noviembre de 1865]. En rigor, la Corte –la primera, cuyos miembros juraron ante Mitre con la incorporación después de Gorostiaga- se remitió, para declararse incompetente, al dictamen del Procurador Francisco Pico].

Muy recientemente, a mi modo de ver, se ha ratificado por la Corte esta doctrina en cuanto enfatiza que los aspectos relacionados con la formación de la leyes “...solo son susceptibles de control de constitucionalidad por el Poder Judicial en la medida en que se verifique una vulneración de los requisitos mínimos e indispensables para que exista la ley. **Esta verificación jurisdiccional exige necesariamente una ponderación posterior y no previa a su implementación, y la existencia de un caso o controversia que habilite la actuación de los tribunales de la Nación, en el marco de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional**”.¹⁰

III. Acción popular declarativa de inconstitucionalidad pura o abstracta.

5. Asimismo, la consejera Herrera y los consejeros Gil Domínguez y Palermo recomendaron incorporar una acción popular declarativa de inconstitucionalidad pura o abstracta en la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tenga por objeto exclusivo la impugnación constitucional y convencional de leyes. Dicha acción tendría reenvío al Congreso en caso de declaración de inconstitucionalidad o inconventionalidad para que dicho órgano en un plazo máximo de tres meses acepte la sentencia o ratifique la ley con una mayoría de dos tercios de los miembros presentes.

Se trata según pienso de un añadido completamente ajeno a la cultura de la Constitución y contrario a su texto –una nueva institución-, que le concedería a la Corte potencialidad para imponer sus decisiones al Congreso exigiendo una mayoría calificada o agravada para la sanción de leyes aunque esta no haya sido

¹⁰ Voto del doctor Rosatti *in re* Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza, 24/04/2020. *Fallos*: 343:195.

prevista en la Constitución. No alcanza una reforma legal para esto, hay que reformar la Constitución misma. Obsérvese, si la ley en cuestión ha sido sancionada cumpliendo con los mandatos constitucionales para su formación, por mayoría no agravada porque no lo exige así la Ley Fundamental, entonces, por vía indirecta se exigiría una mayoría no prevista fundada en una sentencia de la Corte.

El derecho de las provincias ha previsto lo que se ha dado en llamar un *control de constitucionalidad atípico* por cuanto la declaración por los Tribunales Superiores de invalidez de una ley, más de una vez, tiene el efecto de provocar su derogación.¹¹ Caracterizada doctrina ha entendido que se trata de una previsión inconstitucional por cuanto el poder judicial de ese modo cumple un rol de legislador *-legislador negativo* en el control diseñado por Kelsen-¹² violentándose de esa suerte el principio republicano de separación de poderes – artículo 5º, C. N.-. Pero el instituto ha adquirido raigambre en el derecho público.

En el orden federal no existe una tal previsión y tampoco otra que le conceda a la Corte iniciativa parlamentaria, como se ha previsto en constituciones provinciales, lo que habilitaría al tribunal a presentar proyectos de leyes con miras a reemplazar o rectificar las que entendiera como no válidas. Con la aclaración de que el instituto provincial solo habilita la iniciativa parlamentaria para normas de organización y de procedimientos judiciales.¹³

¹¹ El doctor MAIER se detiene a examinar el control de constitucionalidad, en relación con las facultades expresas y ausentes, según él nos dice, del Tribunal Superior de Justicia en la ciudad de Buenos Aires en un análisis que remite a normas del derecho constitucional o público provincial –se refiere, por ejemplo, a lo que en esta nota llamo con autorizada doctrina control atípico de constitucionalidad en algunas provincias, por el efecto derogatorio de la ley que él provoca- y hace ilustradas consideraciones de derecho comparado [V. “*El control abstracto de constitucionalidad*”, Rev. CONTEXTOS, 2011, 01, p. 8].

¹² “La doctrina constitucional europea, en especial la francesa y la alemana, se planteó el tema al final de la Gran Guerra, coincidentemente con la caída del Imperio Austro-húngaro y el nacimiento de nuevos países, uno de los cuales fue Austria. Aquí, como se sabe, se planteó por vez primera la creación de un Tribunal Constitucional a efectos del control constitucional en sentido amplio, y así consta en el proyecto de Hans Kelsen de 1918, que fue posteriormente sancionado por la Asamblea Nacional Provisional de 1919, y finalmente en la Carta austríaca de octubre de 1920. / Poco antes, lo había consagrado en su novísima Constitución de febrero de 1920 la recién creada Checoslovaquia, pero si bien es anterior a nivel constitucional, la gestión, creación y consolidación posterior se dan en Austria...” (GARCÍA BELAÚNDE).

¹³ La Constitución de Córdoba concede la iniciativa a través del Poder Ejecutivo: “(...) 5. Elevar a la Legislatura por intermedio del Poder Ejecutivo proyectos de leyes sobre organización y funcionamiento del Poder Judicial” [Art. 166]. La del Chubut directamente: “ARTÍCULO 176. El Superior Tribunal de Justicia puede enviar a la Legislatura proyectos de ley relativos a las siguientes materias: / Organización y procedimientos de la Justicia. / Organización y

IV. División en salas. Tribunal intermedio de arbitrariedad.

6. La división en salas es una recurrente propuesta que suele retomarse con la idea de agilizar las causas y al mismo tiempo garantizar una especialización por materias. Con prestigiosa doctrina, he pensado siempre que nuestra Corte es una sola –artículo 108, C. N.-.¹⁴ En el derecho constitucional provincial se ha previsto de modo expreso en los textos lo que no se previó en el orden federal, la posibilidad de que las Cortes y Superiores tribunales se dividan en salas.¹⁵

Sin embargo pueden mencionarse antecedentes en lo relativo a la división en salas de la Corte.¹⁶ Obsérvese que en la ley que cito –de febrero de 1960- a pie de página se permitía que las decisiones finales se adoptasen por cada sala, salvo en

funcionamiento de los servicios conexos a la justicia o de asistencia judicial”. La Constitución de la Provincia del Neuquén establece: “Supremacía de la Constitución. Art. 16. – Toda ley, ordenanza, decreto u orden contrarios a esta Constitución, no tienen ningún valor y los jueces deben declararlos inconstitucionales. / La inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Superior de Justicia, en ejercicio de su jurisdicción originaria, produce la caducidad de la ley, ordenanza, decreto u orden en la parte afectada por aquella declaración”.

