

Tribunal Oral en lo Criminal n° 9,
causa n° 2112, "García González, Juan Ramón s/ robo en
grado de tentativa en
concurso ideal con resistencia a la autoridad".

Buenos Aires, 24 de febrero de 2005.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en la presente causa n° 2112
acerca del cumplimiento de las prescripciones de la instrucción
(art. 354 C.P.P.N.).

Y CONSIDERANDO:

I.- Que esta causa n° 2112 ha sido remitida a
juicio y llegado a conocimiento de este Tribunal en virtud del
decreto de remisión de fs. 71 firmado por Dr. Javier Reyna de
Allende, a la sazón subrogante a cargo del Juzgado Nacional
en lo Criminal de Instrucción n° 40 de la Capital Federal.

La causa tuvo inicio con la detención, en
situación prima facie de flagrancia, de Juan Ramón García
González llevada a cabo por personal de la seccional 33 de la
Policía Federal el día 27 de diciembre de 2004 a las 0:20 hs
(fs. 4), que labró actuaciones de prevención y que al día
siguiente presentó al detenido ante el Juzgado Nacional en lo
Criminal de Instrucción n° 40 (fs. 38).

Ese mismo día, el doctor Javier Reyna de
Allende, actuando por subrogación ordenó recibir declaración
indagatoria al detenido y le señaló defensa oficial (fs. 39). La
declaración tuvo lugar el mismo día ante el mencionado juez
subrogante, según consta en el acta respectiva (fs. 41), que
además intervino en la dirección del sumario hasta el decreto
de elevación a juicio. En particular, el juez subrogante dictó el
auto de fs. 49/41 por el que decidió: a) el procesamiento del
imputado, por el delito de robo en grado de tentativa en
concurso ideal con resistencia a la autoridad, b) mandar trabar
embargo sobre sus bienes y c) imponerle prisión preventiva.

Por estimar completa la instrucción, el juez
subrogante dio vista al ministerio público (fs. 62) que requirió
la elevación a juicio de esta causa (fs. 63/66), y una vez que
dio posibilidad a la sustanciación que impone la ley (fs. 67), y
al no haberse formulado oposición ni interpuesto excepciones
aquéel dispuso por simple decreto la remisión a juicio (fs. 71).

II.- Que el art. 354 C.P.P.N. impone a los
jueces de los Tribunales Orales que, al recibir el proceso que
se remitió a juicio, en primer lugar verifiquen si se ha dado
cumplimiento a las prescripciones de la instrucción, y sólo una
vez satisfecho ese control, que el presidente formule el

emplazamiento a las partes para comparecer a juicio, examinar las actuaciones, documentos y cosas secuestradas, ofrecer pruebas, e interponer las recusaciones que estimen pertinentes.

El control de las prescripciones de la instrucción es pues imperativo, y comprende la comprobación meramente formal de que el proceso haya sido remitido a juicio por un juez, pues el sistema del Código Procesal Penal de la Nación no admite ningún procedimiento de convocatoria a juicio sin la intervención de un juez, y si han existido además los restantes presupuestos procesales que condicionan la remisión a juicio, tal por ejemplo, la definición del objeto procesal por información policial o por requerimiento de instrucción (arts. 180, 186, 188, 195, C.P.P.N.), que se haya dado al imputado oportunidad de ser oído (arts. 294 y 353 bis, párrafo segundo, C.P.P.N.), en los casos en que la ley lo exige que haya habido resolución de un juez sobre el mérito para que el imputado continúe sometido al proceso (arts. 310 y 353 bis, *a contrario sensu*), que el ministerio público haya formulado pretensión de remisión a juicio (art. 347) que se haya dado posibilidad de sustanciación para presentar oposiciones o interponer excepciones (art. 349), y que los interesados hayan tenido acceso a un juez para que decida sobre esas oposiciones o excepciones (arts. 351 y 341, respectivamente), o en su defecto, que un juez haya decidido si debe clausurarse la instrucción y remitirse el caso a juicio (art. 349, último párrafo).

Además de la comprobación formal para determinar si esos actos han existido, incumbe al Tribunal Oral el examen de oficio de todas las infracciones formales o sustanciales que podrían dar lugar a la declaración de una nulidad de las previstas en los arts. 167 y 168, segundo párrafo, C.P.P.N. (Confr. CNCasación Penal, Sala I, Reg. n° 119, "Irusta, Gustavo P. s./ competencia", 10 de febrero de 1994, consid. 3°).

Ahora bien, el art. 167, inc. 1°, C.P.P.N. declara que se entiende prescripta bajo pena de nulidad "*la observancia de las disposiciones concernientes: 1. Al nombramiento y constitución del juez, tribunal o representante del ministerio fiscal*".

El Tribunal observa que el doctor Javier Reyna de Allende, que intervino como juez en la causa remitida a juicio y que tomó las decisiones que se enumeran en el considerando anterior, no ha sido designado por el Presidente de la Nación, con acuerdo del Senado, después de un procedimiento de selección sustanciado ante el Consejo de la Magistratura (arts. 99, inc. 4, y 114, incs. 1 y 2 C.N., y arts. 13 y concordantes de la ley 24.937), sino que ha sido designado directamente subrogante temporario para cubrir una vacante de juez, por simple resolución de una Comisión del Consejo de la Magistratura. En el caso se trató de la

resolución n° 470/04 de la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial, que ha entendido tener suficientes facultades para ello invocando el Reglamento de Subrogaciones (Res. n° 76/04 del Consejo de la Magistratura), y los arts. 7, inc. 15, de la ley 24.937 —texto según ley 25.876—.

Ahora bien, la ley no faculta meramente, sino que impone a los jueces del tribunal de juicio controlar el cumplimiento de las prescripciones de la instrucción, y en particular si existen causas de nulidad que pudieran nacer de la inobservancia de las disposiciones concernientes al nombramiento y constitución del juez que le remite el proceso. Ese examen, sin embargo, no puede alcanzar al relevamiento de cualquier deficiencia o defecto del nombramiento o constitución del juez, para lo cual el Tribunal carece de jurisdicción, sino que, en los términos del art. 168 C.P.P.N., la jurisdicción debe restringirse a las nulidades definidas en el art. 167, que impliquen violación de normas constitucionales.

Por lo tanto, corresponde que el Tribunal examine si el juez subrogante, que ha intervenido hasta que decidió la remisión a juicio, ha sido nombrado observando las normas constitucionales pertinentes, o de un modo incompatible con ellas.

III.- Que según la distribución de la Segunda Parte de la Constitución Nacional, que define las autoridades de la Nación, el ejercicio del poder en el orden federal se ha distribuido en un Poder Legislativo (arts. 44 y ss.), en un Poder Ejecutivo (arts. 87 y ss.), y en un Poder Judicial (arts. 108 y ss.).

Los jueces no son simplemente empleados del Estado Federal, sino integrantes de uno de sus poderes. Así lo determina el art. 108 de la Constitución Nacional que dice que *"El Poder judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación"*. De tal suerte, cuando se examina la cuestión sobre el nombramiento de los jueces, entra en consideración, en primer lugar, que se trata del modo de integración de uno de los poderes del Estado, cuestión que, por su trascendencia institucional, no ha sido diferida a la libre reglamentación ulterior de un sólo poder en particular, sino que se encuentra expresamente regulada en la Constitución Nacional.

En segundo lugar, si se trata de la distribución de competencias entre los distintos poderes a los que se asigna autoridad distinta en el acto complejo de integración del Poder Judicial, cabe distinguir entre: a) quienes tienen el poder de definición de los requisitos bajo los cuales una persona puede ser considerada elegible como juez de la Nación, respetando la manda de igualdad del art. 16 C.N., b) quienes tienen el poder de definir el resultado de los

procedimientos de selección de la persona entre el conjunto de los elegibles, y c) quienes tienen el poder de nombramiento o designación de una persona para integrar como juez el Poder Judicial de la Nación. Esta distinción es imperativa tan pronto se observa que la Constitución Nacional no ha querido concentrar en un solo Poder del Estado esas tres facultades, sino que las ha repartido entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Al Poder Ejecutivo le ha reservado de modo exclusivo la facultad de nombrar a los jueces que integrarán el Poder Judicial. Así, el art. 99, inc. 4º, C.N., establece que *"El Presidente de la Nación tendrá las siguientes atribuciones:... Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos"*.

