

LA JUSTICIA SUBROGADA

El nuevo régimen de subrogancias a la luz de la garantía del juez natural. Reflexiones acerca de la validez de la remoción del Dr. Luis M. Cabral como juez subrogante de la Cámara Federal de Casación Penal.

Gonzalo García Guerra*

Ante la reciente remoción del Dr. Luis M. Cabral por parte del Consejo de la Magistratura, de la subrogancia que efectuara en la Cámara Federal de Casación Penal (en adelante CFCP) desde septiembre de 2011, cabe efectuar algunas consideraciones relativas al nuevo régimen de subrogancias establecido por la ley 27.145 y su posible incompatibilidad con la independencia judicial, prevista como garantía tanto para los justiciables como para la sociedad en el art. 18 de la Constitución Nacional (en adelante CN), art. 8.2 Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) y por el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Civiles y Políticos (en adelante PIDCP); así también como una valoración jurídica de las implicancias de un sistema de subrogancias que, aparentemente, olvida su condición esencial de paliativo transitorio. He seleccionado el caso del Dr. Cabral como ejemplo paradigmático de la aplicación de esta nueva ley, aunque no es el único; así como también es de esperarse que no sea el último. Por otro lado, advierto al lector que aquí no se harán consideraciones políticas, sino que me limitaré a las cuestiones jurídicas.

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires (2014).

I - INTRODUCCIÓN. EL JUEZ

Antes de comenzar, corresponde hacer una serie de consideraciones relativas a la condición de magistrado, específicamente la de juez (los otros magistrados que nuestro ordenamiento jurídico establece son los del Ministerio Público Fiscal – fiscales – y los del Ministerio Público de la Defensa – defensores oficiales¹).

El juez es uno de los llamados *sujetos esenciales del proceso*²; es decir, es un interviniente imprescindible en la sustanciación de procesos judiciales. Es el funcionario llamado a decidir en el caso concreto, donde es quien encarna al Poder Judicial (ya se trate de tribunal unipersonal o colegiado). En el proceso penal, es el agente estatal llamado a ejercer la jurisdicción en el caso concreto, con los alcances específicos de su competencia; *la jurisdicción consiste en la aplicación del derecho en los casos concretos*³.

Un juez no es un simple funcionario o empleado público. Debe reunir toda una serie de requisitos objetivos, y su nombramiento requiere la intervención de los tres poderes del Estado. Así, para ser juez se requiere ser ciudadano argentino, abogado graduado en universidad nacional, con seis años de ejercicio y treinta de edad para ser camarista, y veinticinco años de edad con cuatro de ejercicio para juez de primera instancia⁴. Reunidos esos requisitos objetivos⁵, el postulante

¹ Conforme art. 120 de la Constitución Nacional, y las leyes 27.148 y 27.149, que organizan al Ministerio Público Fiscal y al de la Defensa, respectivamente.

² Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, TOMO I, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 161.

³ D'ALBORA, FRANCISCO J. (h), "*Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*". Abeledo Perrot, 2013, p. 39. Por su parte, Ricardo Levene entiende a la jurisdicción como una de las tres funciones fundamentales de la soberanía (junto con la legislación y la administración), y que consiste en declarar *cuál es el derecho en el caso concreto*. Asimismo, describe a la jurisdicción como *la facultad de administrar justicia(...) una capacidad abstracta, que se debe distinguir de la concreta, es decir, de la competencia* – Levenne, Ricardo (h), *Manual de Derecho Procesal Penal*, TOMO 1, Depalma, 2ª ed., 1993, p. 176 y ss. En igual sentido se expresa Mariano Borinsky, quien define a la jurisdicción como la *potestad de decir el Derecho*, como *el poder o la facultad de juzgar*, mientras que la competencia es la *medida de la jurisdicción* - Borinsky, Mariano (director), *Gestión Judicial Pública*, E. Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 33.

⁴ Arts. 5 y 6 del decreto ley 1285/58.

⁵ Si bien el art. 99, inc. 4º, tercer párrafo de la C.N. establece también como requisito no haber alcanzado la edad de 75 años para ser magistrado, a partir de los cuales se requiere un nuevo nombramiento cada 5 años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (último intérprete de la Constitución), en el caso "Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento" (fallo 100.350), en los considerandos 11), 12), 14), 15) y 16) sostuvo que la Convención Reformadora de la C.N. de 1994 se excedió en sus atribuciones al establecer una modificación no prevista por la ley de necesidad de reforma de la Constitución, por lo que declaró la nulidad de la

deberá presentarse a concurso de oposición y antecedentes convocado por el Consejo de la Magistratura, aprobar un examen, obtener una calificación resultante del mismo y de los antecedentes que el postulante acredite, superar una entrevista y resultar ternado junto con los otros dos candidatos con mejores calificaciones. Dicha terna es elevada al Presidente de la Nación, quien selecciona a uno de ellos y remite su pliego al Senado para su aprobación o rechazo, previa publicación de antecedentes y audiencia pública para que cualquier ciudadano pueda presentar sus adhesiones o impugnaciones⁶.

Al mismo tiempo, los jueces están sujetos a ciertas incompatibilidades para el ejercicio de la magistratura, a fin de garantizar su decoro y buen desempeño⁷, así como también su independencia e imparcialidad⁸.

Como contrapartida de tales exigencias, y a fin de posibilitar el correcto ejercicio de sus funciones, un juez goza de toda una serie de protecciones jurídicas. Así, la propia Constitución establece en su art. 110 que *conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones* (ver nota al pie n^o 5). Asimismo, sólo podrán ser removidos *por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por la comisión de crímenes comunes, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal*⁹. Dicho jurado será conformado por el Consejo de la Magistratura¹⁰. Mientras tanto los magistrados gozan de inmunidad de arresto: no pueden ser privados de su libertad, ni ser sus oficinas o domicilios allanados, así como tampoco se podrá interceptar su

reforma establecida en el art. 99, inc. 4, párrafo tercero de la C. N. En consecuencia, no hay límite máximo de edad para ser magistrado ni para permanecer en dicho cargo, al igual que en la Constitución de 1853/60.

⁶ Art. 99, inc. 4^o y art. 114 puntos 1 y 2 C.N., junto con el art. 13 ley 24.937 del Consejo de la Magistratura.

⁷ Art. 9^o Decreto ley 1285/58

⁸ Borinsky, Mariano (director), op. cit., p. 141

⁹ Art. 115 C.N., y su remisión al art. 53 C.N. respecto de las causales de remoción.

¹⁰ Art. 114, inc. 5^o C.N. y Título II de la ley 24.937 del Consejo de la Magistratura.

correspondencia, hasta tanto el Jurado de Enjuiciamiento no haya removido al juez en cuestión¹¹.

Ahora bien, debido a la complejidad del procedimiento de nombramiento de magistrados, el cual requiere distintas etapas, así como la intervención de los tres Poderes del Estado, no es de extrañar que el mismo demande varios meses desde su inicio hasta la asunción del nuevo juez. A este respecto, corresponde analizar el mecanismo mediante el cual se suple transitoriamente la situación de vacancia de un cargo de magistrado; esto es, la subrogancia.

II - EL JUEZ SUBROGANTE

La Real Academia Española define al verbo *subrogar* como *sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa*¹². En lo que aquí interesa, es la cobertura transitoria de una vacante de juez hasta tanto ésta sea regularmente ocupada, o bien la sustitución de un juez por otro cuando aquél deba abstenerse de intervenir en una determinada causa.

La subrogancia es el instituto procesal mediante el cual se suple transitoriamente a un magistrado en sus funciones cuando éste no puede realizarlas, ya sea para resolver un caso concreto (ante recusación o excusación¹³), o para todos (en caso de vacancia por renuncia, fallecimiento, suspensión o remoción; licencias, u otros supuestos en los que el magistrado en cuestión deje de desempeñarse como tal, ya sea por tiempo determinado o indefinidamente) mediante el nombramiento de otro magistrado para reemplazarlo.

¹¹ Art. 1º ley 25.320 sobre Régimen de Inmunidades para legisladores, funcionarios y magistrados.

¹² www.rae.es

¹³ La excusación y recusación son remedios procesales para salvaguardar la garantía de imparcialidad del juez. Así, mediante la excusación - art. 58 Cód. Procesal; arts. 55 y 58 Cód. Procesal aún vigente en el ámbito federal, respectivamente-, la parte puede solicitar el apartamiento del juez en la resolución del caso, invocando algún motivo *serio y razonable que funde la posibilidad de parcialidad*. La excusación, en cambio, es el apartamiento del juez del caso por iniciativa del propio magistrado, si se da alguno de los supuestos del art. 59 de dicho Código. Mientras que la recusación es una opción de las partes, un derecho, la excusación es una obligación del propio juez si verifica la existencia de alguna de las causales de la norma mencionada.