¹⁴ “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): de Juan María Gutiérrez durante el debate legislativo de la Ley 182, sesión del 14 de julio de 1858 [citado por Manuel José García-Mansilla, V. *¿Es constitucional la división de la Corte Suprema en salas?, op. y lug. cits.*].

¹⁵ V.gr.: Córdoba, Integración / Artículo 164. El Tribunal Superior de Justicia está integrado por siete miembros, y puede dividirse en salas. Elige anualmente entre sus vocales un Presidente. Chubut, ARTICULO 163.- El Superior Tribunal de Justicia se compone de no menos de tres miembros y no más de seis, pudiendo dividirse en salas conforme lo determine la ley...Entre Ríos, ARTÍCULO 187.- El Superior Tribunal se compondrá por un número impar de miembros que no podrá ser inferior a cinco. Podrá dividirse en salas que entenderán en las distintas materias del derecho, en el número que lo requieran las necesidades judiciales..., etc.

¹⁶ Ley 15.271: “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. Basta 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”.

La ley 23.774 (de 5 de abril de 1990) amplió el número de miembros a nueve pero no previó la división de la Corte en salas.

lo relativo a su competencia originaria o para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad en que debía actuar en pleno.

Para mantener la unidad del Cuerpo –*una* Corte como dice la Constitución- se ha podido entender que bastaría la concurrencia del presidente del mismo.¹⁷ Pero debe decirse que la Corte jamás hizo uso de la facultad concedida para dividirse en salas.¹⁸

Nuestro Maestro César Enrique Romero se pronunció en contra de la posibilidad de dividir en salas a la Corte: “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”.¹⁹

7. La idea de aliviar la carga de tareas de la Corte Suprema -que, especialmente a través del recurso por arbitrariedad de sentencia, se ha erigido en un tribunal de casación, como lo señaló hace ya tiempo Augusto Mario Morello- reconoce antiguos sostenedores. Se ha llegado a proponer una Corte o Tribunal de Casación con competencia para revisar también los fallos de última instancia recaídos en cada provincia. Fue pensamiento de Rodolfo Rivarola, por ejemplo, y hasta se ha presentado algún proyecto de ley en el Congreso.

En la Constitución de 1949 se resolvió así la cuestión:

ART. 93: Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución; por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 11 del art. 68.../ La Corte Suprema de Justicia conocerá, como Tribunal de Casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos a que se refiere el inc. 11 del art. 68. / La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la

¹⁷ “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]. [Del Diputado Manuel Argañaraz quien propuso aumentar el número de jueces de la Corte Suprema y dividirla en tres salas al debatirse la Ley 4055 (1901)- Citado por Manuel José García-Mansilla, *op. y lug. cits.*].

¹⁸ V. *¿Es constitucional la división de la Corte Suprema en salas?*, por Manuel José García-Mansilla, *op. y lug. cits.*

¹⁹ *Ibídem.*

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.

Obsérvese que la Corte era **una**²⁰ y se mantenían las atribuciones históricas añadiéndose las correspondientes a un tribunal de casación, esto de un modo expreso en el texto de la Constitución lo que implicaba una nueva delegación de las provincias no contemplada en los textos fundacionales.

Como he manifestado en otra ocasión,²¹ la idea de una Corte o Tribunal de Casación ha sido expuesta a lo largo del tiempo por diversos autores y debatida en Jornadas y Congresos. Y la idea de unificación de la interpretación de la ley, una de sus funciones, fue desarrollada de antiguo por Rodolfo RIVAROLA como recordé entonces.²² Su postura significaba detraer a las provincias competencias que les son propias según su lectura de la atribución de códigos –hoy artículo 75 (12), C. N.-.

He destacado asimismo que en la “Convención del Estado de Buenos Aires, encargada del examen de la Constitución federal”, respecto de la atribución 11 del artículo 64 se planteó su reforma según se aprecia enseguida:

²⁰ Art. 89. - El Poder judicial de la Nación será ejercido **por una Corte Suprema de Justicia**, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.

²¹ En *REFLEXIONES SOBRE LA DEMOCRATIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL - UN CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE BASE POPULAR - LA PARTICIPACIÓN POPULAR EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*, (marzo de 2013) [En Rev. Pensamiento Penal, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/05/doctrina36128.pdf>].