Sin embargo, del propio texto surge que la autoridad para nombrar jueces no es absoluta, sino que está en todos los casos condicionada al acuerdo del Senado. En el caso de los jueces de la Corte Suprema, goza de absoluta discrecionalidad en la selección y proposición de los candidatos, pero no puede prescindir del acuerdo del Senado de la Nación. En el caso de los jueces de los tribunales inferiores su discrecionalidad es muy restringida, pues sólo puede elegir y proponer al Senado un candidato que resulte de una terna presentada por el Consejo de la Magistratura, órgano del Poder Judicial. La propuesta en terna no es meramente indicativa, sino vinculante para el Presidente de la Nación, conserva sin embargo discrecionalidad para la elección de uno de los candidatos de los que componen la terna. Obtenido el acuerdo del Senado, sólo el Presidente puede designar un juez del Poder Judicial de la Nación.

Por excepción, cuando el Senado no está disponible para que el Presidente someta a su consideración un candidato a juez, el Presidente de la Nación puede designar uno en comisión, sin contar con tal acuerdo. Así, el art. 99, inc. 19, C.N., prevé que el Presidente: *"Puede llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima Legislatura"*. El Tribunal volverá más adelante sobre el sentido de esta disposición.

No hay en la Constitución Nacional ninguna otra disposición que autorice a algún otro Poder del Estado, u órgano de otro Poder, a nombrar jueces. Sólo el Presidente de la Nación puede designar jueces de conformidad con lo que surge de las dos disposiciones constitucionales citadas.

Ahora bien, la Constitución ha regulado también de manera precisa las facultades del Congreso de la Nación en materias que tienen relevancia para la integración del Poder Judicial. Así, además de la exigencia de acuerdo del Senado a las propuestas de nombramiento de los jueces por el Poder Ejecutivo, el art. 75, inc. 20, ha asignado al Congreso de la Nación "*Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia; crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, [...]*". Esta facultad exclusiva del Congreso se traduce, por ejemplo, en el poder que tiene, ejerciendo una sana discreción, siguiendo criterios de necesidad, oportunidad, mérito o conveniencia, para crear los tribunales inferiores, para crear los cargos necesarios para integrarlos, para definir los requisitos para ser elegible para esos cargos, y para establecer los reglamentos de distribución de competencias y asignación de casos. Así, puede establecer tribunales según grados, materias, turnos o clases de procesos, y determinar su integración y la forma de subrogación de sus integrantes de las más diversas maneras. Empero, esa disposición constitucional no le asigna en absoluto al Congreso la facultad de integrar los tribunales que él ha creado nombrando a los jueces, porque ninguna provisión constitucional le da tal autoridad. De tal suerte, sólo podría reglamentar la subrogación -que no es sino una forma de distribución de tareas y competencias, para lo cual sí tiene facultad y discreción- entre jueces que han sido designados conforme a las disposiciones de la Constitución Nacional.

Adicionalmente, el art. 114 de la Constitución Nacional le asigna al Congreso el dictado de una ley especial sancionada por una mayoría especial que reglamente la integración y las funciones del Consejo de la Magistratura que tendrá a su cargo la selección de los magistrados del Poder Judicial, reglamento que deberá respetar, en particular, las pautas de integración y las atribuciones conferidas por los párrafos segundo y tercero de aquella disposición constitucional.

En efecto, el art. 114 C.N. establece que *"El Consejo de la Magistratura regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados..."*, y define el origen de sus integrantes, difiriendo a esa ley del Congreso la reglamentación del número, proporción y forma de integración. Seguidamente, enumera sus atribuciones, entre las que se cuentan: *"1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores; 2. Emitir propuestas en ternas vinculantes para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores [...] 6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia."*

De esta disposición se sigue que incumbe al Consejo de la Magistratura la tarea exclusiva de selección de postulantes para jueces del Poder Judicial, con excepción de los de la Corte Suprema, y la tarea también exclusiva de proponer al Poder Ejecutivo, con carácter vinculante, una terna de la cual el Presidente debe elegir uno para su nombramiento. No puede pues definir los requisitos para ser postulante, pues eso concierne al Congreso, ni disponer el nombramiento de los jueces que integrarán el Poder Judicial por el procedimiento de cooptación. En ese sentido la autoridad de dictar reglamentos de organización y los necesarios para asegurar la independencia de los jueces o la eficaz administración de justicia, que le atribuye el art. 114, inc. 6, C.N., no puede ser entendido con una extensión que incluya la de nombrar por la sola autoridad de los miembros del Consejo, o de una parcialidad, a los magistrados que integrarán el Poder Judicial.

En síntesis, el nombramiento de los jueces de los tribunales inferiores reviste la naturaleza de un acto extremadamente complejo concebido por la Constitución como salvaguarda para la integración de uno de los Poderes del Estado, en el que deben intervenir los órganos de tres poderes del Estado. El Congreso Nacional tiene la facultad exclusiva de crear los tribunales, y proveer los cargos necesarios para integrarlos, así como de establecer la distribución de competencias y asignación de tareas entre ellos, pero no tiene autoridad para cubrir los cargos que crea y organiza; el presidente tiene la facultad exclusiva de nombramiento, pero no puede crear o suprimir los cargos del Poder Judicial, lo que concierne en exclusividad al Congreso. El Presidente de la Nación tiene discreción en la elección del candidato a ocupar un cargo de los tribunales inferiores creados por el Congreso Federal, pero esa discreción no es ilimitada, pues el candidato deben llenar los requisitos de elegibilidad definidos por el Congreso, y además su margen elección está circunscripto a los postulantes de la terna que le presenta, con carácter

vinculante el Consejo de la Magistratura. Este órgano del Poder Judicial, por su parte, tiene exclusividad en el procedimiento de selección de postulantes y presentación de ternas, pero no puede definir por sí los requisitos para postularse a un cargo, lo que incumbe al Congreso, ni nombrar a ningún juez del Poder Judicial. El nombramiento es privativo del Presidente de la Nación, sujeto a la condición de que el Senado le preste acuerdo.

Esta compleja distribución de poderes es comprensible tan pronto se entiende que está en juego la integración de uno de los poderes del Estado, que tiene por cometido principal *"el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación [...] y por los tratados con las naciones extranjeras"* (art. 116 C.N.). Puesto que los jueces son la última garantía de las personas que se encuentran bajo jurisdicción del Estado argentino (arg. arts. 8, 7, incs. 5 y 6, y 25 CADH), se comprende que por un lado se haya querido garantizar un procedimiento que ayude a una elección y nombramiento conforme a criterios de idoneidad personal, técnica y moral, y política de quien habrá de desempeñarse ejerciendo la magistratura, y que en ese procedimiento complejo se haya dado un papel preponderante a los órganos de los poderes del Estado investidos de representación popular, cuales son el Presidente de la Nación y el Senado de la Nación, dejando la selección de los candidatos y la formación de la terna a un órgano del Poder Judicial que, por su integración, tiene componentes de representación popular más débiles.

IV.- Que examinadas las bases constitucionales y legales que regulan la integración del Poder Judicial de la Nación, corresponde considerar si el proceso llevado a cabo para el nombramiento del Doctor Javier Reyna de Allende como juez subrogante en el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 40 es conforme a esas disposiciones.

Sin perjuicio del análisis constitucional que se viene desarrollando, no aparece como evidente que -tal como habría entendido el Consejo de la Magistratura- el art. 31 del decreto ley 1285/58, texto según ley 24.050, se encuentre derogado por la ley 25.876. El Consejo ha entendido que el inc. 15 del art. 7 de la ley 24.937 autoriza validamente al Consejo de la Magistratura para efectuar la designación de la manera en que lo ha hecho.

Las subrogaciones en los tribunales inferiores de la Capital Federal se encuentran regladas por el art. 31 del decreto Ley 1285/58 según texto introducido por la ley 24.050. Allí se estableció que en caso de vacancias o licencias

las funciones eran desempeñadas por otros jueces de las Cámara Nacional de Casación Penal, los Tribunales Orales y las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, en lo Criminal y Correccional y en lo Penal Económico, y en última instancia por los jueces de Primera Instancia que dependan de la Cámara que deba integrarse. En cuanto a los jueces de primera instancia el art. 120 del Reglamento de la Justicia Nacional, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, establece que los jueces de la Capital Federal se reemplazarán recíprocamente en la forma que cada Cámara disponga.