Un juez subrogante es, valga la redundancia, un juez. Ello implica que debe estar munido de todas las garantías, facultades y obligaciones que posee cualquier juez “estable”, “no subrogante”, o, por decirlo de otro modo, nombrado mediante los procedimientos normales previstos por el art. 114 C.N. y art. 13 de la ley 24.937. Así, debe reunir los requisitos objetivos y subjetivos para desempeñar el cargo a subrogar. Por ende, el subrogante debe ser alguien capaz de ser nombrado normalmente juez.

Las subrogancias pueden clasificarse siguiendo tres criterios:

- criterio particular/general: según que la subrogancia sea para un caso concreto o para todos los casos. El primer supuesto ocurre ante excusación o recusación, donde un juez subroga a otro inhibido; el segundo, ante vacancia (definitiva o por tiempo determinado). Para el caso concreto, en los hechos, suele designarse juez subrogante a otro de la misma jerarquía que el inhibido; en su defecto, a uno de instancia anterior y, recién en último término, a un conjuez.¹⁴
- criterio temporal: dependiendo de que la subrogancia sea por tiempo determinado, a plazo (supuestos de licencia, suspensión) o indeterminado (fallecimiento, remoción, renuncia).
- criterio personal: dependiendo de si quien subroga es otro juez, o bien un secretario o abogado inscripto como conjuez¹⁵.

III – LA GARANTÍA DEL JUEZ NATURAL

Reza el art. 18 de nuestra Ley fundamental: *Ningún habitante de la Nación puede ser (...) juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por ley antes del hecho de la causa*, quedando allí plasmada la llamada *garantía del juez natural*. Esta garantía establece, básicamente, la prohibición de elegir al tribunal o

¹⁴ Pues la inmensa mayoría de las veces estos casos quedan abarcados por el supuesto contemplado en el art. 1º de la ley 27.145, que prevé que, ante subrogancia por plazo menos a 60 días, la propia cámara del fuero designa al subrogante

¹⁵ Art. 3º ley 27.145

jueces, tanto por parte de la acusación como de la defensa, o de cualquier otro órgano (incluido el propio Poder Judicial y los demás poderes del Estado); asimismo, es un reflejo del principio de igualdad ante la ley¹⁶ y, sobre todo, una forma de asegurar la imparcialidad del tribunal.

Explica Luigi Ferrajoli que “juez natural” tiene tres sentidos, relacionados entre sí, cada uno de los cuales tiene su correlato en una prohibición; a saber:

- preconstitución del juez por la ley con anterioridad al hecho objeto del proceso. Implica la prohibición de *comisión*, es decir, de institución *post factum* de jueces extraordinarios o extraños al orden judicial; o, dicho de otro modo, “crear” un tribunal para el caso. Es lo que nuestra Constitución denomina *comisiones especiales*¹⁷. Por ende, sólo podrá ejercer la jurisdicción en el caso concreto aquel tribunal constituido por ley antes de los hechos a juzgarse y que sea competente conforme a las leyes de asignación de competencias;

- inderogabilidad e indisponibilidad de las competencias, cuyo correlato es la prohibición de *avocación*, es decir, de asignaciones discrecionales *post factum* de los procesos a órganos pertenecientes al Poder Judicial pero diversos de los asignados por la ley. En términos de nuestra Ley Fundamental, es la prohibición de que alguien sea sustraído de los jueces que por las leyes de competencia le correspondían para el caso. En otras palabras, no se pueden cambiar arbitrariamente los jueces ni tribunales intervinientes una vez ocurrido el hecho objeto del proceso¹⁸;

¹⁶ Art. 16 CN, art. 2 Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 7 DUDH, art. 24 CADH, art. 14.1 PIDCP.

¹⁷ Se los conoce también como “tribunales *ad-hoc*”, que son aquéllos creados para el caso, siempre posteriores a los hechos. Son muy frecuentes en el aún incipiente Derecho Penal Internacional, en el cual, según buena parte de la doctrina, el principio de legalidad no opera con la rigidez con que debe hacerlo en el derecho interno de los Estados. Al respecto, una de las grandes críticas al Tribunal Militar Internacional de Núremberg y todos los tribunales internacionales constituidos con anterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma (por el cual se crea la Corte Penal Internacional como tribunal permanente) es el hecho de ser tribunales *ad-hoc* – Zuppi, Alberto L., *Derecho Penal Internacional*, Abeledo Perrot, 2013, p. 154.

¹⁸ Maier explica que un tribunal de excepción podría ser creado por ley en la órbita del poder judicial: es lo que ocurriría *si se sustrae la causa del conocimiento del tribunal competente según la ley vigente a la época del hecho punible que se imputa, para atribuírsela a otro tribunal, elegido o creado por una nueva ley. Eso es, precisamente, aquello que intenta evitar la cláusula constitucional*

- supresión del sistema de fueros personales (*propio del ancien régime*), por lo que se establece la prohibición de jueces extraordinarios y especiales, es decir, implica el reconocimiento de la “competencia universal de cada tribunal” y de la unidad de jurisdicción. Así, todos los jueces ejercen íntegramente la jurisdicción, siendo la competencia lo que hace que intervenga uno y no otro.¹⁹

Maier resume esta garantía contenida en el precepto antes mencionado como una regla que determina que el único tribunal competente en un caso concreto es aquél designado como tal por la ley vigente al momento del hecho a juzgarse; y que las leyes de competencia siempre operan hacia el futuro, nunca retroactivamente (ni siquiera cuando el legislador así lo desee), menos aún para causas pendientes o en trámite²⁰.

En consecuencia, en un proceso sólo será competente el tribunal preestablecido por ley antes de que ocurriera el hecho objeto de aquél.

Cuando el art. 18 CN se refiere a los *jueces naturales* está haciendo alusión al órgano estatal, al tribunal (unipersonal o colegiado), y no a la persona de carne y hueso que ocupa el cargo de juez²¹. Es por ello que mediante los institutos de excusación y recusación no se transfiere la causa a la órbita de otro tribunal, sino que se cambia la integración del mismo para el caso concreto, mediante mecanismos preestablecidos que impliquen el azar en la desinsaculación a fin de que no pueda elegirse qué juez intervendrá, ya se trate de uno o varios magistrados. Por ende, no se contradicen con la norma constitucional.

Sin embargo, ello no significa que las partes o alguna de ellas (u organismo estatal de cualquiera de los tres poderes o el Ministerio Público) puedan cambiar libremente a los jueces intervinientes por otros; la competencia es inderogable y previa, y cada juez es independiente incluso de los otros jueces. Los mencionados

aquí analizada. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, TOMO I, Fundamentos*, Editores del Puerto, 2ª ed., 2012, p. 767.

¹⁹ Ferrajoli señala asimismo que aquellas consideraciones son aplicables también al Ministerio Público (Fiscal), *para que tampoco las funciones de acusación puedan ser manipuladas o de cualquier forma condicionadas por órganos extraños al proceso*. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, 2011, p. 590 y ss.

²⁰ Maier, op. cit.

²¹ Maier, *ibid.*

remedios procesales resguardan la garantía de que el juez interviniente sea imparcial, pero para que la excusación prospere debe ser revisada y decidida por la alzada, y tanto al recusar o al excusarse, se debe fundar la causal (la parte deberá demostrar que el juez no será o no es imparcial, o bien acreditar la razonabilidad del temor de que sea imparcial; el juez, al excusarse, deberá acreditar la causal en virtud de la cual lo hace).

Resumiendo, el sentido de la garantía del juez natural es la imposibilidad de dudar tanto al tribunal interviniente como a sus integrantes, a los efectos de que la decisión se funde en Derecho (el cual se presume justo) y no en otra cosa. La naturalidad del juez es un presupuesto de su imparcialidad.

Esta garantía puede sintetizarse en el dicho “la Justicia es ciega”: no significa que ella no vea lo que hace, sino que lo hace con independencia de quién sea el sujeto sobre el cual recaiga. La recusación y excusación están, por así decirlo, para mantener la venda en sus ojos.

IV – RÉGIMEN DE SUBROGANCIAS

IV. a) El sistema previsto por la ley 26.376:

Vigente desde el 4 de junio de 2008, la ley 26.376²² establecía el mecanismo para cubrir vacantes de jueces en los tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia por *motivo de recusación, excusación, licencia, vacancia u otro impedimento*.

Básicamente, estipula que la propia Cámara en la que se suscite dicha situación debe designar a un juez subrogante de igual competencia de la misma jurisdicción, *teniendo prelación el juez de la nominación inmediata siguiente en aquellos lugares donde tengan asiento más de un juzgado de igual competencia*; y que, de no ser ello posible, *por sorteo, entre la lista de conjueces confeccionada por el Poder Ejecutivo nacional*. Así, por ejemplo, las vacantes de la CFCP debían cubrirse prioritariamente con jueces de la misma, o miembros de tribunales orales

²² Boletín Oficial: 4 de junio de 2008.

federales; y sólo en caso de no ser ello posible, con algún abogado o secretario judicial de la lista de conjueces mediante sorteo.