²² “...toda ley civil supone una administración de justicia que deberá aplicarla. Toda aplicación supone a su vez unidad de interpretación o entendimiento. Aquélla exige una jerarquía judicial que termine en un tribunal supremo, y se pronuncie sobre la variedad y con ella la incertidumbre sobre el sentido de interpretaciones de la ley, que resulta de sus aplicaciones por el criterio individual de diversos jueces o tribunales”. Básicamente, él pretendía que el Código Civil, único, sancionado por el Congreso, tuviera una única interpretación en todo el país. Propuso a la Comisión reformadora del Código Civil –creada por el Presidente Alvear en 1926- , que él integró, incorporar una norma en los títulos preliminares con dicha finalidad. Sostuvo: “(...) En la organización argentina, la diversidad de autoridades de las cuales emanan las leyes -Congreso o Convención Constituyente- Poder Legislativo Nacional y legislaturas provinciales- ha suscitado controversias de interpretación y de doctrina y aun errores que fueron con el tiempo disipados. Baste recordar el hoy definitivamente abandonado, según el cual la legislación de fondo corresponde al Congreso Nacional y la de forma a la legislación provincial”. “Estas distinciones no están ni estuvieron nunca en el texto de la Constitución ni en su espíritu...” (...) “Las frases de fondo y de forma tuvieron, aun en la enseñanza del derecho importancia tal que se llegó hasta separar del Código Civil, en los cursos y programas, numerosas prescripciones ‘de forma’ que se incorporaron en los cursos de procedimientos”.

“...La Comisión, reconociendo el buen espíritu de esta sanción, por lo que respecta a la codificación, porque cuanto ella tiende a la uniformidad de la legislación, ha tenido presente lo que se dice en el artículo 97, que “corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Confederación, el conocimiento y decisiones de todas las causas que VERSEN SOBRE PUNTOS REGIDOS POR LA CONSTITUCIÓN Y POR LA LEYES DE LA CONFEDERACIÓN”, y siendo los Códigos regidos por la Constitución y pudiendo los Códigos considerarse como leyes de la Confederación, podría deducirse de esto que los tribunales de Provincia no tienen jurisdicción civil, ni criminal, una vez dictados tales Códigos por el Congreso. Por más atentatorio que esto sea a la soberanía provincial y al buen régimen de la administración interior en el orden federativo, tal es la interpretación lógica del artículo. Por esto, la Comisión ha creído deber adicionar el inciso 11 del art. 64, explicando que los Códigos que el Congreso dictare no alterarán las jurisdicciones dadas, y la aplicación de las leyes que se contuviesen en los Códigos nacionales, corresponderá a los tribunales provinciales o federales, según que las cosas o las personas cayesen bajo sus respectivas jurisdicciones”.

Este es el origen del actual inciso 12 del artículo 75, C. N.

En el Primer Congreso de Ciencias Procesales, reunido en Córdoba en 1939, se sostuvo que la unificación que propiciaba Rivarola, aunque necesaria, no podía realizarse sin previa reforma de la Constitución o por medio de acuerdos interprovinciales; semejantemente se pronunció el II Congreso Nacional de Derecho Procesal, reunido en Salta en 1948.²³

²³ Apréciense la antigüedad del debate: Salta, 12 al 19 de setiembre de 1948. Tema II: Conveniencia de modificar la Constitución para uniformar la legislación procesal, establecer la casación en todo el país, federalizar la justicia del trabajo y establecer recaudos para la designación y ascensos de jueces. *El II Congreso Nacional de Derecho Procesal, declara:* (44) Para el caso de una reforma de la Constitución es conveniente que se establezca la facultad del Congreso de la Nación para dictar una legislación uniforme básica para todo el país... [Nota: hoy prohibida, no delegada, arts. 5º, 75 (12), 121, 122, C. N.] ...sin perjuicio de las facultades de las provincias para dictar sus normas orgánicas judiciales y las normas supletorias de adaptación local, ya que según se estableció en el Primer Congreso de Ciencias Procesales, reunido en Córdoba en 1939, esa unificación es necesaria pero no puede realizarse sino previa reforma de la Constitución o por medio de acuerdos interprovinciales. [Nota: lo que hoy es regla –y lo era en 1948– pasaría a ser *supletorio*, esto es, otro diseño de poder]. / (45) Que aun cuando se admita que la Corte Nacional de Casación puede ser establecida por ley del Congreso, como lo declaró la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, reunida en Tucumán en el año 1936... [Nota: como recordé en una nota anterior, a esa Conferencia asistió Rodolfo Rivarola y su pensamiento unitario privó, aun con serias divergencias, con el auxilio del insigne Alberto Gaspar Spota. Allí se declaró la conveniencia de “instituir una jurisdicción nacional de casación, para fijar la interpretación de los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería y demás leyes del derecho privado dictadas por el Congreso de la Nación, con carácter general para toda la República”. Se añadió que “esta jurisdicción debe ser ejercida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ampliándose a tal efecto el número de sus ministros y estableciéndose la división en salas que se crea conveniente”.

Como señalo, es un tema que de tanto en tanto reaparece: se han presentado proyectos de leyes en el Congreso con el objeto de crear el Tribunal Nacional de Casación.²⁴

8. Se hace constar en las Recomendaciones del CC que las consejeras Herrera y Sbdar y los consejeros Arslanian, Beraldi, Gil Domínguez y Palermo recomendaron la creación de un tribunal intermedio. Aunque hubo distintas visiones en torno a cómo debería ser dicho tribunal. Gil Domínguez y Herrera plantearon un “Tribunal de Sentencias Arbitrarias”, dividido en salas por especialidad, que entienda comoalzada de las Cámaras Federales, Casación y los Superiores Tribunales de las Provincias. Palermo propuso un “Supremo Tribunal Federal” para tratamiento de sentencias arbitrarias y casación penal y no penal en la justicia federal. Arslanian, por su lado, establecer un tribunal federal de casación no penal, dividido en salas por especialidad.

A su vez, Sbdar consideró que es conveniente la creación de un tribunal de casación intermedio, como instancia de unificación de la jurisprudencia respecto del derecho federal y también del derecho común que deban aplicar los jueces federales y, por último, Beraldi postuló un tribunal que sería competente en los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión interpuestos contra las sentencias definitivas o equiparables a tales dictadas por las Cámaras Federales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en lo Contencioso Administrativo Federal y de la Seguridad Social, con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las Cámaras Federales de Apelaciones con asiento en el interior del país.