Es de notar que el art. 2 de la ley 25.876 deroga "*cualquier disposición contraria a la presente ley*". Ciertamente, no se advierte por qué vía puede afirmarse que el texto de la ley 25.876 ha derogado estas normas, sino sólo las que se le opongan. Así, no hay oposición entre esta ley y las anteriores, sino que la oposición ha surgido más tarde entre éstas, y la disposición de rango inferior -el reglamento- que ha adoptado una provisión que se les opone, a partir de una interpretación que requiere de la derogación de las anteriores.

No escapa al Tribunal que el texto del art. 31 en cuanto a la situación en los tribunales federales del interior merecería las mismas objeciones constitucionales de las que se hace cargo esta sentencia sobre el sistema que ha implantado el Consejo de la Magistratura, pero más allá de ello, y restringiendo el análisis al caso que aquí se trata, el art. 31 del Decreto Ley 1285/58 aparece como vigente, y por lo tanto, de aplicación en lo que regla. No existen en el punto facultades de designación delegadas.

Ahora bien, hecha esta salvedad, en el caso ha sido la Comisión de Selección del Consejo de la Magistratura -sesionando con *quorum* estricto- el órgano que ha emitido el acto de nombramiento del juez subrogante por resolución n° 470/04 de 7 de diciembre de 2004. En el texto de la resolución administrativa esa Comisión no se ha arrogado facultades propias, sino que ha invocado el Reglamento de Subrogación dictado por el Consejo de la Magistratura por resolución n° 76/04, y las facultades que a su entender le había delegado el Congreso de la Nación al Consejo para el dictado de ese reglamento, según el art. 7, inc. 15, de la ley 24.937 reformado por ley 25.876.

El citado inciso 15, incorporado por el art. 1 de la ley 25.876, establece que corresponde al Plenario del Consejo de la Magistratura:

" *Dictar los reglamentos que establezcan el procedimiento y los requisitos para la designación de jueces subrogantes en casos de licencia o suspensión de su titular y transitorios en los casos de vacancia para los tribunales inferiores. El juez designado deberá cumplir con los requisitos previstos en el artículo 13, inciso b), primera parte de*

esta ley, y percibirá una remuneración equivalente a la que correspondería al titular.

En los supuestos de vacancia, las designaciones efectuadas en virtud del presente inciso no podrán superar el plazo de doce meses. Dicho plazo podrá ser prorrogado por seis meses por decisión fundada”.

Según se observa, esta provisión remite al inciso b, primera parte, del art. 13, que establece que el postulante deberá ser argentino nativo o naturalizado, ser abogado, tener treinta años de edad y ocho de ejercicio de la profesión para ser juez de cámara, y veintiocho años de edad y seis años de ejercicio profesional para ser juez de primera instancia.

El Consejo de la Magistratura ha invocado estas disposiciones al dictar, por resolución n° 76/04, el Reglamento de Subrogaciones. En ese reglamento ha definido distintos procedimientos según se trate de subrogaciones transitorias para integrar un tribunal en casos de ausencia transitoria o vacancia de corta duración (arts. 2 a 7), de subrogaciones en causas singulares en caso de excusaciones y recusaciones (art. 9), o de subrogaciones prolongadas en caso de vacancias o licencias que superen los sesenta días corridos a partir de que éstas se produzcan (arts. 10 y 11).

El Tribunal toma nota de que la Comisión de Selección ha invocado que se daba el supuesto de hecho del art. 10 del Reglamento, por lo que iniciará el examen de esta disposición, para comprobar si ella se ajusta a la delegación del art. 7, inc. 15, de la ley 24.937, que la misma Comisión invoca.

El artículo 10 del Reglamento de Subrogancias no se restringe a reglamentar “el procedimiento y requisitos para la designación de jueces subrogantes”, como lo enuncia el art. 7, inc. 15, de la ley del Consejo de la Magistratura, sino que avanza sobre las facultades delegadas confiriendo a la Comisión de Selección de Magistrados la autoridad de “designación” de la persona del juez subrogante, que podrá consistir en una mera asignación de un juzgado o posición en un tribunal a personas que ya están investidas de jurisdicción por contar con nombramiento previo según la Constitución, o consistir en un verdadero “nombramiento” de una persona que hasta el momento no había sido nombrada juez por el Presidente de la Nación de conformidad con los procedimientos constitucionales.

En cuanto aquí interesa, y en cuanto concierne a la “asignación” de la subrogancia por un término superior a los sesenta días por vacancia o licencia en un cargo de juez de primera instancia, resultan elegibles, a propuesta de la Cámara o Tribunal Oral de que se trate, otros jueces de primera instancia, o jueces jubilados que hubiesen sido designados con acuerdo del Senado, en cuyo caso no es requerida una terna. De lo contrario, las Cámaras o Tribunales orales deben proponer una terna compuesta: a) por abogados de la matrícula federal sorteados de una lista formada al

efecto por las Cámaras siguiendo el procedimiento del reglamento, o b) por secretarios de primera instancia y secretarios y prosecretarios de Cámara, extraídos de una lista que las Cámaras deben formar al efecto, siguiendo el procedimiento del reglamento. Si se sigue el procedimiento sobre la base de una terna, la Comisión elige a uno de los propuestos y ordena a la Cámara o Tribunal Oral que proceda a su "designación" y le tome juramento, o en su defecto devuelve la terna que le resulte insatisfactoria y requiere la propuesta de una nueva terna (confr. arts. 2 y 10 del Reglamento). En el caso de que la Comisión proceda a la elección de un candidato de una terna, y más allá de lo que pudiera aparecer a primera vista de una lectura superficial del texto, no es la Cámara o Tribunal Oral quien en definitiva "designa" al juez subrogante, sino la propia Comisión, pues ni la Cámara ni el Tribunal Oral tienen poderes de decisión sobre la designación. Así, en los casos en los que se procede por terna, se trata de un verdadero nombramiento de un juez temporario que recae sobre una persona que no tenía investidura de juez hasta ese momento.

Tal ha sido el proceso seguido para la designación del Doctor Javier Reyna de Allende como juez para la subrogación del Juzgado de Instrucción nº 40, según surge de los considerandos de la resolución nº 470/04.

Ahora bien, la ley 25.876, al incorporar el inciso 15 al art. 7 de la ley que regula el Consejo de la Magistratura, le ha conferido a éste la facultad de reglamentar "el procedimiento y los requisitos para la designación de jueces" no permanentes en dos supuestos distintos: a) subrogantes en los casos de licencia y suspensión de su titular; b) transitorios en los casos de vacancia para los tribunales inferiores.

El Tribunal observa que el Consejo, al dictar el Reglamento, no se ha atendido a la diferencia entre jueces subrogantes y transitorios, lo cual no se reduce a una mera cuestión de terminología, porque la misma ley establece: *"En los supuestos de vacancia las designaciones efectuadas en virtud del presente inciso no podrán superar el plazo de doce meses. Dicho plazo podrá ser prorrogado por seis meses por decisión fundada"*, mientras que no establece plazos para los subrogantes.

Pero más allá de ello, y en cuanto aquí interesa, el Tribunal observa que además de establecer los procedimientos y requisitos para ser elegible como juez subrogante o transitorio, el Consejo de la Magistratura se ha arrogado la facultad de designación misma de uno de entre los elegibles. Si se tratara de la asignación de un juzgado o plaza en un tribunal o cámara a una persona que ya posee la investidura de juez de la Nación, el Tribunal no sabría encontrar un exceso en el ejercicio de los poderes delegados por el Congreso Nacional, porque se trataría en definitiva de

un simple procedimiento de asignación de tareas o de distribución de casos respecto de alguien que ya es juez. Al contrario, cuando se trata de la designación de una persona -abogado de la matrícula o secretario judicial- que por definición no posee investidura judicial, se trata de un verdadero nombramiento que excede la mera reglamentación de los "procedimientos y requisitos" para la designación de los jueces subrogantes y transitorios.

El Tribunal concluye, pues, que el Consejo de la Magistratura se ha excedido en el uso de los poderes delegados por la ley al arrogarse la facultad de nombramiento de jueces subrogantes y transitorios cuando la designación recae en personas que no tienen la investidura de juez.