De este modo, por medio del acuerdo de sus miembros, la propia cámara designaba al subrogante entre alguno de ellos, o bien a un juez de tribunal oral federal (que en la escala jerárquica judicial son los que les siguen en orden de prelación y jurisdicción a los jueces de la CFCP²³).

Ahora bien, es menester destacar que en mayo de 2008 fue sancionada la ley 26.371, que desdobló las funciones de la hasta entonces Cámara Nacional de Casación Penal transformándola en CFCP (limitada a la competencia federal), y creando la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (con competencia ordinaria como tribunal de alzada de los tribunales orales en lo criminal con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los juzgados de ejecución penal de la misma, y como superior tribunal de los juzgados de instrucción de aquella ciudad). Sin embargo, dicho desdoblamiento no se materializó sino hasta febrero de 2015 (cuando comenzó a funcionar este nuevo tribunal), por lo que, en los hechos, hasta entonces no hubo ningún cambio en el máximo tribunal penal más que en su nombre: mantuvo su competencia en razón de la materia tanto federal como ordinaria: la primera sobre todo el territorio nacional; la segunda, sobre los tribunales nacionales con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

IV. b) El nuevo marco normativo de la ley 27.145:

El pasado 18 de junio de 2015 entró en vigencia la ley 27.145²⁴, la cual deroga la 26.376 y establece un nuevo régimen de subrogancias. Así, se instituye al Consejo de la Magistratura como la autoridad que designa magistrados subrogantes *en casos de licencia, suspensión, vacancia, recusación, excusación o cualquier otro*

²³ Acordada 9/2005 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

²⁴ Boletín Oficial: 18 de junio de 2015

impedimento de los jueces o juezas²⁵ de los tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, salvo el caso de licencia por un plazo igual o inferior de 60 días, en cuyo caso será la propia Cámara la que hará la designación, con comunicación al Consejo de la Magistratura (art. 1º, primer párrafo).

La otra novedad que trae esta norma es el contenido de su art. 2º, mediante el cual, al cubrir una vacante, ya no habrá prioridad de magistrados por sobre listas de conjueces (abogados y secretarios judiciales inscriptos a tal efecto); sino que el Consejo de la Magistratura, por mayoría absoluta de los miembros presentes, elegirá a algún juez de cámara o conjuez²⁶ para cubrir la vacante.

De este modo, al nombrarse un subrogante se pone en pie de igualdad a magistrados y abogados o secretarios inscriptos en lista de conjueces, y se suprime el sorteo de éstos últimos dos: por mayoría absoluta de los miembros presentes del Consejo, éste elegirá al candidato. El mismo está integrado por 13 miembros²⁷, siendo el quorum requerido para sesionar 7 presentes²⁸. Así, bastará con el voto de 4 consejeros para designar un juez subrogante si la sesión fuese con quorum mínimo²⁹.

Quienes sean designados jueces subrogantes *ocuparán el cargo en cuestión hasta que cese la causal que generó su designación, sin perjuicio de las responsabilidades y obligaciones propias de la función, conforme el art. 7º de la ley en cuestión.* Es decir, la subrogancia cesa cuando se termina la situación que la generó, a saber: culminación de la causa en la que el magistrado debía abstenerse de intervenir, o bien ante el nombramiento de un juez conforme arts. 114 incs. 1 y 2 y 99 inc. 4 CN para cubrir definitivamente el puesto vacante. No existen otras causales de cese de subrogancias. Por lo demás, los jueces subrogantes están sujetos a las mismas causales de remoción que los jueces “titulares”.

²⁵ La redacción defectuosa por redundancia en los sustantivos es la letra de la propia ley, no un error de este autor.

²⁶ Si bien por el art. 3º de la norma las listas de conjueces deben contar con acuerdo del Senado, al no mediar previamente concurso público de oposición y antecedentes, el cuerpo legislativo difícilmente pueda evaluar a los candidatos más allá del cumplimiento de los requisitos objetivos para ejercer la magistratura.

²⁷ Art. 2º Ley 24.937 modificado por el art. 1º Ley 26.080.

²⁸ Art. 9º Ley 24.937 modificado por el art. 5º Ley 26.080.

²⁹ Art. 2º ley 27.145 en conjunto con el art. 9º Ley 24.937 y su modificatoria 26.080.

V - EL IMPERATIVO DEL ART. 114 CN COMO ÚNICA VÍA VÁLIDA PARA LA DESIGNACIÓN DE MAGISTRADOS

Lo que en el punto II he denominado “criterio personal” para diferenciar entre jueces que subrogan a otros de aquellos sujetos que, sin ser jueces, subrogan la función jurisdiccional, es el que merece la mayor atención. Ello, debido a que se trata del ejercicio de la jurisdicción en manos de, por un lado, personas designadas conforme a los procedimientos constitucionales (jueces titulares) y, por el otro, de quienes no gozan de dicha condición. Es decir, la subrogancia puede ser ejercida por alguien que ya es juez (que ya superó las etapas necesarias para serlo, que ya cuenta con la calificación para resultar ternado, con propuesta del Poder Ejecutivo, acuerdo del Senado y jura como magistrado); y por el otro, por personas que, además de los requisitos objetivos para ser magistrados, tan sólo cuentan con un lugar en las listas para conjueces y los votos de al menos 4 miembros del Consejo de la Magistratura. Quiérase o no, las condiciones objetivas de idoneidad, independencia e imparcialidad de unos y otros no son las mismas, sin perjuicio de las cualidades personales de cada uno (condiciones subjetivas). Y ello, precisamente, debido a las garantías e inmunidades inherentes a la calidad de magistrado, de las cuales los conjueces no gozan, además de la imposibilidad de conocer la verdadera idoneidad de cada postulante en virtud de lo secreto del procedimiento de la ley 27.145. Más adelante veremos lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo al respecto.

Pero, en mi opinión, el principal llamado de atención al sistema de subrogancias estriba en la propia letra de la Constitución Nacional: ella establece que, a nivel federal, el *ius puniendi*³⁰ será ejercido por los jueces de la Nación, e indica quiénes son los mismos: los designados conforme a los mecanismos del art. 114 de aquélla. No otros. En consecuencia, así como *nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o*

³⁰ En el ámbito penal, entendiéndolo como “potestad penal del Estado”, que siempre se relaciona con la reafirmación de los valores y fines comunitarios; y que constituye una obligación estatal, no una facultad – conforme Yacobucci, Guillermo J., *La deslegitimación de la potestad penal*, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000, p. 52

sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa³¹, nadie puede ser penado por quien no sea juez conforme la propia Constitución.

He aquí, entonces, un serio cuestionamiento a la constitucionalidad de la ley 27.145, en cuando prevé la designación como juez subrogante de personas que no son las autorizadas por la Ley Suprema para juzgar a los ciudadanos.

VI – EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 27.145

VI. a) Planteamiento de la cuestión:

Como se dijo, es cuestionable la constitucionalidad de una norma que establece la validez de sentencias dictadas por quien no fue investido magistrado de conformidad con el mecanismo previsto por el art. 114 CN; sin embargo, la ley 27.145 lo autoriza al permitir la designación de conjueces por decisión de la mayoría absoluta del Plenario del Consejo.

El art. 167 inc. 1 del Código Procesal Penal aún vigente en el orden federal^{32 33} establece como causal de nulidad absoluta³⁴ *la inobservancia de las disposiciones concernientes al nombramiento, capacidad y constitución del juez o representante del Ministerio Público Fiscal.*

Por su parte, el nuevo Código³⁵ incluye expresamente como principio fundamental del proceso la garantía de juez natural en su art. 7º en los siguientes términos: (...)

³¹ Garantías constitucionales relativas a la calidad del juez. Art. 18 C.N.

³² Ley 23.984 y sus modificatorias: Código Procesal Penal de la Nación.

³³ Si bien excede el objeto del presente trabajo, no puede dejar de mencionarse lo inédito e inconveniente de que existan dos ordenamientos procesales vigentes simultáneamente a nivel nacional. Más aún cuando la nueva legislación rige para tribunales cuya competencia debe ser transferida a la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

³⁴ Siguiendo a Fernando de la Rúa, *Las nulidades pueden ser absolutas o relativas (...)* Son nulidades absolutas (...) las que por su carácter son insubsanables y pueden ser declaradas aun de oficio en cualquier estado y grado del proceso (...) deben ser consideradas también como nulidades absolutas las causadas por inobservancia de principios de la constitución o de las leyes de fondo. Señala que la infracción de las leyes que imponen formas consideradas como sustanciales o esenciales está protegida por el legislador con una sanción capaz de privar de sus efectos al acto en que no se las respeta (la nulidad) – de la Rúa, Fernando, *La Casación Penal*, Lexis Nexis, 2006, p. 72 y ss. En igual sentido D’Albora, Francisco J., *op. cit.*, p. 251. En sintonía con ello, Mariano H. Silvestroni sostiene que *Cuando un acto procesal lesiona una garantía constitucional el acto es nulo por imperio de la propia Constitución* – Silvestroni, Mariano H., *Manual del Abogado Defensor*, Editores Del Puerto, 2011, p. 65.