En contra de la propuesta de un tribunal intermedio se pronunciaron las consejeras Battaini, Kogan y Weinberg. Fundaron su posición en que crear una instancia entre los Superiores Tribunales de las Provincias y la Corte Nacional es inconstitucional.

Adelanto que acuerdo con esta última postura como puede suponerse por lo que vengo de decir.

Hay que poner cuidado en advertir que no se trata tan solo de una cuestión de organización judicial y de procedimientos sino que estamos nada menos que en el ámbito del diseño del poder que ha consagrado la Constitución del país. La

Se consideró posible que tal jurisdicción se estableciera mediante ley de la Nación “con tal que la Corte se limite a fijar estrictamente la interpretación de los códigos y no a su aplicación, reservada a las provincias]... la diversidad de opiniones que se expusieron en esa oportunidad y el amplio debate que ella suscitaron demuestran la conveniencia de que, en una próxima reforma constitucional se incluya una cláusula expresa en ese sentido.

²⁴ Jorge R. VANOSSI propuso la creación de un Tribunal Nacional de Casación integrado por un juez por cada provincia y uno por la Capital Federal [V. Obra Legislativa, Buenos Aires, Imprenta del Congreso, 1987-88, t. II, pp. 148-162].

Corte es una creación del derecho de la delegación, la delegación que históricamente hicieron las provincias para fundar el gobierno federal. De modo que la revisión que hace el máximo tribunal de las sentencias que recaen en los poderes judiciales de las provincias es fruto de esa delegación –arts. 116, 117, C. N.-. Pero las provincias conservan todo poder no delegado expresamente –art. 121, 122-; y no se encuentra entre sus delegaciones una segunda Corte o Corte intermedia con competencia para revisar los fallos de los tribunales locales. Una cosa es que se creen órganos inferiores a la Corte en el orden federal –art. 117- y otra distinta es que se consagre una jurisdicción que se ejercería por apelación, de carácter intermedia, para recurrir decisiones jurisdiccionales provinciales. Esto requeriría una reforma constitucional. El Congreso carece de facultad para invadir las esferas provinciales en la administración de justicia –arts. 1º, 5º, 116, 117, 121, 122, C. N.-. Es la supremacía de la Constitución lo que habilita a la Corte a revisar sentencias recaídas tanto en el orden federal como en el provincial, pero esto surge de la Ley Fundamental –arts. 31, 116, 117, C. N.- y es una atribución solo a ella deferida.

La regla es la de la enmienda de 1860 según he recordado: los Códigos que el Congreso dictare no alterarán las jurisdicciones dadas, y la aplicación de las leyes que se contuviesen en los Códigos nacionales, corresponderá a los tribunales provinciales o federales, según que las cosas o las personas cayesen bajo sus respectivas jurisdicciones –art. 75 (12), C. N.-. Es esto lo que enfatiza la Corte cuando desecha recursos porque *los agravios esgrimidos remiten al examen de materias de derecho común y procesal ajenas, como regla y por su naturaleza, al ámbito del recurso reglado en el art. 14 de la ley 48*; aunque en muchísimas ocasiones ella misma se aparta de esa regla con invocación de la doctrina de arbitrariedad de sentencia *-cede cuando se configura un supuesto de arbitrariedad que descalifica al pronunciamiento apelado, cuando el fallo carece de la fundamentación necesaria para la validez del acto jurisdiccional, o en tanto lo decidido solo satisface de manera aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a los hechos de la causa, dicho a modo de ejemplos-*. Pero es una potestad que la propia Corte ha extraído para sí, que algunos autores han dado en llamar *creación pretoriana* encontrando al recurso por arbitrariedad de sentencia estrictamente ajeno al texto de la ley 48. Claro que la Corte es la intérprete final de la Constitución y ha podido fundar esa doctrina superando la solución solo legal; pero reitero, aunque de aplicación por cualquier tribunal en el país, es de su competencia revisar finalmente en base a ella las sentencias de los tribunales provinciales.²⁵

²⁵ Ley 48, Art. 14. – 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**

Podrá decirse que la ley 48 es pasible de reforma –que igualmente se recomienda por el CC- pero la interpretación cuasi fundacional que ella ha hecho de las potestades de la Corte es compatible con el diseño de poder que consagra la Constitución.

Un argumento acaso de menor jerarquía institucional, pero que reviste enorme importancia práctica, señala que en rigor podría causarse más demoras que alivios en la tarea de la Corte y en el derrotero de las causas judiciales: es que no se podría impedir –no se podría impedir válidamente por ley con la Constitución vigente- que se reclamara a la Corte la revisión final de las sentencias aun las que emanaren de un tribunal intermedio o de casación. Habría así una cuarta instancia.

V. Consejo de la Magistratura.

1. Creo, con Alberto Antonio Spota y otros autores,²⁶ que la Convención de 1994 incorporó un instituto ajeno a la cultura de la Constitución y que no logró

Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes: / 1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez. / 2° Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia. / 3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio. [*Destacado mío*].

²⁶ Sostuvo: “El consejo de la magistratura integra e integró siempre, desde que se lo conoce en la Europa continental, un sistema político caracterizado por un conjunto de estructuras que le son coetáneas, y además que lo condicionan”. Agregó que el Consejo - y los antecedentes que lo configuraron - se da en determinada época, en función de ciertas circunstancias y en ciertos lugares de la tierra, concluyendo en que el Consejo de la Magistratura es una institución absolutamente ajena al sistema político de distribución de poderes a la manera norteamericana (V. “*El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional*”, en diario La Ley del 22 de setiembre de 1955, pág. 1).