Contra esta interpretación se ha alzado la contención de que el citado art. 7, inc. 15, de la ley del Consejo de la Magistratura expresamente impone que "*El juez designado deberá cumplir con los requisitos previstos en el art. 13, inc. b) primera parte, de la presente ley*". Se argumenta, sobre la base de ese texto, que la disposición sólo tiene sentido en los casos de subrogación o reemplazo transitorio por una persona que no estaba investida ya de la judicatura, pues de lo contrario la mención legal sería superflua, pues si se tratase de una persona que ya tuviese esa investidura era presupuesto de ésta que hubiese satisfecho los requisitos de edad y antigüedad en el ejercicio de la profesión señalados en el art. 13, inc. b, primera parte de la ley. Sin embargo, esa contención no es exacta, pues bien puede suceder que se trate de la subrogación o reemplazo transitorio de un juez de cámara o de un tribunal oral por un juez de primera instancia, en cuyo caso el juez de primera instancia debería satisfacer las mayores exigencias de edad y antigüedad en el ejercicio de la profesión que no son exigidas para el cargo inferior.

Todo ello lleva a concluir que la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial, ha procedido a designar al doctor Javier Reyna de Allende -elegido de entre una terna de funcionarios judiciales- para cubrir la vacante del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 40, de acuerdo a los poderes conferidos por un Reglamento del Consejo de la Magistratura, que había excedido la delegación legislativa del art. 7, inc. 15 introducido en la ley del Consejo de la Magistratura por ley 25.876.

V.- Que, sin perjuicio de lo dicho en el considerando anterior, el Tribunal recuerda que, cualquiera que fuese el alcance que quepa asignar al art. 7, inc. 15, de la ley 25.876, y admitido por la Comisión del Consejo que no ha obrado en el ejercicio de facultades propias para el nombramiento de subrogantes, sino que las que ejerció las tendría por delegación del Congreso, presupuesto del ejercicio

de tales facultades es que el órgano delegante tenga reconocida por la Constitución la facultad que pretende delegar. Ahora bien, del examen realizado en el considerando anterior se desprende que el Congreso en ningún caso tiene facultades de nombramiento de jueces, pues estas facultades conciernen en exclusividad al Presidente de la Nación. De tal suerte, careciendo de esas facultades, el Congreso no podría delegar una potestad que él mismo no tiene.

Contra esta inteligencia algunos oponen que existen precedentes en los cuales el Congreso, al regular por ley la subrogación de los tribunales, ha definido entre los elegibles para la subrogación a categorías de personas que no están investidas de la magistratura judicial según el procedimiento establecido en la Constitución Nacional, leyes que en su oportunidad no habrían sido objeto de tacha de inconstitucionalidad (confr. p. ej. el voto del juez Gustavo Bruzzone en el Acuerdo General de 21 de abril de 2004; vide también la observación del Presidente del Consejo de la Magistratura en ocasión de la discusión del proyecto de reglamento en la sesión del día 18 de marzo de 2004). Así, por cierto, se cuentan entre los más recientes de esos precedentes legales el art. 31, inc. c, del decreto ley 1285/58 -texto según leyes 24.050 con las modificaciones de la ley 24.946- que permite la integración de las Cámaras de Apelaciones Federales con asiento en las provincias con conjueces abogados no sometidos al procedimiento de designación de la Constitución Nacional, y el art. 3 de la ley 20.581 -texto según las modificaciones del art. 76 de la ley 24.946- que permite la integración de los juzgados federales con asiento en las provincias con abogados de la matrícula designados por un procedimiento distinto al señalado en la Constitución Nacional.

Sin embargo, este argumento no es en sí idóneo, pues constituye, en todo caso, una proposición fáctica que, aunque por hipótesis resultase verdadera, no puede oponerse a la constatación del alcance de un sistema de normas jurídicas. En todo caso, el *factum* de la reiteración o persistencia en la infracción de mandas constitucionales por parte de los órganos del Estado no puede transformarse en proposición jurídica al mero *factum* pues ello es contrario al principio de la primacía del derecho en una sociedad democrática, principio que resulta decisivo para distinguir un Estado democrático de derecho de aquellos sometidos a poderes discrecionales absolutos.

En otras palabras, tal como lo han sintetizado con claridad los jueces Recondo y Antelo al votar en el Acuerdo General de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de 6 de mayo de 2004, que tenía por objeto examinar el Reglamento de Subrogaciones dictado por resolución nº 76/04 (confr. E.D., 9 de noviembre de 2004, p. 5 y ss.), cualesquiera que hayan sido los motivos por los cuales las leyes anteriores establecieron regímenes de subrogancia

distintos al de la ley citada [ley 23.498], nada justifica que se los reivindique; una transgresión constitucional no deja de ser tal porque se la reitera a lo largo del tiempo”.

En consecuencia, el Consejo de la Magistratura no podría haber recibido por delegación legal una facultad que el Congreso delegante no tenía.

VI.- Que, sentado lo anterior, no cabe sino concluir que el nombramiento del doctor Javier Reyna de Allende, para cubrir transitoriamente la vacante del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 40, no sólo no ha tenido base legal, por no haber sido investido del poder de jurisdicción mediante el procedimiento complejo establecido en la Constitución Nacional, sino además por haber sido designado por una parcialidad de un órgano del Poder Judicial, cual es una Comisión del Consejo de la Magistratura, órgano al que la Constitución no le asigna de ningún modo la facultad de nombrar a los jueces de la Nación.

No se trata, como a primera vista podría parecer, de una simple deficiencia formal. Se trata de la asunción por un órgano de un poder del Estado, de la facultad de designación que es exclusiva y excluyente del Presidente de la Nación.

Ya se ha expuesto en el considerando III que la Constitución Nacional, como Ley Fundamental que regula la integración y distribución de los poderes de la Nación, ha establecido que los jueces de los tribunales inferiores deben ser nombrados por el Presidente, previo acuerdo del Senado de la Nación, sobre la base de una terna vinculante que emite, tras la selección por concursos, el Consejo de la Magistratura. La intervención compleja de los órganos de los distintos poderes del Estado en el proceso que desemboca en el nombramiento de un juez de la Nación es requisito imprescindible para la legitimación tanto jurídica como política del ejercicio de la jurisdicción (cfr.: Fayt, Carlos S., “Supremacía Constitucional e independencia de los jueces”, pág. 50, Ed. Depalma, Buenos Aires 1994; Quiroga Lavié, Humberto, su “La nueva Justicia: El Consejo de la Magistratura”, en “Interpretando la Constitución”, pág. 108, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995).

VII.- Que a esas consideraciones, que atañen en definitiva a la distribución constitucional del poder, caben agregar otras que también se infieren del texto de la Constitución, y que resultan explicitadas en algunos de los textos de los instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, que los declara complementarios de la primera parte de la Constitución.

Una consideración sobre el punto es indispensable, pues el límite de la jurisdicción de este Tribunal

Oral está constituido, en las circunstancias del caso, por las disposiciones de los arts. 354, 167, inc. 1º, y 168 C.P.P.N., que imponen el examen de oficio de las posibles violaciones a normas constitucionales, en la medida en que de esa infracción pueda derivarse un agravio para las personas que tienen derecho a participar en el proceso. De lo contrario, los desarrollos anteriores sólo constituirían un control jurídico de la organización político institucional, y nada dirían sobre el examen del cumplimiento de las prescripciones de la instrucción en un caso dado respecto de una persona determinada.

Así, tres disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son relevantes para esta consideración.

En primer lugar, el art. 8.1 CADH establece el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías, "por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

No basta según la Convención con la provisión de un órgano que decida sobre acusaciones penales o que determine la existencia de derechos u obligaciones de las personas, sino que ésta exige, entre otras cosas, que se trate de un juez o tribunal "establecido con anterioridad por la ley", y que esté revestido, entre otras garantías, de independencia. Las mismas exigencias surgen de la provisión análoga en lo sustancial contenida en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La exigencia de que el Tribunal esté establecido con anterioridad por la ley implica, entre otras cosas, que la ley defina de antemano no solo el órgano judicial y sus atribuciones, sino cómo se integra éste. En el caso de la República Argentina, es la Constitución la única que define cómo se integra el Poder Judicial.