³⁵ Ley 27.063, vigente para la justicia nacional de la Ciudad de Buenos Aires.

*La potestad de aplicar la ley en los procedimientos penales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales designados de acuerdo con la Constitución e instituidos por ley con anterioridad al hecho objeto del proceso (el subrayado es mío). Si bien puede considerarse a la inclusión de este precepto como una redundancia de la ley (por reiterar una garantía constitucional suficientemente clara en el art. 18 C.N. y en tratados internacionales de la misma jerarquía en nuestro ordenamiento), ésta se inscribe, a mi entender, en una apropiada técnica legislativa conforme a la cual se estableció una *PRIMERA PARTE* como parte general, en la cual se regulan institutos aplicables a todo el proceso penal, en todas sus etapas.*

Asimismo, el art. 122 del mismo Código, incluido en dicha sección, prescribe la nulidad de *los actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales de Derecho Humanos y en este Código.*

Ahora bien, cabe preguntarse si el ejercicio de la jurisdicción por parte de un conjuer constituye *inobservancia de las disposiciones concernientes al nombramiento, capacidad y constitución del juez o inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales de Derecho Humanos* y el Código Procesal; o no.

VI. b) El precedente “Rosza” de la CSJN:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo ocasión de expedirse al respecto en 2007, mediante el fallo “Rosza”³⁶. En aquél entonces se cuestionó la constitucionalidad de la entonces vigente ley 25.876 del Consejo de la Magistratura, en virtud de la cual se establecía un régimen de subrogancias que habilitaba a jueces de primera instancia para cubrir transitoriamente cargos de camarista, y a secretarios judiciales para hacer lo propio con los primeros. A raíz de ello, dicho organismo dictó la resolución 76/2004 estableciendo que los

³⁶ CSJN, R. 1309. XLII. REX, 23/5/2007

tribunales de alzada o los que ejercen la superintendencia pueden designar subrogantes a magistrados en ejercicio, a jueces jubilados que hayan sido nombrados con acuerdo del Senado, a abogados de la matrícula federal que reúnan los requisitos para ocupar los cargos de que se trata o, para reemplazar a jueces de primera instancia, a secretarios de cámara o de primera instancia³⁷.

Dijo la Corte en dicho caso que la reglamentación de subrogancias no puede prescindir de las garantías de inamovilidad del cargo, inmunidad, inamovilidad e intangibilidad remuneratoria, ni del especial sistema de responsabilidad de los magistrados designados de conformidad al mecanismo previsto por la Constitución³⁸. Por ello declaró la inconstitucionalidad de la Res. 76/2004 del Consejo de la Magistratura.

Sin embargo, el Alto Tribunal aclaró en el considerando 21) que, a pesar de la mencionada incompatibilidad con nuestra Ley Suprema, mantendría la validez de lo actuado por quienes habían sido designados subrogantes de aquella manera, a fin de evitar *un caos institucional* y la eventual *paralización del servicio de justicia*³⁹.

Creo que la decisión es acertada: de haberse aplicado la llamada *doctrina del fruto del árbol venenoso*, conforme la cual la nulidad de un acto por violación de garantías constitucionales se extiende a todos los actos subsecuentes que deriven de aquél⁴⁰, efectivamente se habría provocado una situación de extrema inseguridad jurídica; ya que hubiese implicado el desconocimiento de miles de resoluciones judiciales (tanto las dictadas por conjueces como las de jueces titulares derivadas de las primeras).

A pesar del buen tino de la decisión mayoritaria, creo que lo más destacable del fallo es el voto concurrente del Dr. Carlos Fayt. Como ya es costumbre, éste magistrado supo resumir con claridad meridiana el eje de la cuestión. Así, en su

³⁷ Arts. 2, 4, 7, 10 y 11 Res. 76/2004 Consejo de la Magistratura, citados por la CSJN en el fallo en cuestión.

³⁸ Del voto de la mayoría, considerando 16)

³⁹ Con cita en la doctrina de la Lex Barbarius Philippus del Derecho Romano (Digesto, Libro II, Título XIV, 3), y de la Suprema Corte de EE.UU., en lo relativo a que *el pasado no siempre puede ser borrado por una nueva decisión de la justicia*.

⁴⁰ Carrió, Alejandro D., *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, 5ª., Hammurabi, 2012, p. 315.

considerando 16) recordó que *desde un primer momento y al reglamentar su funcionamiento en las leyes consecuentes, el propio Congreso de la Nación destacó de manera expresa que el Consejo “ejercería la competencia prevista en el art. 114 de la Constitución Nacional”. Y en ese marco, jamás se previó o reconoció la potestad de designar a jueces federales o nacionales, siquiera de manera temporaria (el subrayado es mío). Luego, en el cons. 21) remarcó la calidad de juez, al decir *Que la condición de juez se obtiene (...) si se han satisfecho los requerimientos constitucionales establecidos al efecto; por lo que resulta imposible sostener que “sólo” es necesario seguir el procedimiento establecido en la Constitución Nacional en caso de designaciones definitivas, en tanto las transitorias quedarían salvadas mediante el régimen de subrogancias.**

VI. c) Inconstitucionalidad de la ley 27.145:

VI. c) 1. Inconstitucionalidad por repetición de los motivos del fallo “Rosza”:

Ahora bien, el nuevo régimen estatuido por la ley 27.145 se diferencia del que la Corte declarara inconstitucional en el citado fallo “Rosza” en la mayor discrecionalidad del Consejo de la Magistratura al momento de seleccionar subrogantes, en desmedro de los tribunales superiores o de superintendencia. Además, relaja los requisitos que el aspirante a conjuer debe reunir para poder ser designado. A saber:

- La posibilidad de nombrar secretarios y abogados de la matrícula no se limita a subrogancias de primera instancia, sino que abarca a todos los tribunales inferiores a la Corte Suprema, sin siquiera un orden de prelación entre conjuer y jueces.
- Las Cámaras Federales de las provincias y los tribunales con superintendencia quedan privados de realizar las designaciones por plazo superior a 60 días, ubicándose éstas exclusivamente bajo la órbita del Consejo, el cual las realiza por

mayoría absoluta de votos del total de los presentes (por ende, 4 votos serían suficientes ante el quorum mínimo, que es de 7 miembros).

- Las listas de conjueces son confeccionadas discrecionalmente por el Consejo de la Magistratura⁴¹.

- Como único requisito previsto para la selección de conjuez se establece que *la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura, emitirá un dictamen que será puesto a consideración del Plenario del nombrado Consejo*⁴².

En otras palabras, todos aquellos motivos que llevaron a tan drástica decisión del Máximo Tribunal en el citado caso “Rosza” se hacen presentes en la nueva ley, con el agravante de que se acentúan; ello, sin mencionar lo inexcusable del obrar legislativo (y del Poder Ejecutivo en la promulgación) en virtud de aquél precedente.

VI. c) 2. Inconstitucionalidad por violación al principio de razonabilidad:

Estas características de la norma aquí analizada presentan un vicio extra, quizás más genérico pero no por ello menos reñido con la Ley Fundamental: la violación al principio de razonabilidad de los actos de gobierno, derivado del art. 28 CN, según el cual *los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*.

G. Yacobucci explica que la *razonabilidad aparece entonces como un valor que impide la arbitrariedad y por ende está en la base de legitimidad de las decisiones del ius puniendi dentro de un sistema republicano encarnado en el Estado de Derecho*⁴³.

Este principio constituye un límite a la reglamentación de los derechos individuales, y se compone de dos elementos: proporcionalidad entre el objeto

⁴¹ Conforme el art. 3, por la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial.

⁴² Art. 13, anteúltimo párrafo de la ley 27.145.

⁴³ Yacobucci, Guillermo J., *El Sentido de los Principios Penales*, B de F, 2014, p. 680.

buscado por la norma y el medio escogido para obtenerlo, por un lado; y coherencia entre la ley y la Constitución, por el otro.⁴⁴

Los actos y decisiones de gobierno se justifican en la medida en que sean razonables. Tiene dicho la Corte que *la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces (...) verificar el cumplimiento de dicha exigencia*⁴⁵.