En el mismo sentido: “La ubicación del Consejo de la Magistratura Nacional dentro del esquema político institucional argentino y su composición, han sido objeto de profundas discusiones por parte de la doctrina local por varios motivos. El primero de ellos -y a nuestro criterio el principal- se debe a que los Consejos de la Magistratura fueron pensados y diseñados dentro del marco del sistema político e institucional de los países de Europa continental y luego tomados como modelo por la Constitución y legislación argentinas, sin tomar demasiado en consideración que existen diferencias esenciales entre estos sistemas políticos y el adoptado por nuestro país” [*Informe sobre el consejo de la magistratura de argentina*, por Sebastián Tedeschi, Demián Zayat, Gonzalo Bueno, Soledad Pujó, Verónica Torgovnick, Rodrigo Alcalá y Faustino Locría, en *Los Consejos de la Magistratura de Argentina, Bolivia, El Salvador, Paraguay y Perú*,

consensos suficientes para “cerrar” el modelo en todo caso. La remisión a la ley con pautas muy flexibles –art. 114, C. N.- permite que cada legislatura intente su propia solución. Lo muestran las distintas recomendaciones del CC. En su informe se hace constar, entre otras recomendaciones:

Las consejeras Herrera y Sbdar y los consejeros Arslanian, Beraldi, Ferreyra, Gil Domínguez y Palermo recomendaron: / - Modificar la integración actual del Consejo de la Magistratura basado en un criterio de igualdad de todas las representaciones (3 estamentos y el ámbito académico y científico), las que deberían tener igual cantidad de miembros (25% del total reservado para cada una de ellas); siendo esta paridad la que mejor recepta la noción de “equilibrio” que demanda el art. 114 de la Constitución Nacional. / - Se sugiere integrar el cuerpo con un total de dieciséis consejeros/as, cuatro de cada una de las representaciones mencionadas. La Presidencia contaría con doble voto para dirimir supuestos de empate. / - A los efectos de asegurar la participación igualitaria de todos los estamentos en la conducción del órgano, se sugiere que la Presidencia sea ejercida de forma rotativa entre todas las representaciones, por plazo de un año y con alternancia de género. / - A los fines de dar un trato igualitario a todas las personas que revisten cargos de consejeras/os se sugiere que todas las representaciones sean con dedicación exclusiva. / - Todas las representaciones deberían respetar la paridad de género y el federalismo. En esta línea se observa que los proyectos de ley sobre paridad de género presentados en el Congreso de la Nación deben involucrar tanto al Poder Judicial y al Ministerio Público como al Consejo de la Magistratura de la Nación. / - Respecto de la representación política en el Consejo de la Magistratura de la Nación se sugiere que: I) su integración debería reflejar mayoría y minoría parlamentaria, siempre respetándose la conformación de género y el federalismo; y II) pueda ser asumida por los/las propios/as legisladores/as o por representantes de este estamento. / - Respecto de la representación de los/as abogados/as resultaría adecuado que se integre por miembros de la Federación Argentina de Colegios de Abogados 23 (FACA) y del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) respetando los principios de igualdad de género y federalismo. En este punto, el consejero Ferreyra puntualizó que se debe referir a la matrícula federal y electos en forma directa por sus pares. / - En relación con la representación de los/as académicos/as y científicos/as se sugiere integrarla con miembros provenientes no sólo del ámbito del Derecho (por ejemplo, del Consejo Permanente de Decanos y Decanas de universidades nacionales o del Consejo Interuniversitario Nacional) sino también de otras profesiones y especialidades, sin que sea necesario para los últimos contar con el título de abogado. / - Mandato de cuatro años sin renovación para consejeros o bien con posibilidad de renovar por otro período idéntico mediando un intervalo garantizando así el principio de periodicidad de los mandatos. / - A los fines de la elección de consejeros/as se

revista latinoamericana de política criminal, Directores David Baigún - Juan Bustos Ramírez, 2003].

debería celebrar audiencia para que los miembros de la sociedad puedan conocer a sus futuros integrantes. / - Sobre la forma de funcionamiento se postuló: I) el quórum que se debería establecer es el de la mitad más uno de la totalidad del cuerpo; II) ningún estamento pueda tener mayoría propia; y III) ningún estamento pueda tener capacidad de bloqueo funcional. / - Sobre la integración de las Comisiones de Selección y Escuela Judicial, Disciplina y Acusación, Administración y Financiera y Reglamentación se debe respetar el equilibrio entre estamentos. / - Profundizar la transparencia del organismo, limitar los asesores por consejero y establecer un mínimo de reuniones periódicas en el órgano.

2. A los veinticinco años del Consejo General del Poder Judicial español escribió Terol Becerra: ²⁷

Las críticas más numerosas y de mayor calado en que se ha visto envuelto el Consejo comparten entre sí la característica de contestar las diversas soluciones ofrecidas por el legislador al modo de designar a sus vocales judiciales. A cuyo propósito, no está de más recordar que en el debate constituyente se dejaron oír voces de Diputados y Senadores favorables y contrarios a que los Consejeros judiciales fueran elegidos por la judicatura misma. Pues el dato ayuda a interpretar el silencio al respecto del art. 122.3 de la Constitución como una indefinición calculada en la que ambos tipos de solución son posibles. De hecho, el legislador orgánico ha ensayado una fórmula detrás de la otra hasta finalmente combinarlas del modo que contempla la legislación vigente.