Los arts. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, también mencionados en el art. 75, inc. 22, C.N., y el art. 6.1 de la Convención Europea de salvaguarda de los Derechos del Hombre, tienen en común con los anteriormente citados el reconocimiento del derecho a ser oído por un tribunal "independiente".

En punto a ello, se ha distinguido entre una independencia *orgánica* que se relaciona con el modo de designación, duración y remoción de los jueces, y una independencia según el *modo de trabajo*, que se relaciona con la inmunidad de injerencia de otros órganos y la inmunidad contra la presión de los medios masivos de comunicación y de la opinión pública.

En ese sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que, "para establecer si un tribunal puede ser tenido por "independiente" hay que tomar en cuenta, especialmente, el modo de designación, la duración del mandato de sus miembros, la existencia de una protección contra las presiones exteriores y la cuestión de saber si hay o no apariencias de independencia" (confr. *Bryan c. Reino Unido*, Serie A **335-A**, § 37, *Findlay c. Reino Unido*, Recueil **1997-I**, § 73; *Incal c. Turquía*, Recueil **1998-IV**, § 65; *Çiraklar c. Turquía*, Recueil **1998-VII**, § 38; *Kadubec c. Eslovaquia*, Recueil **1998-VI**, § 56; *Lauko c. Eslovaquia*, Recueil **1998-VI**, § 64). En términos análogos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos definió que "en la determinación de si un tribunal es independiente del Poder Ejecutivo debe considerarse el modo de designación de sus miembros, la duración de sus mandatos, y la existencia de garantías contra presiones externas" (confr. informe 1/95, caso 11.006, "Alan García v. Perú", de 7 de febrero de 1995).

La calificación de *independiente* de un tribunal no sólo depende de la existencia de separación de poderes dentro del marco constitucional de cada país, sino, además, de otros factores, tales como las posibilidades de remoción intempestiva (confr. GOMIEN, Donna / HARRIS, David / ZWAAK, Leo, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Ed. Consejo de Europa, Estrasburgo 1996, p. 169).

Contra lo que se suele entender a primera vista, los requisitos de independencia, imparcialidad y designación previa por la ley, aunque cumulativos, tienen estrecha relación entre sí, al punto de confundirse en ciertos extremos, en otras palabras, entre independencia e imparcialidad hay un *contexto funcional*, la primera es presupuesto de la segunda.

Otras dos disposiciones de la Convención Americana tienen relevancia en cuanto aquí se considera. Así, el art. 7, inc. 6, establece como garantía de seguridad personal en lo referente a la libertad física el derecho de toda persona privada de libertad de recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención; y el art. 25 establece el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que las garantías judiciales del art. 8.1 son condiciones necesarias también para la efectividad de estas disposiciones, (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia", del 6 de octubre de 1987, §§ 29, 30 y 41.3), de donde se sigue que los

jueces o tribunales a los que aluden esas disposiciones deben estar revestidos de suficientes garantías de independencia. Así, en materia de recurso judicial efectivo, la Corte IDH ha declarado en casos contenciosos que el juez o tribunal provisto para la provisión de un remedio efectivo debe estar dotado de garantías imparcialidad e independencia (confr. Corte IDH, casos "Tribunal Constitucional", sentencia de 31 de enero del 2001, § 96; "Ivcher Bronstein", sentencia de 6 de febrero del 2001, §§ 139-142).

Ahora bien, un funcionario judicial designado por una Comisión del Consejo de la Magistratura no se encuentra revestido de suficientes garantías de independencia en la medida en que no está protegido por un estatuto que asegure su inamovilidad por el término por el que ha sido designado, que no puede exceder de dieciocho meses, y sobre todo porque no tiene un estatuto que defina las causas, condiciones y procedimientos bajo los cuales sería posible su remoción antes de expirado ese término, o que establezca inmunidades frente a otros actos del poder Judicial, o de otros poderes, tal por ejemplo, la inmunidad de arresto.

El Tribunal observa que, por un lado, no hay ninguna disposición legal dictada por el Congreso que asegure a los jueces subrogantes protecciones o inmunidades análogas a aquéllas de que gozan los jueces designados por el Presidente de la Nación con acuerdo del Senado. Por cierto, el art. 13 del Reglamento de Subrogaciones del Consejo de la Magistratura se refiere a la cuestión, sin embargo, no constituye garantía suficiente de independencia por tres razones. En primer lugar, porque no establece la estabilidad durante el término de la designación ni un procedimiento de remoción que esté libre de arbitrariedad, persecución o interferencia arbitraria de otras autoridades que hagan mella en su independencia o en su imparcialidad. En segundo lugar, porque una reglamentación administrativa no puede establecer inmunidades que hagan excepción a las leyes generales sobre arresto y detención, pues tales excepciones al principio de igualdad sólo están deferidas al Congreso de la Nación en defecto de una regla constitucional. Y finalmente, aunque se admitiese que el Consejo de la Magistratura tiene facultades para conceder tales inmunidades, en el caso ha dictado una reglamentación que no se la concede a los funcionarios judiciales, sino sólo a los abogados.

En efecto, el art. 13 del Reglamento de Subrogación establece:

"Los abogados que ejerzan la magistratura judicial estarán sujetos a las mismas incompatibilidades e inmunidades que rigen para los jueces, excepto para el caso previsto en el artículo 9 de este reglamento.

Los funcionarios judiciales y los abogados que ejerzan la magistratura estarán sujetos a la competencia que, en materia disciplinaria, le corresponde al Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación".

De este modo, mientras que somete a poder disciplinario a funcionarios judiciales y abogados, sólo le reconoce a estos últimos las inmunidades que rigen para los jueces.

En esas condiciones, puede sostenerse que el imputado Juan Ramón García González, no fue presentado inmediatamente de su detención, ni tuvo oportunidad de ser oído por un juez designado conforme a la Constitución y la ley, que gozase de garantías estructurales de independencia, porque no ese juez no goza de un estatuto que asegure su inamovilidad durante el término de su designación, ni de salvaguardas contra el arresto, ni que defina las causas, condiciones y procedimientos bajo los cuales podría eventualmente ser removido o dejada sin efecto su designación.

Se ha presentado pues la causa de nulidad general definida en el art. 167, inc. 1º, del Código Procesal Penal de la Nación.

VIII.- Que en el examen anterior el Tribunal ha tenido permanentemente presente la jurisprudencia de la Corte Suprema según la cual la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptible de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 260:153; 286:76; 288:325; 300:241 y 1087; 301:1062; 302:457 y 1149; 303:1708 y 324:920, entre muchos otros), 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 o la garantía constitucional invocados (Fallos 315:923; 321:441).

En ese sentido ha sopesado también las consecuencias de una declaración de inconstitucionalidad del acto por el cual se ha nombrado juez subrogante en la presente causa. Por cierto, esta declaración, de extenderse a otras causas en las cuales el mismo juez subrogante hubiese tenido intervención, acarrearía la inestabilidad de las decisiones jurisdiccionales tomadas por ese juez. También que, si otros Tribunales siguiesen el mismo criterio que el que aquí se sienta, el número de decisiones jurisdiccionales que entrarían en crisis sería aún mayor. Ella no es, por cierto, una consideración irrelevante al momento de examinar las consecuencias de una declaración de inconstitucionalidad.

También ha considerado el Tribunal que el Reglamento de Subrogaciones, emitido por el Consejo de la Magistratura, aparece enmarcado en la alegada necesidad de favorecer la eficiencia en la prestación de la administración de justicia (así la intervención del Consejero Juez, doctor Kiper, y del Consejero por las Universidades doctor Quiroga Lavié), y toma nota de las dificultades prácticas que hasta su dictado se

presentaban, para la integración de los tribunales con las leyes vigentes sobre subrogación de jueces (confr. versión estenográfica de la sesión del Plenario del Consejo de la Magistratura de 18 de marzo de 2004 en la que se aprobó el Reglamento).