Resulta más que evidente cómo la ley 27.145 viola este principio de dos maneras:

- en primer término, porque le atribuye al Consejo de la Magistratura una facultad que le está vedada por los arts. 144 y 99 inc. 4º de la Constitución. Ningún organismo público puede realizar más que aquello que sus normas constitutivas prevén como facultades del mismo, menos aun cuando otra norma estatuye a otro la competencia para el acto en cuestión⁴⁶. En este caso, es la propia Constitución la norma que prescribe que sólo el Poder Ejecutivo es competente para el nombramiento de jueces, previo acuerdo del Senado. Falla entonces el requisito de coherencia entre la norma y la Constitución para la razonabilidad de aquélla;
- en segundo lugar, porque no se verifica proporcionalidad entre medios y fines: al no existir un orden de prelación ente jueces de cámara y de primera instancia, ni entre jueces y secretarios, ni entre secretarios y abogados, se pone en pie de

⁴⁴ Sola, Juan Vicente, *Manual de Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, 2006, p.143 y ss.

⁴⁵ Caso "Ducilo SA s/recurso de amparo" 22/3/1984, citado por Juan Vicente Sola, op. cit.

⁴⁶ Sostiene Agustín Gordillo que *siempre es algún órgano determinado y no otro el que puede realizar la actividad; siempre es determinada actividad y no otra la que puede realizar un órgano: cuando se excede de sus atribuciones propias el acto está viciado de incompetencia* – Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, TOMO 1, Fundación de Derecho Administrativo, 10ª ed., 2009, p.X-23. En la misma línea, pero en el marco del proceso penal, Pablo Turano entiende que, como la titularidad de la acción penal pública corresponde al Ministerio Público (art. 120 CN), la AFIP y los demás organismos públicos deberían actuar como auxiliares de la justicia, pero no como querellantes autónomos, a pesar de las leyes y decretos que así la facultan, junto con cierta jurisprudencia – Turano, Pablo, *El organismo recaudador como querellante en el proceso penal económico*, Revista de Derecho Público 2001-2, Rubinzal-Culzoni.

igualdad situaciones notoriamente disímiles⁴⁷. Además, abre la puerta a que se produzcan de designaciones arbitrarias por parte de dicho organismo, toda vez que la designación de subrogantes y conjueces no se realiza por ninguna clase de sorteos y sin que medie concurso alguno que permita, al menos, evaluar los méritos de cada candidato.

A este respecto corresponde señalar que esta norma tampoco atiende a la exigencia constitucional de idoneidad como requisito para la admisión de los empleos públicos, integrante de la garantía de igualdad ante la ley prevista en el art. 16 CN. Ello se desprende del art. 3º anteúltimo párrafo de la ley 27.145, por cuanto faculta al Plenario del Consejo a seleccionar subrogantes sujeto sólo a dos requisitos: condiciones objetivas para ser nombrado juez y dictamen de la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial (por cierto, dicho dictamen podría ser contrario al postulante, mas como no es vinculante sólo se exige que aquel exista, pero no que tenga un contenido en particular). Sin embargo, nada se dice acerca de cuáles son los criterios que llevan al Plenario (por mayoría simple) a seleccionar a un candidato por sobre otro, más allá del último párrafo del art. 3º, según el cual se deberán tener en cuenta los antecedentes profesionales y disciplinarios de los mismos, y que *se considerará especialmente su disponibilidad para dedicarse de manera exclusiva al cumplimiento de la función que se le asigne*. Nada dice acerca de cómo valorar esos antecedentes.

Así, esta norma permite paradojas como las siguientes cuatro que se mencionan a modo ejemplificativo:

1º - para ser juez “titular” se requiere el acuerdo de al menos 19 senadores⁴⁸, mientras que para ser juez subrogante o conjuez bastaría con el voto de 4 consejeros⁴⁹.

⁴⁷ Si bien estas cuatro categorías tienen en común el requisito de ser graduado de la carrera de Abogacía, las funciones procesales de cada uno son bien distintas de las de los demás, pudiendo afirmarse que la del abogado de la matrícula es la más disímil.

⁴⁸ Art. 16 Reglamento de la Cámara de Senadores de la Nación, según el cual el quorum requerido para sesionar es de 37 senadores (mayoría absoluta), junto con el art. 144 inc.4, segundo párr. CN. El acuerdo senatorial de jueces no requiere mayorías especiales. De más está decir que el mismo

2º - hay más requisitos para ingresar como empleado al Poder Judicial que para ser nombrado que conjuer, ya que para lo primero se requiere no sólo idoneidad técnica (al menos a partir de cierta jerarquía en la cual es condición sine qua non poseer título de abogado), la recomendación expresa de un juez, el acuerdo de la mayoría del acuerdo del tribunal con superintendencia y cumplir con los requisitos previstos por la ley 26.861 (aún no operativa) y el decreto ley 1285/58 (inclusive sin estabilidad laboral), sino también un examen de aptitud psicofísica al cual los candidatos a subrogar funciones jurisdiccionales no están sometidos. En otras palabras, es objetivamente más fácil reunir los requisitos para ser juez subrogante que, al menos, Prosecretario de Cámara.

3º- ante dos currículos iguales, con idénticos antecedentes disciplinarios, pero donde un candidato no trabaja desde hace cinco años aunque habiendo comenzado a hacerlo cinco años antes que el otro, el primero tendría prioridad en virtud de su mayor “disponibilidad”.

4º- una resolución judicial es nula si contiene algún vicio de forma, pero una sentencia condenatoria dictada por un conjuer es válida.

El respeto a la razonabilidad de los actos de gobierno indica que hubiese correspondido un régimen de subsidiariedad entre las distintas categorías. Una posibilidad: que ante una vacante de camarista, que primero deba cubrirse con un juez del mismo grado; de no ser ello posible, con uno de primera instancia mediante sorteo de postulantes que ostenten dicha jerarquía; si no hubiere voluntarios, que aquélla subrogancia sea una carga para el juez que resultare sorteado, y que éste sea a su vez reemplazado por otro magistrado (ejerciendo ambas funciones) de primera instancia; y que sólo si fuese imposible ese camino (lo cual resulta poco probable), convocar a magistrados jubilados. Si tampoco pudiese seguirse esa vía, entonces ya se estaría ante una situación de emergencia en la cual podría habilitarse la subrogancia en manos de un secretario y, subsidiariamente, de un abogado, siempre y cuando se trate de personas ternadas

para la conformación de listas de conjueres no tiene la misma entidad, por lo que no puede ser equiparado.

⁴⁹ Art. 2º ley 27.145.

en concurso público de oposición y antecedentes para cubrir magistraturas, o bien aprobados los exámenes respectivos si aún no hubieren sido confeccionadas las ternas. Asimismo, toda reemplazo transitorio debería efectuarse mediante sorteo siguiendo pautas objetivas, y nunca por decisión discrecional de ningún órgano; menos aun cuando el mismo no está constitucionalmente habilitado a tal efecto (como es el caso del Consejo de la Magistratura). Ésta tan sólo es una posibilidad entre tantas otras imaginables menos reñidas con la letra de la Constitución.

Por lo demás, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Civiles y Políticos, con jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁰, establece en su art. 14.1 que los tribunales penales deben ser independientes, imparciales y establecidos por ley. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas sostuvo en su observación n° 32 que estos requisitos *son un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna, y que el requisito de independencia se refiere, en particular, al procedimiento y las cualificaciones para el nombramiento de los jueces, y las garantías en relación con su seguridad en el cargo (...) y la independencia efectiva del poder judicial respecto de la injerencia política por los poderes ejecutivo y legislativo. (...) Los Estados deben adoptar medidas concretas que garanticen la independencia del poder judicial, y proteger a los jueces de toda forma de influencia política en la adopción de decisiones por medio de la constitución o la aprobación de leyes que establezcan procedimientos claros y criterios objetivos para el nombramiento (...) de la judicatura...*⁵¹(el subrayado es mío).

El procedimiento para el nombramiento de magistrados subrogantes y conjueces previsto en los arts. 2 y 3 de la ley 27.145 no se ajusta a dichas directivas. Básicamente, no resulta un procedimiento claro, pues no se hace referencia a cuáles son los criterios que debe seguir la Comisión de Magistrados y Escuela Judicial para confeccionar las listas de conjueces, ni al emitir su dictamen para ser puesto a consideración del Plenario del Consejo ante vacantes (el cual, reitero, no

⁵⁰ Conforme el art. 75 inc. 22 CN

⁵¹ Cita hecha por G. Yacobucci al referirse a la importancia del principio material de bien común político en el campo penal – Yacobucci, Guillermo, *El Sentido...*, p. 247

es vinculante para éste de acuerdo a la letra de la ley). Quizás el candidato a conjuer sea el jurista más idóneo de todos los tiempos, pero la evaluación de sus cualidades escapa al debido control de los actos de gobierno, ya que queda *in pectore* para todo aquél que no sea consejero de la Magistratura con intervención en la decisión acerca del nombramiento⁵². En cambio, la idoneidad de un juez que subroga a otro ya fue acreditada al momento de concursar, resultar ternado, someterse a impugnaciones y adhesiones públicas y obtener el acuerdo del Senado.