... la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial nació con una vocación de transitoriedad marcada por la urgencia de poner en funcionamiento el Tribunal Constitucional, y acaso, también, por el propósito razonable de contar con un interlocutor cualificado al que escuchar a la hora de confeccionar la Ley definitiva... Sin embargo, nada hacía presagiar en 1980 que esa provisionalidad terminaría alcanzando al sistema previsto en ella para la propuesta de los vocales judiciales del Consejo, como finalmente sucedió. Téngase presente a este respecto que, en virtud de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, tales consejeros judiciales serían elegidos mediante la fórmula que contempla la Constitución para designar a los miembros no judiciales del Consejo, de modo que, a la postre, todos los consejeros serían propuestos por el Congreso de los Diputados y el Senado mediando una mayoría favorable al efecto de tres quintos en cada Cámara. Considérese además que la solución hasta aquí descrita de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, era, según sus mentores, más democrática y politizaba menos el Consejo que cualquier otro tipo de representación corporativa que se instaurase.

²⁷ TEROL BECERRA, Manuel José. Veinticinco años del Consejo General del Poder Judicial. Revista de Derecho Político, [S.l.], n. 58-59, ene. 2003. ISSN 2174-5625. Disponible en: <<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8914>>. Fecha de acceso: 10 mar. 2021 doi:<https://doi.org/10.5944/rdp.58-59.2003.8914>.

Resulta claro que se nutren en el tiempo debates en torno al mejor modelo de Consejo si la Constitución remite su composición a la ley; ha pasado en todas partes.²⁸ Es un tema que la mejor cultura política debería abordar para superar las críticas que arrecian hoy sobre esta institución; claro, será menester que la cooperación supere a la confrontación [FRÍAS].

Nota. Pero es cierto igualmente que como órgano de poder es pasible de múltiples presiones y asechanzas; lo vemos en el Consejo del Chubut cuya Constitución “cerró” el modelo. El diseño de la Constitución histórica de 1957, que no instauró un Consejo pero que requirió que los abogados propusieran ternas al Superior Tribunal, permitió diversas regulaciones a lo largo del tiempo; la Constitución de 1994 pretendió que no se repitiera esa práctica y desechó las “recomendaciones” que pretendían que se dejara a la ley orgánica los aspectos esenciales de su composición. La primera normativa, de 1995, adquirió cierta estabilidad en el tiempo pero en estos días se ha desatado una corriente reformista que persigue provocar un sesgo corporativo en desmedro de la participación popular en el Cuerpo. Los abogados son más que los consejeros populares –ocho sobre un total de catorce, más un representante del gremio de empleados- y los reglamentos internos redactados por los técnicos ya potenciaban y potencian la representación corporativa. Casi siempre –una vez no ocurrió- la presidencia recae en un letrado, abogado del foro o magistrado judicial. Han logrado que se sancione una reforma a la ley orgánica. Y se persigue la mayor burocratización del Consejo.

Se repiten presiones para que el Consejo en Chubut se asiente definitivamente en la ciudad capital, Rawson, como los demás órganos de poder, lo que, entre otros daños a la institución, provocaría la erección de un nuevo edificio y de una burocracia sin límites recargando los presupuestos sin ningún beneficio; esto no ocurre hoy porque el Consejo es el órgano de poder más *federal* en la provincia dado que no tiene asiento fijo y se traslada por las distintas circunscripciones judiciales según las vacantes que deban cubrirse. Lo único permanente es la secretaría que reside en el lugar en que vive el

²⁸ En Paraguay: “La Constitución de 1992 con el objetivo de hacer efectivo el principio de independencia judicial, confió la selección de los futuros magistrados al Consejo de la Magistratura, un cuerpo colegiado extra-poder y de composición plural. Es un órgano extra-poder, porque no integra la estructura de ninguno de los poderes constituidos y tampoco se constituye en poder propio” (...) La institución articulada por los constituyentes pretendió plasmar un diseño selectivo de jueces prescindentes de criterios estrictamente políticos como ocurría con el anterior esquema constitucional en el cual prevalecían tales parámetros con la intervención casi hegemónica del Poder Ejecutivo. Esta pretensión no se cristalizó en los hechos (...) ya que siguen prevaleciendo injerencias político-partidarias en la selección y designación de magistrados que no hacen sino confirmar los mismos vicios, aunque bajo una dinámica diferente, si advertimos que la intervención de representantes de distintos órganos y estamentos complejizan el lobby de los interesados, precisamente porque deben prestar una especial atención de las mayorías coyunturales que se ostentan en dicho cuerpo” [V. *Informe sobre el consejo de la magistratura de paraguay*, por Alfredo Enrique Kronawetter, Miguel Angel Urbina y Paola Palavecino, en revista latinoamericana de política criminal, *op. cit.*].

presidente de turno, la función de concejero popular es carga pública y no perciben dietas o sueldos y los demás miembros son costeados por sus respectivos mandantes; tampoco tienen secretarios o asesores.

VI. Ministerio Público [MP].

1. Desembarcó en la Constitución en la reforma de 1994 vía artículo 120 como *órgano extrapoder* según opinión doctrinaria. El convencional A. M. HERNÁNDEZ dijo en el seno de la Convención: “El Ministerio Fiscal ha sido ubicado en la Sección Cuarta —nueva sección—, dentro del Título Primero de la Segunda Parte de la Constitución —o sea la parte orgánica, el derecho constitucional del poder- como órgano extra poder” [p. 4818].²⁹

Habrà de observarse que ya en los debates en el seno de la Convención se señalaron ausencias notables en la norma; ejemplificando, el modo de **designación**, de **cese** o la **duración en el cargo**. Sobre este último aspecto se deja constancia por los Consejeros [CC]:

Las consejeras Battaini, Herrera, Kogan, Sbdar y Weinberg y los consejeros Arslanian, Bacigalupo, Beraldi, Ferreyra y Palermo se pronunciaron por la temporalidad de los mandatos de los titulares de los dos organismos que conforman el Ministerio Público.