Finalmente ha considerado el Tribunal ciertas opiniones, según las cuales, la Reglamentación tendría por finalidad asegurar a los habitantes de la Nación un efectivo acceso a los Tribunales de Justicia, porque, se dice, de nada serviría la existencia de juzgados o tribunales creados por ley del Congreso, en ejercicio de sus facultades propias establecidas por el art. 75, inc. 20, C.N., si no hubiese jueces designados para atender esos tribunales inferiores, o si los designados debiesen atender más de uno a la vez, resintiendo la eficiencia en todos los atendidos y al mismo tiempo disminuyendo las posibilidades efectivas y reales de acceso a un juez o tribunal por la fuerza de la natural sobrecarga de tareas. Éste es también un dato relevante que no puede ser pasado por alto al momento de sopesar las consecuencias de una declaración de inconstitucionalidad.

Sin embargo, en todo caso, esas consecuencias deben ser confrontadas con las que se derivarían de admitir la conformidad con la Constitución del acto de designación de un juez subrogante sobre la base legal invocada por la Comisión de Selección y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura.

En primer lugar, el Tribunal releva que es de la experiencia general que las razones de necesidad y de urgencia son a menudo los únicos justificativos que se tienen a la mano para hacer excepción a las reglas de distribución del poder en un Estado democrático organizado bajo la forma constitucional de Derecho. En otras palabras, la necesidad no sólo ha sido la madre de las herejías, como dice el dicho popular, sino también la de la concesión o asunción de poderes excepcionales, e incluso se ha esgrimido en la historia institucional del país para dotar de reconocimiento jurídico a poderes ejercidos de facto.

Así se lee en la conocida Acordada de la Corte Suprema de 10 de septiembre de 1930, publicada en Fallos: 158:290, lo siguiente:

“Que esta Corte ha declarado, respecto de los funcionarios de hecho, ‘que la doctrina constitucional e internacional se uniforma en el sentido de dar validez a sus actos, cualquiera que pueda ser el vicio o deficiencia de sus nombramientos o de su elección, fundándose en razones de policía y de necesidad y con el fin de mantener protegido al público y a los individuos cuyos intereses puedan ser afectados, ya que no le sería posible a estos últimos realizar investigaciones ni discutir la legalidad de las designaciones de funcionarios que se hallan en aparente posesión de sus

poderes y funciones -Constantineau, *Public Officers and the Facto Doctrine*- Fallos: tomo 148, página 303".

Este modo de entender la necesidad conduce a dar estabilidad a las autoridades y decisiones defacto, lejos de asegurar el restablecimiento inmediato del orden constitucional. Al contrario, las únicas razones de necesidad admisibles en un Estado que se rige por el imperio del derecho son las necesidades admitidas como legítimas por su sistema jurídico en cuya base se encuentra la Constitución. Y las únicas autoridades que pueden asumir, o a las que se les pueden discernir poderes excepcionales fundados en la necesidad, son las expresamente establecidas en ese sistema jurídico.

En el considerando III de esta decisión el Tribunal ha reseñado su entendimiento del diseño constitucional del poder en cuanto concierne a la integración de los tribunales inferiores de la Nación.

Según el sistema diseñado por el constituyente, el acto de nombramiento de jueces para integrar esos tribunales es un acto de alta complejidad, que se alcanza con la intervención diferenciada de órganos de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial: con la intervención del Consejo de la Magistratura para seleccionar postulantes y proponer una terna al Poder Ejecutivo, con la elección por el Presidente de un candidato de esa terna para proponer al Senado de la Nación, requiriéndole el acuerdo, y finalmente, con el nombramiento por el Presidente. En este acto complejo se han querido asegurar garantías de idoneidad sobre la base de un control político complejo en el cual dos de los tres órganos que intervienen están investidos representación popular. Un juez designado por este procedimiento goza de un estatuto que asegura su inamovilidad e independencia, y de seguridades de libertad personal contra el arresto, y que sólo podrá ser removido por causales y procedimientos estrictos fijados en la misma Constitución.

Así, ha dicho el Juez Doctor Mario Filozof en su voto en la causa "Jaime" resuelta el 15 de febrero de 2005 por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal que "El constituyente creó tal procedimiento, por lo demás, con propósitos superiores: garantizar la idoneidad, el pluralismo y el equilibrio entre distintos poderes para que los ciudadanos que requieran de la Justicia tengan en mira que la independencia de origen posibilita la independencia funcional...", y agrega "...que el nombramiento es la base para la correcta función y hace a la libertad de enfrentar todo tipo de interferencias".

Tal complejidad cobra sentido tan pronto se mide que por ese acto se inviste a ciertas personas del poder de jurisdicción, que importa decidir de modo definitivo sobre los derechos y las obligaciones de las personas, y al mismo tiempo, ser garantía de sus derechos derivados de la

Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La Constitución misma se ha hecho cargo de las posibles situaciones de urgencia o necesidad, pues su art. 99, inc. 19, le ha conferido al Presidente de la Nación la autoridad de llenar las vacantes de los empleos que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima legislatura. De allí nace su facultad para cubrir, en circunstancias excepcionales y de modo temporario, las vacantes de jueces sin requerirse acuerdo del Senado.

Ahora bien, la Reglamentación emitida por el Consejo de la Magistratura, y la práctica seguida por la Comisión de Selección en la aplicación de esa reglamentación, degrada la calidad institucional y está lejos de fortalecer al Poder Judicial de la Nación.

No se trata aquí de abrir juicio sobre la idoneidad y condiciones personales de los abogados o secretarios judiciales que hubiesen o puedan ser elegidos por esa vía, sino de señalar que esa reglamentación y su práctica consecuente llevan a graves consecuencias que de persistir y reiterarse no sólo afectarían las garantías de un justiciable determinado, sino la institucionalidad misma del Poder Judicial.

En efecto, por esta vía no sólo se inviste a personas de jurisdicción sorteando el procedimiento constitucional, sino que el modo de sortearlo demuele la concepción según la cual la administración de una justicia por jueces idóneos y con salvaguardas de independencia es una necesidad tan imperiosa que no puede confiarse a un único poder del Estado la integración de sus tribunales.

Por vía de esta reglamentación, el Consejo de la Magistratura ha asumido y concentrado en sí -o peor aún en una de sus Comisiones- todas las funciones que en la normalidad constitucional se distribuyen entre varios poderes.

Así, fuera del caso de subrogación de jueces por otros jueces, la Comisión de Selección y Escuela Judicial recibe de las Cámaras ternas de candidatos, pero puede rechazarlas si no está satisfecha, ordenando la remisión de una nueva, puede elegir de ésta al candidato, y en esa elección no hay ninguna pauta de los procedimientos a seguir para determinar su idoneidad. Al respecto, no sólo no se realiza un concurso público como le impone el art. 114, inc. 1º, C.N., sino que no están sentadas las bases mínimas del procedimiento, ni las razones de la elección, tan pronto se tiene en cuenta que hasta está librado a su discrecionalidad tener una entrevista personal con el candidato, o prescindir de ella (art. 10 del Reglamento), discrecionalidad que en el caso de la designación del doctor Reyna de Allende ha ejercido (confr. punto dispositivo 1º de la Resolución 470/04).

La falta de publicidad del procedimiento de designación y de fundamentos de la prescindencia de la entrevista impiden conocer si se ha prescindido de ella porque los siete consejeros que intervinieron ya los conocían personalmente, o porque consideraron absolutamente irrelevante tomar conocimiento personal del ciudadano al que investirían, temporariamente, de las mismas facultades y poderes que tienen los jueces designados conforme al procedimiento de los arts. 99, inc. 4, párrafo segundo, y 114, incs. 1 y 2, C.N.

Por otro lado, se da la situación paradójica por la que, bajo la invocación de la necesidad, el Consejo asume la designación de jueces transitorios por un período aún mayor al que el Poder Ejecutivo tiene autorizado para las designaciones en comisión según el art. 99, inc. 19, C.N.

La legitimación de un sistema de remplazos por jueces que reciben su investidura de un procedimiento distinto del único regulado y admitido por la Constitución lleva también a consecuencias inaceptables.

Todas las personas bajo la jurisdicción del Estado argentino tienen derecho a acceder a los tribunales de justicia, y por ende, el Estado no tiene una mera discrecionalidad potestativa, sino la obligación de asegurar un acceso efectivo a los tribunales de justicia. Esto es exigido no sólo por los arts. 18, 43 y 75, inc. 20 C.N., sino también por los arts. 1, 2, 7.5, 7.6, 8.1 y 25 CADH, y los arts. 2, 9.4, 9.5, 14.1, PIDCP. Pero esta obligación del Estado, entendida no sólo como deber constitucional sino como obligación de garantía, no se satisface simplemente creando los tribunales y proveyendo a su integración de algún modo. La posibilidad real de acceso a la justicia, o acceso a la jurisdicción exige que se garantice a las personas su derecho a ser oídas con todas las garantías, y en igualdad de condiciones, por un órgano que revista las características de un tribunal, y en particular, las características exigidas por los arts. 8.1 CADH y 14.25 CADH, a saber, que sea establecido de conformidad con la ley, y revestido de suficientes salvaguardas de independencia e imparcialidad.