Recapitulando, no se entiende cuál es el fundamento que justifica la equiparación de magistrados con funcionarios y abogados, ni cuál es la contingencia que torna imperioso evitar el sorteo. Explica Juan Vicente Sola que *la contrapartida de ser la razonabilidad la justificación de la regulación es que sea un límite a la discrecionalidad*⁵³. En este caso ocurre exactamente lo contrario: la razonabilidad de la regulación se ve limitada por la discrecionalidad.

Esta vulneración al principio de razonabilidad repercute principalmente en la garantía del juez natural del art. 18 CN, la cual es contrariada por la ley 27.145 en al menos dos de sus tres caracteres descriptos por Ferrajoli⁵⁴, a saber:

- preconstitución del juez por la ley con anterioridad al hecho objeto del proceso: pues, al permitir la cobertura de vacantes por la sola decisión del Plenario del Consejo de la Magistratura, todos aquellos hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley que recaigan en algún tribunal con vacancias aún no cubiertas estarán sujetos al arbitrio de aquel organismo. Por lo demás, en este punto la norma se presta a manipulaciones groseras, ya que en el hipotético supuesto de que alguno o más consejeros tuvieren algún interés (legítimo o ilegítimo) en algún proceso judicial que recayere (en cualquier instancia procesal) en alguno de estos tribunales, podrían seleccionar discrecionalmente al magistrado o conjuer que prefieran para desempeñarse como subrogante. En este caso, se estaría constituyendo una verdadera *comisión especial*, y estaríamos ante

⁵² En el fallo "Daray" la corte entendió que una detención policial no era razonable si a las causas en que se basó *los agentes policiales las han mantenido "in pectore" y no han dejado expresión de ellas* (consid. 12) - CSJN - Fallos, 317:1985; LL, 1995-B-349.

⁵³ Sola, Juan Vicente, op. cit.

⁵⁴ Ver punto III del presente ensayo.

un supuesto de *fraude de ley*⁵⁵. Por lo demás, la designación de un conjuez siempre implicará una violación a la preconstitución del juez;

- inderogabilidad e indisponibilidad de las competencias: ya que cuando hubiere alguna vacante en un tribunal, el Consejo podría asignarle a su sólo arbitrio los jueces que decida designar como subrogantes, o, peor aún, conjueces; es decir, se estaría ejerciendo una disposición de la competencia jurisdiccional;

- supresión del sistema de fueros personales: éste es el único carácter de la garantía del juez natural que no parece ser violentado por la ley 27.145. Sin embargo, al igual que en el de preconstitución del tribunal, el interés legítimo o ilegítimo de los consejeros podría llevar, ante una situación generalizada de cargos judiciales sin cobertura, a la constitución de facto de un sistema de fueros personales regido por aquellos intereses.

Toda vez que se designe como subrogante a un conjuez (abogado particular o secretario judicial) se estará constituyendo una comisión especial o tribunal ad-hoc en cada uno de los procesos en los que interviniere, los justiciable serían sustraídos de sus jueces naturales (que son aquéllos designados conforme a la Constitución); en fin, se estará atentando contra la garantía del juez natural y, así, el debido proceso no será el proceso habido.

En atención a las consideraciones efectuadas, el mecanismo establecido por la ley 27.145, según el cual el Consejo de la Magistratura elige y designa jueces subrogantes y conjueces, se asemeja más al sistema del derecho castellano-indiano del siglo XVI, donde, como explica el Dr. Levaggi, el rey era el titular de la jurisdicción y la delegaba a su arbitrio en funcionarios menores, conservando para

⁵⁵ Eduardo Javier Riggi, si bien en materia de derecho penal sustantivo, explica que *el primero de los rasgos que caracteriza al fraude de ley es el culto que el sujeto le tributa a la literalidad de la ley, pretendiendo mostrar, prima facie, la obediencia o el respeto a su texto*; pero que, asimismo, mediante su conducta se provoca el fin que la norma pretende evitar – Riggi, Eduardo J., *Interpretación y ley penal*, Ad-Hoc, 2013. En el caso que aquí nos ocupa, materia de derecho procesal penal, el fraude a la ley estaría dado por la vulneración de preceptos constitucionales mediante la sanción y aplicación de leyes cuya literalidad es contraria a los mismos. Sin embargo, el constituyente fue sabio al plasmar la manda del art. 28 CN y el control de constitucionalidad difuso a fin de evitar desviaciones del poder, como entiendo que es la ley 27.145.

sí la titularidad y la potestad de avocarse su ejercicio en cualquier momento⁵⁶; que al de uno propio de Estado republicano federal.

Por ende, podemos afirmar la inconstitucionalidad de la ley 27.145, sin que exista manera alguna de forzar la interpretación de su letra hasta el punto de tornarla ilusoriamente compatible con la Constitución Nacional. Quien no cuente con acuerdo del Senado a propuesta del Poder Ejecutivo previa terna del Consejo de la Magistratura no es un juez, sino a lo sumo un funcionario judicial con atribuciones delegadas contra legem.

VII - LA REMOCIÓN DE L. CABRAL COMO VOCAL SUBROGANTE DE LA CFCP

VII. a) Breve reseña de los hechos. La resolución 180/2015 del CM:

Corresponde hacer la salvedad de que haré sólo una breve reseña histórica de los hechos, en la que he seleccionado aquellos que estimo más relevantes; para luego adentrarme en el análisis jurídico de la cuestión. Asimismo, he elegido este caso por entenderlo paradigmático al tratarse de un caso concreto de aplicación de la ley 27.145 (luego veremos si correcta o incorrectamente) y por la jerarquía del tribunal sobre el que recae.

Luis M. Cabral es juez de cámara, integrante del Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 desde 1993. En 2011 fue designado juez subrogante de la CFCP⁵⁷. Dicho nombramiento fue cuestionado por parte de los vocales del organismo, alegando violación del procedimiento de la ley 26.376 (entonces vigente), toda vez que, sostenían, debía priorizarse la designación de algún Magistrado federal antes que de uno en lo criminal, y que dicha designación debía hacerse realizarse por sorteo⁵⁸. Sin embargo, la decisión se mantuvo por mayoría de votos, con el fundamento de que, si bien por la ley 26.371 se creaba una nueva cámara de casación con competencia ordinaria, lo cierto es que aún no existía más que en la

⁵⁶ Levaggi, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino. Castellano - Indiano/nacional. Judicial. Civil. Penal*, tomo II, Lexis Nexis, 3ª ed., 2005, p.6.

⁵⁷ Acordada 5/11 CFCP, punto I, dictada el 31 de agosto de 2011, que nombra al Dr. Cabral a partir del 20 de septiembre del mismo. En la misma no constan disidencias.

⁵⁸ Conforme lo preveía el entonces vigente art. 31 del decreto ley 1285/58 según art. 10 ley 26.371.

letra de la ley, razón por la cual se adujo válida la subrogancia de Cabral. Es decir, como la CFCP conservaba las competencias federal y ordinaria, no había razón para que sus vacantes fuesen cubiertas con jueces subrogantes federales solamente.

En 2013, el acuerdo tribunal volvió a tratar la subrogancia del magistrado en cuestión. Así, por resolución 1/2013, la mayoría de sus miembros decidió la permanencia del Dr. Cabral *hasta tanto la vacante sea cubierta según el sistema institucional*. Por su parte, la minoría entendió que la vacante debía ser cubierta mediante el entonces nuevo régimen de subrogancias establecido por la ley 26.371; hubo pronunciamientos posteriores en idéntico sentido, con disidencias similares a las originarias.

Ya en 2015, por resolución 500/15 dictada el 4 de junio, la presidente de la Cámara prorrogó a partir del 1º de julio hasta el 31 de diciembre del mismo año la designación como jueces subrogantes de los Dres. Ana Dieta de Herrero y Jorge H. Gettas en el Tribunal Oral en lo Criminal nº 9, en reemplazo del Dr. Cabral y otra vacante de aquél. Y el día 18 de junio del mismo año entró en vigencia la ley 27.145.

El día 25 del mismo mes y año, el Plenario del Consejo de la Magistratura dictó la resolución 180/2015, en la cual, con fundamento en el nuevo régimen establecido por aquella nueva ley, se resuelve designar al abogado Marcelo Vázquez como conjuer de la CFCP en reemplazo de Luis M. Cabral con intervención *en la totalidad de las causas en las que el citado ejerza la función como juez subrogante...*⁵⁹, cubrir mediante otros dos conjuerces otras vacantes del tribunal que estaban siendo subrogadas por jueces de aquél, no alterar otras dos del mismo, y mantener por 60 días las designaciones de subrogantes en las cámaras federales, nacionales y tribunales orales hasta tanto éstos informen la situación de vacancias. En la misma fecha, el nombrado Vázquez juró en el cargo.