Las consejeras Herrera y Sbdar y los consejeros Arslanian, Beraldi, Ferreyra y Palermo recomiendan que el mandato para el cargo de Procurador General y Defensor General observe las siguientes consideraciones: I) El mandato tenga una duración de cinco años renovables por un periodo (en la misma forma en que fueron nombrados) y II) Las elecciones de los titulares de ambos Ministerios Públicos no sean en años electorales o, al menos, no vincularlos de manera directa con el año que se elige la cabeza del Poder Ejecutivo.

...Por su parte, el consejero Gil Domínguez recomendó que al ser el Ministerio Público un órgano extrapoder, independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera y conforme surge de los debates de la Convención Constituyente de 1994 el Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación deben durar en su cargo hasta los setenta y cinco (75) años.

²⁹ Dijo a su vez el convencional MASNATTA al informar el dictamen de la mayoría: “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”.

En cuanto a las mayorías para la **designación**, las consejeras Herrera y Sbdar y los consejeros Arslanian, Beraldi, Ferreyra y Palermo recomendaron modificar el actual régimen legal y establecer que el Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación sean designados por el Poder Ejecutivo Nacional con acuerdo de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros del Senado de la Nación. Las consejeras Battaini, Kogan y Weinberg y los consejeros Bacigalupo y Gil Domínguez consideran que el mecanismo actual que rige para su designación (acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes) es el adecuado y no debe ser modificado.

Para la **remoción**, las consejeras Battaini, Herrera, Kogan, Sbdar y Weinberg y los consejeros Arslanian, Bacigalupo, Beraldi, Ferreyra, Gil Domínguez y Palermo postularon mantener el actual régimen legal y que el mecanismo de remoción del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación sea el juicio político previsto por los arts. 53 y 59 de la Constitución argentina.

2. Un repaso de los debates sucedidos en la Asamblea de Santa Fe/Paraná permite citar estas intervenciones:

(Del convencional (por San Juan) ACHÉM): Aquí se han obviado algunas cosas que quisiera me digan si las consideran incluidas (...) ¿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. [p. 4760].

(Respuesta del convencional Barra): En el caso del Ministerio Público, o del ministerio fiscal en general, la Constitución sólo va a definir el modelo para que, en base a ello, el Congreso de la Nación defina su regulación en detalle. [4761]. /... 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. [p. 4761].

(Del convencional Ibarra): ... Quiero recordar que cuando incorporamos la figura del ombudsman en nuestra Constitución establecimos para su forma de designación y remoción una mayoría especial de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de la Cámaras. Además consignamos expresamente que no recibirían instrucciones de autoridad alguna y que gozarían de plena autonomía. / Nada de esto se establece respecto de la regulación del Ministerio Público Fiscal. No se fija la forma de designación ni la de remoción de los fiscales y tampoco aparece la palabra "plena" luego del término "autonomía". No se dice que no recibirán ningún tipo de instrucción. / Advertimos así que le damos muchísima mayor independencia y garantías al ombudsman que a todo el sistema del Ministerio Público Fiscal tan

manoseado y tan manipulado históricamente, y tanto más en estos últimos años. [p. 4768].

(Interviene el convencional Jorge de la Rúa): Mis maestros Alfredo Vélez Mariconde y Ricardo Núñez han sido los propagadores de la autonomía del Ministerio Público a través del moderno sistema procesal penal. De buen grado hubiera preferido un proyecto más desarrollado; quizás no tanto que implique entrar en un reglamentarismo que después se fosilice en una norma constitucional, pero sí para explicitar los principios con mayor precisión. [p. 4769]. / Pero **hasta ayer a las 17 no había Ministerio Público en la Constitución Nacional** que estamos sancionando. **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. Quizás hubieran podido fijarse mayorías especiales como mecanismo de resguardo, pero estamos hablando ahora de un Parlamento estructurado con un tercer senador, donde un partido cualquiera no puede imponer sus leyes y que será sensible a consagrar en esa ley reguladora estos principios esenciales. / Se ha dicho que ni siquiera se han fijado plazos para la sanción de esa ley. Al respecto considero que los plazos son preceptivos, y aun puestos en la Constitución no forzarían al Congreso en la sanción de esta ley.

3. La incorporación del Ministerio Público en la Constitución era necesaria; la norma alcanzada sin duda fue el producto de los consensos posibles. Como dijo el convencional Masnatta ³⁰ la ley debe hacerse cargo de la *fórmula casi alemana* con que se concibió finalmente la previsión constitucional. Las omisiones señaladas durante el debate -que curiosamente estaban perfectamente cubiertas en diversos dictámenes- son materia del Congreso. De nuevo, es un tema para la cultura política: nos enseñó una vez el entrañable Pedro J. Frías: “el derecho no lo puede todo”.

VII. Juicio por jurados.

1. Las consejeras Battaini, Herrera, Kogan y Sbdar y los consejeros Arslanian, Beraldi, Ferreyra, Gil Domínguez y Palermo recomendaron la implementación

³⁰ “La ley futura, en consecuencia, tendrá en cuenta dicha pauta. Asimismo, deberá hacer lo propio con los grandes aportes que se han hecho en el seno de la Convención. Si bien la redacción definitiva que se pone a consideración de este alto cuerpo no refleja la riqueza de ese debate sino que se ha limitado a una fórmula diría casi alemana, sintética o amplia en ella se encuentran en estado germinal todas esas instituciones que manejamos durante tres semanas en el seno de la Comisión y que cuentan con el respaldo de todos sus integrantes”.

por ley del juicio por jurado en el orden federal. Con divergencias entre los consejeros, se postuló la implementación del juicio por jurados en procesos penales. Hubo diferentes criterios en torno a la primera implementación respecto a los delitos que deben ser juzgados por el juicio por jurados y obligatoriedad o no del mismo. Se postuló un sistema de jurado clásico o puro integrado por doce integrantes titulares y cuatro a seis suplentes, integrado en paridad de género y que mitad pertenezca al entorno social y cultural del imputado. A su vez, también la exclusión de procesos que involucran a los adolescentes entre dieciséis y dieciocho años. Andrés Gil Domínguez, por su parte, planteó la procedencia del juicio por jurados para los supuestos no penales que incluyan a los derechos de incidencia colectiva en general previstos por la Constitución Nacional.