Ahora bien, no entra en discusión que con el argumento de la necesidad, el reglamento de subrogación y las decisiones de nombramiento por la Comisión adoptadas en su consecuencia es, en un sentido pragmático, útil para cubrir posiciones en casos de ausencia o vacancia de los jueces designados conforme a la Constitución. Pero fracasa en satisfacer las exigencias de la misma Constitución y los Pactos señaladas en el párrafo anterior, con el agravante de que, bajo la pretensión de garantizar el acceso a la justicia a todos, no ofrece este acceso a todos en condiciones de igualdad.

¿Con qué argumento se puede imponer a un habitante la obligación de aceptar la jurisdicción de un juez

que no ha sido investido como tal de acuerdo a las normas pertinentes de la Constitución? ¿Si el ejercicio de la jurisdicción es tan relevante para el Estado de derecho y para los derechos de los ciudadanos, y requiere de tan complejas garantías y distribución equilibrada de poderes en la integración de los tribunales designando sus jueces, cómo habrá de justificarse que poderes que los Constituyentes se han tomado tan en serio puedan ser investidos en otras personas por procedimientos que no se acercan siquiera a los tenidos en cuenta por los Constituyentes? Porque los jueces tienen la última palabra en la determinación de los derechos y libertades de las personas, incluida la última palabra en la decisión del fundamento de una acusación penal dirigida contra ellas, es que en la Constitución se han establecidos tantas provisiones para examinar su idoneidad y garantizar su independencia. Sin embargo, el Reglamento y su aplicación generan que, paralelamente, las mismas graves cuestiones puedan ser conocidas y decididas por personas que no han pasado ese examen de idoneidad, ni gozan de un estatuto preciso que garantice su independencia. Por lo demás, el nombramiento de jueces a término, es decir sin una de las atribuciones que hacen a su independencia, esto es, su inamovilidad, no es compatible con el régimen constitucional (arg. art. 110 Constitución Nacional).

En el plano de las consecuencias, pues, el azar de la distribución de los casos entre distintos tribunales llevará a que, mientras algunas personas tendrán asegurado el acceso a jueces designados según los procedimientos constitucionales para ser oídos sobre sus asuntos referentes a la libertad, el honor, el patrimonio, la familia, algunas otras sólo tendrán disponible el acceso a jueces designados según las disposiciones de un reglamento que habilita a una Comisión integrada por una parcialidad del Consejo de la Magistratura.

Más aún: Si este procedimiento de integración de los tribunales del Poder Judicial fuese todavía compatible con la Constitución Nacional, es de preguntarse por qué razón sería necesario recurrir al procedimiento de selección, elección, acuerdo y designación exigido por la Constitución. El argumento de que no son exigibles iguales precauciones cuando se trata de jueces permanentes que si se trata de jueces transitorios designados por un período de hasta un año y seis meses no es idóneo. Porque una vez que a los jueces transitorios se los inviste de una jurisdicción que no tenían, adquieren los mismos poderes de los permanentes, y cuando son llamados a decidir sobre los derechos y garantías de los habitantes en un caso concreto poca o ninguna diferencia hace que sean transitorios o permanentes.

Se ha señalado que la declaración de esta inconstitucionalidad podría causar graves consecuencias. Esto es cierto. Sin embargo, ello no autoriza a admitir una solución

reñida con expresas disposiciones constitucionales que acarrearía otras consecuencias que resultarían aun más graves. Si se aceptara la designación de magistrados judiciales, investidos del ejercicio del poder jurisdiccional, sin respeto a las normas que la Constitución Nacional ha establecido para ello fundado en razones de practicidad y eficiencia, se abriría una compuerta para introducir en la vida institucional un sistema *de facto* en la integración de uno de los poderes del Estado que, tarde o temprano, no habrá de diferenciar entre lo provisorio o transitorio con lo durable en el tiempo y permanente.

La cuestión fue objeto de consideración en el Congreso Nacional al debatirse la promulgación de la ley n° 23.498 que estableció el procedimiento para la designación de conjueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Diputado Vanossi criticó allí el sistema consistente en la designación de conjueces que subrogaban a ministros de la Corte Suprema por designación de estos mismos ministros, al que denominó de "cooptación", y señaló la necesidad de la intervención de los poderes constitucionalmente habilitados para ello, dando así cumplimiento a los requisitos constitucionales (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 27 de junio de 1985, reunión 14a., orden del día 902, págs. 1618 y 1619; cit. en el voto de los jueces Dres. Ricardo Recondo y Guillermo Antelo en la Acordada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal del 6 de mayo de 2004, publicada en El Derecho, 9 de noviembre de 2004).

Esas consideraciones son aplicables al sistema que ahora ha reglamentado el Consejo de la Magistratura y cualquier otra designación que no cumpla con los requisitos constitucionales, como ya se ha explicado.

Cuando se trata de examinar las consecuencias, se trata pues de examinarlas todas, esto es, el examen no debe limitarse a contar las consecuencias que tendría para la estabilidad de un número discreto de decisiones judiciales en un determinado número de causas, sino que debe alcanzar también a las consecuencias que la consolidación de la práctica de designaciones según el Reglamento de Subrogaciones tendría para la estabilidad e incolumidad del Poder Judicial.

Piénsese, por ejemplo, en la hipótesis, por cierto improbable pero no imposible, en la que el Consejo de la Magistratura decidiera postergar indefinidamente la apertura de concursos para cubrir tribunales vacantes, o el caso menos improbable en que lo hiciera respecto de un tribunal en particular. El mismo Consejo que ejerciese tal discreción tendría -si se admitiese la constitucionalidad de su reglamento- el poder exclusivo de nombrar, por la sola autoridad de una de sus Comisiones, al juez que transitoriamente debería cubrir la vacante.

Piénsese también en el supuesto, aún menos improbable, de que el Presidente de la Nación se tomase un tiempo indefinido para elegir un candidato de entre las ternas que ya le ha presentado el Consejo en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y por esa vía habilitara a la Comisión de Selección del Consejo a nombrar por sí al juez transitorio.

La misma hipótesis es imaginable en relación al Senado, que podría indefinidamente postergar el tratamiento de un pliego de un candidato propuesto por el Presidente, lo que abriría también la puerta a la Comisión para la designación de un juez transitorio por un término de hasta un año y medio.

Estas prácticas, de concretarse, podrían dar lugar a justificadas suspicacias que vinculasen las postergaciones indefinidas con finalidades subalternas de sortear los procedimientos constitucionales para la integración del Poder Judicial.

Y más aún, aunque las demoras y postergaciones sólo se explicasen por la complejidad del procedimiento establecido por la Constitución, o la ley que la reglamenta, no es impensable que en un futuro cercano los tribunales inferiores del Poder Judicial de la Nación puedan aparecer integrados por un número de jueces transitorios o subrogantes designados por la Comisión de Selección que empareje o supere el número de los designados según la Constitución. Baste señalar como ejemplo que en la actualidad de los de los catorce jueces correccionales de la Capital Federal siete han sido designados por esta vía como subrogantes, así como de los cuarenta y nueve jueces de instrucción ya se han provisto quince por el mismo procedimiento (confr. lo que surge de la página web del Consejo de la Magistratura antes citada).

Cabe finalmente considerar si puede sostenerse consistentemente que se trata de una providencia excepcional para satisfacer una situación de necesidad.

En primer lugar, debe señalarse que ni siquiera en situaciones de emergencia excepcionales cabe suprimir o suspender las garantías judiciales, y entre ellas, en particular, el derecho al acceso a un tribunal independiente e imparcial establecido conforme a la ley. Ello es evidente porque ninguna cláusula de emergencia de la Constitución permite tal supresión o suspensión, y además, porque esa garantía está incluida entre las no sujetas a suspensión o derogación según el art. 27, inc. 1, CADH, según la interpretación que la Corte IDH le ha asignado (confr. Opinión Consultiva OC-9/87, "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia", del 6 de octubre de 1987, cit.). De modo análogo, incluso en situaciones de conflicto armado, debe asegurarse al menos el acceso a un tribunal independiente e

imparcial constituido regularmente (confr. art. 3, inc. 1, letra c, común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949).