⁵⁹ Punto 1º del resolutorio de la Res. 180/2015 CM

VII. b) ¿Puede el CM poner fin a una subrogancia mediante la designación de otro subrogante o un conjuer?

Evidenciada la inconstitucionalidad de la ley 27.145, la cuestión radica en responder a la pregunta acerca de si el CM está facultado para poner fin a una subrogancia y designar a otro juez o conjuer para desempeñarse en aquella.

Ni el decreto ley 1285/58, ni la ley 24.937 o su modificatoria 26.080, ni la 26.376, ni la 27.145 ni ninguna otra normativa relativa al funcionamiento del Consejo o a la cobertura de vacantes de magistrados prevé en alguna de sus disposiciones que las subrogancias cesen antes de que lo haga la causal que la originó. Ello concuerda con la garantía judicial del art. 110 CN, que establece la inamovilidad en sus cargos de los jueces, sólo pudiendo ser removidos mediante jurado de enjuiciamiento (art. 114 inc. 5 CN) por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes (art. 115 CN, que remite al 53 CN).

Más aún, el art. 7 de la ley 27.145, como ya se vio, reza: *Los subrogantes destinados ocuparán el cargo en cuestión hasta que cese la causal que generó su designación, sin perjuicio de las responsabilidades y obligaciones propias de la función.*

En obvia consecuencia, el Consejo de la Magistratura carece de facultades para poner fin a una subrogancia.

Los argumentos dados en los considerandos de la resolución 180/2015 para tomar la decisión de remover al Dr. Luis M. Cabral de la subrogancia en la CFCP son:

- solicitud de la Presidente de la CFCP al CM para que, en virtud del art. 1º de la ley 27.145, aquél ratifique, prorrogue o modifique las designaciones hechas allí⁶⁰;
- estadísticas públicas de la Secretaría de Jurisprudencia de la CFCP⁶¹.

Como se advierte, el citado magistrado no fue removido del tribunal por *mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por la comisión de crímenes comunes*; así como tampoco la resolución en cuestión fue tomada *por un jurado de*

⁶⁰ Consid. 5º res. 180/2015 CM; conforme prescribe el último párrafo del art. 2 ley 27.145.

⁶¹ Consid. 6º res. 180/2015 CM. No se desprende de la resolución en qué consisten dichas estadísticas.

enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. Es decir, no se atendieron los dos requisitos concurrentes que nuestra Constitución exige mediante sus arts. 114 inc. 5 y 115. Asimismo, tampoco cesó la causal que generó la designación de Cabral como subrogante en la CFCP, pues la vocalía en cuestión sigue vacante y fue el propio Consejo el que lo reemplazó.

Una visión conjunta de los arts. 2º y 3º de la ley 27.145 y los considerandos de la resolución 180/2015 CM dejan entrever que la remoción se debió a razones de oportunidad, mérito o conveniencia; o bien la mera discrecionalidad de la mayoría del Plenario del Consejo, lo cual implica que su actuación, en el mejor de los casos, no fue más que un acto administrativo⁶², en abierta contradicción con la normativa citada en este párrafo y en la constitucional del anterior.

VII. c) Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

En el ámbito interamericano las violaciones a los derechos humanos mediante el abuso de las subrogancias por parte de poderes ejecutivos no son una novedad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) condenó en tres ocasiones a Venezuela por incumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos por hechos análogos a los aquí analizados. En todos ellos se trataba de jueces subrogantes – *jueces sustitutos* – removidos sin que se siguieran los mecanismos constitucionales. El Tribunal ordenó la reposición de los magistrados en sus cargos y se sostuvo que sus garantías de inamovilidad y permanencia no pueden ser distintas de las de los jueces *titulares*.

A continuación haré un extracto de los puntos que estimo cruciales de cada una de aquéllas sentencias, a cuya literalidad me remito en virtud de su claridad, haciendo la sola salvedad de que en esos casos las remociones fueron dispuestas por el Poder Ejecutivo.

⁶² Entendiendo al acto administrativo como la *declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa* – Gordillo, Agustín, *Tratado...*, ob. cit., p.X-9 y t. 3, p.I-11.

- Caso “Apitz Barbera y otros vs. Venezuela”⁶³: (...) los Estados están obligados a asegurar que los jueces provisorios sean independientes y, por ello, debe otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a la libre remoción. (...) la destitución de jueces por el Poder Ejecutivo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé razón concreta alguna y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia judicial. (...) (N)o debe extenderse indefinidamente en el tiempo y debe estar sujeta a una condición resolutoria, tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorio con carácter permanente. Los nombramientos provisorios deben constituir una situación de excepción y no la regla (del punto 43).

(...) puesto que el nombramiento de jueces provisionales debe estar sujeto a aquellas condiciones de servicio que aseguren el ejercicio independiente de su cargo, el régimen de (...) suspensión y cesación de funciones del que gozan los jueces titulares debe mantenerse intacto en el caso de los jueces que carecen de dicha titularidad (punto 45; el subrayado es mío).

- Caso “Reverón Trujillo vs. Venezuela”⁶⁴: La inamovilidad de los jueces provisorios está estrechamente ligada a la garantía contra presiones externas, ya que si los jueces provisorios no tienen la seguridad de permanencia durante un período determinado, serán vulnerables a presiones de diferentes sectores, principalmente de quienes tienen la facultad de decidir sobre destituciones o ascensos en el Poder Judicial (punto 117).

Esta diferencia de trato entre jueces titulares que cuentan con una garantía de inamovilidad plena, y provisorios que no tienen ninguna protección de dicha garantía en el contexto de la permanencia que les corresponde, no obedece a un criterio razonable conforme a la Convención (...) (del punto 141).

⁶³ Corte IDH, Caso “Apitz Barbera y otros vs. Venezuela”, resolución del 29 de noviembre de 2007.

⁶⁴ Corte IDH, Caso “Reverón Trujillo vs. Venezuela”, sentencia de 30 de junio de 2009.

- Caso “Chocrón Chocrón vs. Venezuela”⁶⁵: (...) *los jueces provisorios o temporales deben disfrutar de todos los beneficios propios de la estabilidad hasta tanto acaezca una condición resolutoria que pudiese poner fin legal a su mandato. Igualmente, en relación con la permanencia en el ejercicio de funciones públicas y su relación con la estabilidad de los jueces, el Tribunal reitera su jurisprudencia en el sentido de que ante una remoción arbitraria de un juez lo que procede es su reincorporación (...)* (del punto 152).

Como puede apreciarse, aquellos precedentes guardan una enorme similitud con la remoción del Dr. Cabral por parte del CM como subrogante de la CFCP, con la única diferencia de que éste es, a su vez, juez titular en otra dependencia.

Cabe preguntarse si esta última circunstancia puede constituir un argumento válido para sostener su remoción de la subrogancia (más aun teniendo en cuenta que quien lo reemplazó en ella no es juez, no resultó ternado en concurso público, no tiene acuerdo del Senado ni fue sometido a audiencias de adhesiones e impugnaciones públicas) o si más bien se erige en una agravante que aumenta la violación a la razonabilidad del reemplazo como acto de gobierno. Naturalmente, la respuesta es esta última.

Resulta difícil imaginar que el Estado argentino no incurrirá en responsabilidad internacional de no remediarse esta situación, al igual que Venezuela. Por ende, corresponde reponer al Dr. Cabral en la subrogancia de la CFCP y derogar de inmediato la ley 27.145.

VII. d) La garantía del juez natural ante la remoción arbitraria del juez interviniente:

A los motivos de inconstitucionalidad de la ley 27.145 expresados en el punto **VI. c)** de este trabajo deben agregárseles que, al remover contra legem al juez interviniente en la causa, la violación a los caracteres de la garantía del juez natural se vuelve absoluta.

⁶⁵ Corte IDH, Caso “Chocrón Chocrón vs. Venezuela”, sentencia de 1º de julio de 2011.

Ello pues, si se concibe la facultad de que el magistrado sea desplazado del conocimiento de una causa o de su cargo por la sola decisión administrativa del Consejo (u otro órgano), toda constitución de un tribunal quedaría sujeta a la posibilidad de ser digitada antes de los hechos o a ser constituida con posterioridad a los mismos. En otras palabras, estaríamos ante la constitución institucionalizada de comisiones especiales; o, lo que es lo mismo, el fin del debido proceso por imposibilidad de defensa en juicio debido a la consagración de la parcialidad por desaparición de la garantía del juez natural.