2. Es posible señalar en principio estas dos cosas: primero, el argumento de que la Constitución no le impuso plazo al Congreso para legislar el jurado es a esta altura más bien un pretexto y de muy baja calidad intelectual;³¹ segundo, no se trata de un capricho de ilustrados la insistencia para que finalmente se consagre el enjuiciamiento por jurados en el orden federal. Alguna vez recordé que *José Domínguez*, constituyente y miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, autor de un proyecto de ley de jurado popular, sostuvo: ***"No es un consejo sino un mandato imperativo el que establecieron los constituyentes del 53, y hasta la fecha dicho mandato no se cumple"***.

Hay que destacar que ya rige el enjuiciamiento penal *con y por* jurados en más de diez jurisdicciones locales y en otras está proyectado. De modo que han sido las provincias las promotoras del jurado en el país pese a que la Constitución le impuso esa tarea al Congreso –art. 24, C. N.-. Ha de tomarse en cuenta también que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió el primer fallo sobre el juicio por jurados en el caso *"V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua"*, del 8 de marzo de 2018. Sostuvo allí la validez convencional del veredicto general del jurado clásico, del *voir dire*, de las instrucciones del juez y de la íntima convicción del jurado como método de valoración probatoria. Y subrayó que el juicio por

³¹ Este argumento –que en verdad proporcionó Obarrio para apartarse del modelo de enjuiciamiento penal de la Constitución- lo empleó la Corte en un fallo de 7-12-1911 y lo repitió después: *Fallos*: 208:21 (1932 - Ministerio Fiscal c/ "La Fronda"); 165:258 (1947 - Tribuna Demócrata. Tiffenberg, David): "No habiendo impuesto la Constitución Nacional al Congreso, el deber de proceder de inmediato al establecimiento del juicio por jurados, que debe conocer en las causas de delitos cometidos por medio de la prensa, aquél como legislatura local ha podido conferir jurisdicción a los tribunales del fuero común de la Capital, los que son competentes a ese efecto".

Se ha seguido usando el argumento más de ciento cincuenta años después de la inscripción del mandato constitucional: SCJBA, Ac. 91.867 (6-10-2004).

jurados se expande día a día en la región y que es empleado por 21 de los 35 países miembros de la Organización de los Estados Americanos, "siendo el modelo clásico el más utilizado en la región". De modo que hay plena compatibilidad entre las normas constitucionales y convenciones [arts. 24, 75(12), 75 (22) y 118, C. N.].

A su vez, la Corte argentina ha validado expresamente las leyes locales que instauran el juicio *por y con* jurados ³² de modo que al interpretar la atribución del Congreso inserta en los arts. 24, 75 (22) y 118 ha dejado a salvo las potestades de la provincias. ³³ De esa suerte si el Congreso avanza en la instauración del jurado no desestabilizará los modelos locales que seguirán en plena vigencia.

Cabe señalar que mientras el Congreso no ha alcanzado todavía a la Constitución en el tema, una provincia argentina, la del Chaco, ha sancionado con fecha 16 de diciembre de 2020 el proyecto de ley promulgado bajo el N° 3325-B "*Juicios civiles y comerciales por jurado del pueblo de la Provincia de Chaco*", mediante el cual se regula la institución del juicio por jurados por primera vez fuera del mundo del *common law* y se incorporan al ordenamiento jurídico local reglas para tramitar procesos colectivos.³⁴

³² En "Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria, de 2 de mayo de 2019". V. nuestra nota a esa sentencia de la Corte *UN FALLO HISTÓRICO SOBRE EL JUICIO POR JURADOS* – Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2019.

³³ El Superior Tribunal de Córdoba ya había sostenido las facultades de la Provincia para regular en la materia: "Navarro, M. O. s/ p.s.a. homicidio en ocasión de robo – Recurso de Inconstitucionalidad (Expte. "N" 14/05, de 12 de octubre de 2006).

³⁴ El Civil Jury Project (CJP) de la Universidad de New York (NYU) publicó en su página central un artículo del Dr. Andrés Harfuch titulado "*The Story Behind Argentina's New Civil Jury System*" [AADJJ].

Señalamos estos aspectos de la ley del Chaco: 1) El juicio civil será oral y público de manera obligatoria. 2) Establece un jurado civil clásico de doce personas y con veredicto unánime para juzgar un número reducido de materias, como ser acciones de clase, afectaciones colectivas al derecho del consumidor y daños y perjuicios superiores a los 150 salarios mínimos. 3) Regula por primera vez a nivel local un litigio colectivo. 4) Establece por ley la litigación adversarial civil en un juicio oral y público obligatorio. 5) El jurado tendrá igualdad de género. Integrarán el jurado seis mujeres y seis varones. 6) Prevé un Jurado indígena: si el actor y el demandado pertenecen a los Pueblos Wichí, Moqoit o Qom, los doce jurados serán de esa etnia. 7) Prevé una audiencia de descubrimiento (discovery y admisibilidad de la prueba) y de gestión del caso. [V. AAJJ]. Puede verse el despacho íntegro de la Comisión de Legislación General, Justicia y Seguridad en <https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2020/12/despacho-1-pl-juicioxjurados.pdf>