Pero además, frente a la alegación de la complejidad de los procedimientos caben dos tipos de observaciones.

Por un lado, no puede aceptarse que se argumente que el expediente excepcional es necesario porque el procedimiento es complejo y engorroso, lo que conspira contra la celeridad. Así como el Congreso de la Nación ha ejercido el margen de discrecionalidad que la Constitución le concede para dictar la ley especial que reglamente las atribuciones del Consejo de la Magistratura, y los procedimientos de selección (art. 114, párrafo primero, C.N.), al mismo le incumbe la responsabilidad de ejercer esa discreción en el dictado de la ley especial de un modo que colabore y no sea frustratoria de la finalidad de proveer con celeridad a la integración de los cargos vacantes de los tribunales inferiores del Poder Judicial.

Por otro lado, tiene suficientes poderes constitucionales para establecer reglas de subrogación entre jueces investidos, e incluso nada obsta a que, si lo considera oportuno, valioso o conveniente, el Congreso cree, en ejercicio de sus poderes constitucionales derivados del art. 75, inc. 20, C.N., empleos permanentes para ejercer las funciones de juez dirigidos a resolver las situaciones de ausencia o vacancia. En todo caso, su única limitación estaría dada por el respeto del sistema constitucional de selección, elección, proposición, acuerdo y nombramiento impuesto por la misma Constitución.

Por cierto, no se trata de sugerir que los jueces decidan sobre la oportunidad, mérito o conveniencia sobre una determinada regulación legal, sino de destacar que, habiendo posibilidades jurídicas y fácticas de imaginar un sistema de subrogación conforme a los requerimientos constitucionales, se derrumba también el argumento de la necesidad de recurrir a un sistema que no se conforma a esos requerimientos. Pues no puede invocarse la necesidad de tal sistema derivada del solo hecho de que las decisiones y elecciones soberanas del Congreso sobre la materia no permiten una integración rápida de los tribunales. Porque ello sería tanto como decir que las dificultades, obstáculos o demoras que se derivan de las elecciones de quienes tienen el deber de colaborar en la integración del Poder Judicial, autorizan a la asunción de un poder concentrado para superar esas dificultades, obstáculos o demoras.

En este punto el Tribunal ha abordado además otro dato de la realidad: la situación objetiva actual de vacancia en 127 cargos de juez o juez de cámara. Esta situación objetiva ha sido objeto de consideración en la discusión del Reglamento de Subrogación, y demuestra, por cierto, un vacío grave en la integración de los tribunales del

Poder Judicial, que ha llevado a incluir la posibilidad de designación de abogados o funcionarios judiciales como jueces subrogantes o transitorios, para evitar convocar a otros jueces designados conforme con el procedimiento constitucional, evitando sobrecargarlos ante el importante número de vacantes que deberían cubrir.

Ahora bien, el dato objetivo de la realidad debe ser contemplado en su contexto, y a ese fin el Tribunal ha tomado nota de la información oficial publicada por el Consejo de la Magistratura en el sitio del Poder Judicial actualizada al 16 de febrero de 2005 (fuente www.pjn.gov.ar). Para cubrir una parte sustancial de esos 127 puestos vacantes, el Consejo de la Magistratura ha propuesto al Poder Ejecutivo Nacional 80 ternas de candidatos. Solo de tres de esas ochenta ternas el Poder Ejecutivo ha elegido y propuesto al Senado nombramiento de jueces, en cuanto a las restantes setenta y siete no ha tomado todavía una decisión. El tiempo que llevan presentadas esas ternas a consideración del Poder Ejecutivo no es uniforme, pues va de un mínimo de unos dos meses, hasta un máximo de 24 meses según la misma estadística. En los tres casos en los que el Presidente de la Nación ha hecho ya la elección y remitido pliegos, se han pasado dieciséis y veintidós meses.

El Tribunal no está habilitado para abrir juicio sobre los tiempos que llevan sin efectuarse las propuestas por el Poder Ejecutivo, o de prestar o denegar el acuerdo por el Senado, tampoco puede abrir juicio sobre si esos tiempos podrían acarrear responsabilidad política o incluso institucional, en la medida de que se trata del deber de integrar los tribunales. Pero no puede aceptarse que, porque el Poder Ejecutivo o el Senado se han tomado esos tiempos, entonces un órgano de otro poder, invocando necesidad, se subrogue por sí en la autoridad de éstos y proceda a nombrar jueces transitorios o subrogantes.

A estas consideraciones generales se suma la del caso concreto del Juzgado en lo Criminal de Instrucción n° 40, para el cual ha sido designado como juez subrogante el doctor Javier Reyna de Allende por resolución n° 470/04 del Consejo de la Magistratura. Según la misma fuente de información pública del Consejo, la terna fue remitida al Poder Ejecutivo el 2 de septiembre de 2003, es decir, hace más de diecisiete meses. Hasta el momento el Poder Ejecutivo no ha hecho una elección ni propuesto al Senado un candidato para que le dé el acuerdo. No es función de los jueces analizar cómo los otros poderes ejercen sus facultades, pero ciertamente es obligación del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo ser garantes de la provisión de su actividad para que los nombramientos se produzcan, y evitar dilaciones que conspiran con la rápida designación para cubrir las vacantes, afectando de hecho el normal funcionamiento del Poder Judicial. También es obligación de esos poderes y órganos

diseñar un sistema que permita la más rápida nominación posible.

En cualquier caso, si aun así es natural que los procesos complejos de selección, elección, nominación, acuerdo y nombramiento lleven un tiempo sensible, la complejidad es el precio que se paga por las seguridades de gozar de un Estado de derecho.

En ese sentido, así como resulta impensable que se subrogase al pueblo de la Nación en la designación de sus representantes legislativos, por imposibilidad de cubrir con celeridad las vacancias si se siguiesen los procedimientos constitucionales, también lo es que se acuda a un sistema inconstitucional subrogándose en las atribuciones propias de los órganos de los distintos poderes señalados por la Constitución para designar jueces. Por lo demás, aquella situación de vacancia, por muy extendida y crítica que sea, no hace nacer en quienes no tienen atribuciones constitucionales facultades para cubrirla.

Por cierto, el actual sistema implica cierto tiempo de vacancias o licencias en algunos tribunales, por lo que será necesario que los poderes competentes encuentren las fórmulas que permitan cubrir las vacantes de un modo compatible con la Constitución.

Por lo expuesto, el Tribunal concluye que no se ha dado cumplimiento a las normas constitucionales aludidas y al art. 18 de la Constitución Nacional que exige el nombramiento de un juez acorde a la ley, y habrá de decretar la nulidad de toda la intervención del doctor Reyna de Allende como juez de instrucción y dispondrá su apartamiento, ordenando que se efectúe un sorteo entre aquellos jueces que han sido nombrados con arreglo a las normas constitucionales para que conozca de la causa (arts. 167, inc. 1º, 168 y 172 CPPN).

Corresponde, pues, declarar la nulidad de la citación a declaración indagatoria de fs. 39, que, a su vez, acarrea la de lo actuado a partir de allí, en especial, el auto de procesamiento y el requerimiento de elevación a juicio formulado respecto del imputado García González, por haberse afectado las citadas reglas constitucionales en el nombramiento y constitución del juez (art. 172 C.P.P.N.).

Por ello, el Tribunal **RESUELVE:**

I.- DECLARAR LA NULIDAD de la citación a declaración indagatoria de fs. 39 y de todo lo actuado a partir de ella por el doctor Doctor Javier Reyna de Allende como juez de instrucción.

II.- Remitir esta causa a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital federal a fin de que se sortee un juez designado de acuerdo a la Constitución, que habrá de conocer de ella, y a cuya

disposición deberá ser presentado el detenido
inmediatamente.

Notifíquese con carácter de urgente.

Fdo.: Luis María Cabral - Luis M. García - Fernando R. Ramírez
Ante la Secretaria: Verónica Reynoso