Veamos cómo opera esta vulneración en los tres caracteres de la garantía:

- preconstitución del juez por la ley con anterioridad al hecho objeto del proceso: si el juez puede ser removido en cualquier momento, la preconstitución será sólo una circunstancia casual, pues siempre estará latente la posibilidad de que ella cambie. Las leyes de asignación de competencias serán meras pautas optativas para quien se arrogue la facultad de cambiar al tribunal o su integración (en este caso, el CM). De este modo, así como el temor de parcialidad es suficiente para fundar una recusación, la facultad de remoción (aun fáctica contra legem) es suficiente para afirmar la inexistencia de la garantía del juez natural: siempre será posible la avocación por parte de una comisión especial, aún en el marco del Poder Judicial.
- inderogabilidad e indisponibilidad de las competencias: pues siempre será posible la avocación por parte de otro tribunal, ante vacancias o subrogancias, o bien la sustracción de los asignados por ley mediante, en este caso, el voto de la mayoría absoluta del Plenario del Consejo.
- se estatuye un sistema de fueron personales: si el Plenario del CM puede por su sólo arbitrio remover a un juez subrogante y designar en su lugar a un conjuéz, también discrecionalmente, nada impide que estas decisiones sean tomadas en virtud de los sujetos que sean parte en uno o alguno de los procesos judiciales en los que el subrogante intervenía y en cuyo lugar se decide la intervención del conjuéz.

Cabe reiterar que esta remoción y reemplazo del magistrado interviniente no está prevista por la inconstitucional ley 27.145, sino que es una facultad que se arrogó

el Consejo de la Magistratura en una interpretación del texto normativo extraña tanto al Derecho constitucional como a la lengua española.

VII. e) Validez de lo actuado por los conjuces designados bajo la ley 27.145:

El art. 114 CN, al estatuir al Consejo de la Magistratura como el único órgano competente para seleccionar a los postulantes a jueces (previo concurso público de oposición y antecedentes), decidir la apertura del procedimiento para la remoción de magistrados (por las causales específicas y por parte de un jurado de enjuiciamiento distinto a quienes deciden dicha apertura) y ejercer la administración de recursos y ejecución presupuestaria del Poder Judicial, le está asignando la función genérica de asegurar la independencia de éste último y, de este modo, la prestación eficaz del servicio de Justicia⁶⁶.

Pues bien, salta a la luz la contradicción total entre aquél propósito y la violación grosera a la garantía del juez natural consagrada por la ley 27.145. No cabe hablar de “buena fe” ni de “error excusable” tanto por quienes los designaron como por los mismos agentes que así se desempeñen, pues no podían desconocer la CN, los tratados con dicha jerarquía, la jurisprudencia de la Corte IDH ni la doctrina relativa a la garantía del juez natural.

En virtud de las consideraciones realizadas a los largo del presente trabajo, no cabe menos que afirmar la nulidad absoluta de las designaciones de conjuces conforme ley 27.145 y de todo lo actuado por ellos.

A diferencia del precedente “Rosza” antes citado, en la situación planteada por el nuevo régimen de subrogancias y el exceso de poder en que se incurrió con la cesación de Luis. M. Cabral como subrogante, no nos encontramos ante la disyuntiva de tener que elegir entre la seguridad jurídica en desmedro de la Constitución, o el respeto de ésta a costa de un caos institucional y la virtual paralización del servicio de justicia. Los hechos aquí analizados son lo suficientemente recientes como para que su anulación no redunde en perjuicio de

⁶⁶ Y así lo establece expresamente los arts. 7º inc. 2 y 14 inc. B) ley 24.937, reglamentaria del art. 114 CN.

ningún justiciable, sino todo lo contrario.

Por ello propongo la aplicación de la doctrina del fruto del árbol venenoso antes referida, pero no ya en el marco de un determinado proceso judicial, sino de una norma violatoria de la Ley Fundamental y de los actos derivados de aquella para todos los casos. Una solución distinta implicaría una falsa seguridad jurídica del respeto a la literalidad de la ley en desmedro del valor Justicia, que es precisamente aquél cuyo camino para alcanzarlo es el respeto de nuestra Constitución.

VIII - CONCLUSIÓN

Al día siguiente de terminar de escribir el presente trabajo, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal declaró de oficio la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la ley 27.145⁶⁷, por violación al principio de razonabilidad. El fallo coincide en sus argumentos con los aquí dados respecto a la falta de orden de prelación entre jueces y conjueces, a lo secreto de los criterios del Plenario del CM para hacer sus designaciones y a la falta de competencia del Consejo para designar jueces. Así, el Tribunal afirmó que *la limitación de derechos que supondría la aplicación del régimen previsto por ley 27.145 a la causa, carece de razonabilidad y no puede justificarse en aras de impedir una situación de privación de justicia.*

En virtud de dichas coincidencias, he optado por mantener este artículo tal cual fuera redactado originariamente, haciendo la sola salvedad del párrafo anterior, y expresando mi gratitud ciudadana con dicha Sala.

Son pocas las ocasiones en las que la incompatibilidad entre una ley sancionada por el Congreso y la Constitución Nacional sea tan manifiesta, donde ni la interpretación más forzada de aquella permitiría preservar ésta. Una norma que habilita la selección arbitraria de personas para aplicar el ius puniendi en lugar de los jueces, y cuya idoneidad no fue acreditada, no resulta menos que insultante

⁶⁷ CFP 3389/2007/2/CA1.

para la democracia republicana. Tampoco lo es la selección arbitraria de jueces a tal efecto.

Peor aún, aquella ley groseramente inconstitucional fue vulnerada en el único punto en el que no constituía un exceso de poder: el relativo a la permanencia en funciones de los subrogantes hasta tanto la vacante no sea cubierta. Se consagró así la constitución de comisiones especiales de manera institucionalizada.

Quizás sea sólo una curiosa coincidencia, o tal vez una deliberada lección de la Historia, pero lo cierto es que la doctrina del control de constitucionalidad de los actos de gobierno fue elaborada por primera vez por la Suprema Corte de Estados Unidos en el célebre fallo "Marbury vs. Madison"⁶⁸ del año 1803 (luego adoptado por nuestro Tribunal Supremo desde 1887⁶⁹ y plasmado en el texto constitucional de 1994), cuyos hechos implicaban la sanción de una ley que autorizaba al Presidente a nombrar cuarenta y dos jueces⁷⁰.

Posiblemente el origen de la situación anómala objeto de este trabajo radique en la sanción de la ley 26.080, la cual estableció una conformación del CM que no respeta el equilibrio previsto en el art. 114 CN, pues, de los 13 miembros que lo conformar, 7 corresponden al ámbito político partidario.

No puede prescindirse de mecanismos institucionales que permitan reemplazar un juez ante vacancia o impedimento en el caso concreto, pero tampoco puede hacerse lo suyo con la Constitución Nacional. La ley 27.145 estatuye un sistema de subrogancias que deja librado a eventuales mayorías circunstanciales del Consejo de la Magistratura la constitución de los tribunales e incluso permite hacerlo con personas no habilitadas a tal efecto (conjueces), mediante criterios que no se ajustan al principio de razonabilidad, sin siquiera ser el CM competente para ello.

Si el fundamento para haber alcanzado una norma semejante es un estado generalizado de vacancias judiciales, entonces lo que corresponde es realizar las acciones tendientes a cubrirlas, y no modificar el sistema de "parches" que al fin y al cabo son las subrogancias; menos aun cuando el paliativo estatuido resulta

⁶⁸ "Marbury v. Madison," 5 U.S., 1 Cranch, 137, 1803

⁶⁹ CSJN, "Sojo", Fallos, 32:120, 22/9/1887.

⁷⁰ Sola, Juan Vicente, op. cit., p.97.

notoriamente inconstitucional. Será entonces tarea del Consejo de la Magistratura la de acelerar los concursos en trámite y convocar con urgencia aquéllos pendientes, a los efectos de cubrir las vacantes de jueces; a la vez que deberá abstenerse de ejecutar acciones abiertamente contrarias a la Constitución, como ser aquellas para las que no está facultado: por ejemplo, designar jueces o conjueces.

Del mismo modo, será imperioso que el Poder Ejecutivo cumpla con su deber y remita al Senado los pliegos de los concursantes ternados en aquellos concursos estancados en esa etapa. Su facultad de selección dentro de la terna no puede jamás interpretarse como una potestad cuyo ejercicio queda librado al antojo presidencial, sino como un imperativo: el Poder Ejecutivo *debe* seleccionar a un candidato. Si así no lo hiciere, deberá ser el Poder Judicial el contrapeso que imponga la prevalencia de la Constitución; a la par que el Congreso tendrá que positivizar algún mecanismo que cierre las puertas a toda posible interpretación del deber presidencial como una mera potestad arbitraria.

De lo contrario, nos encontraremos no ya con que las vacantes judiciales son subrogadas, sino con que lo subrogado es el propio valor Justicia.