

LUQUE EN COMISIÓN



Carlos Luque y el debate sobre los miembros de la Corte designados en comisión

Comparto un completísimo trabajo de mi amigo, el constitucionalista correntino Carlos Luque, sobre el complejo asunto de los jueces en comisión y concretamente sobre los ministros de la Corte que nombró el Presidente Macri en diciembre de 2015.

Por mi parte, he expuesto criterios en este artículo: [EL SENADO EN OJOTAS](#)

Pero ahora, leamos a Luque, quien no sólo expone sus opiniones, sino que nos resume la de varios otros colegas en el caso.

SUPUESTO CONTRAPUNTO (QUE NO ES TAL) BUSCANDO EL VIRTUOSISMO CONSTITUCIONAL

Carlos D. Luque* ? Jorge Orgaz**

Estos primeros párrafos de contrapunto federal servirán de introducción a un resumen, inconsulto, de las opiniones más importantes del derecho constitucional nacional sobre la cuestión de la designación en comisión de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por parte del Presidente de la Nación.

Ha escrito muy prolijamente, en estos días tan opinados, el profesor cordobés **Jorge Orgaz** lo siguiente:

Los debates constitucionales adquieren siempre transcendencia porque ellos refieren a los asuntos del poder, a los cuales nuestra Ley Fundamental está llamada a encauzar y limitar institucionalmente.

La reciente decisión del Poder Ejecutivo Nacional de designar a dos Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no escapa a dicha apreciación, pues, nada menos, se trata del nombramiento de quienes en definitiva tienen la alta responsabilidad de controlar al gobierno evitando sus eventuales desbordes en desmedro de los derechos de la ciudadanía.

Pienso desde una perspectiva estrictamente jurídica, la discusión puede tener diversos matices, encontrándose razones de uno y otro lado, respecto del acierto en el procedimiento escogido para tan importante determinación de fuerte impacto político.

En este punto se centran las divergencias en cuanto al alcance del inciso 19 del artículo 99 de la Constitución Nacional, principalmente en lo atinente a la flexibilidad que le otorguemos a la facultad presidencial de "llenar las vacantes de los empleos que requieran el acuerdo del Senado".

Creo que la designación de los doctores Rosenkratz y Rosatti, formalmente puede ser considerada ajustada a derecho, más allá de pensar el principio que debiera regir la interpretación de nuestra Norma Suprema es el establecido en el inciso 4 de su artículo 99, es decir, que la designación de los miembros del Alto Tribunal es competencia conjunta de los poderes ejecutivo y legislativo.

En otras palabras, el orden de los postulados establecidos por el artículo 99 de la Constitución Nacional, no debe ser considerado aleatorio: primero, el inciso 4 establece la regla, luego, el 19, la excepción y siempre que, en este último caso, se configuren las circunstancias políticas que la justifiquen.

Cuando a Bartolomé Mitre integró la Corte Suprema creada por Justo José de Urquiza, en los albores de la era constitucional argentina, allá por 1862, recurrió a esta alternativa de excepción porque era extraordinaria la situación que atravesaba la joven república, desprovista de los cimientos institucionales de su poder judicial.

En aquél momento, con el efecto de disipar cualquier duda acerca de la independencia del Máximo Tribunal, decidió nombrar como sus integrantes a juristas "opositorios", en su totalidad.

Nadie puede dudar que Alsina, De las Carreras, Del Carril, Delgado, Barros Pazos y Pico, fueron fervientes adversarios políticos del entonces Presidente. Lo mismo Gorostiaga, designado en 1865.

Mitre, entonces, partiendo de un análisis complejo del tiempo que le tocó vivir y gobernar, comprendió que era imperioso equilibrar las soluciones legales con las políticas.

Por similares razones, no coincido con las afirmaciones del Ministro de Justicia que justifica la medida del Presidente, recurriendo a las designaciones de jueces federales llevada a cabo por Alfonsín en la transición democrática iniciada en 1983.

Es que Alfonsín, al igual que Mitre, enfrentó una situación excepcional, pues debía impulsar el juicio a la dictadura y a la guerrilla, desmantelando y reconstruyendo un poder judicial impregnado de referentes de la noche más negra y sangrienta de nuestra historia.

Por otra parte, las decisiones de Alfonsín se inscriben en una etapa previa a la reforma constitucional de 1994, que propicia mecanismos de mayor transparencia para la selección de los jueces de la Corte Suprema, como la publicidad de las sesiones del Senado en donde se ponen a consideración sus antecedentes, criterios que luego fueron profundizados y desarrollados por el decreto 222/03, dictado por Néstor Kirchner.

En síntesis, que la decisión sea acertada y conforme a derecho, no significa que desde una perspectiva política, que siempre debe conjugarse con el análisis de los fríos términos de la ley, sea acertada.

Después de todo, la república también se construye con diálogo en búsqueda de consensos y ejemplaridad, pues el compromiso con el sistema debe prevalecer sobre las visiones angostas?

- En respuesta a tan prolija construcción tratamos de responder lo más ajustadamente posible en un tema que no termina ni en febrero ni en marzo, allí quizá recién estará comenzando.

INTROITO. -

Tengo la buena suerte de tratar de poder completar, me parece la palabra más atinada, el muy solvente análisis realizado por el profesor Orgaz sabiendo que nos anima el mismo camino o uno muy parecido porque la República es bastante parecida en nuestra forma de verla.

No quiero disentir, pero voy a decir algunas cosas que de modo alguno pueden empañar, ni lo pretenden, lo escrito por su pluma cordobesa en esta cuestión de la designación en comisión de dos jueces de la Corte por parte del Presidente de la Nación en receso del órgano colegiado que dispone el acuerdo para que aquellos accedan a su cargo.

Lo más fácil simple y sinceramente sería quedarme contemplado tan buen relato y conformarme con la búsqueda del preciosismo constitucional, el equilibrio institucional y todas las virtudes que son basamento infaltable como principios fundantes de esa RES PUBLICA que tanto anhelamos, por suerte no será así.

II.LEGALIDAD.

Es cierto jurídicamente cada uno hará su interpretación, yo hago aquí una abreviada de la mía, no se legislo en absoluto, a través del decreto 83/2015, contra la manda constitucional y desde 1803 sabemos que lo primero que tiene que hacer una norma, formal o

material, para ser tal es no confrontar a la norma fundamental, en punto a obtener validez y vigencia.

Los ciudadanos que respetan la república y quieren que se la respete no se esperan únicamente que se concreten medianamente algunas formas, o con que estas normas de alcance general logren el cumplimiento de la ciudadanía; de ninguna manera, por el contrario buscan la vigencia de los principios republicanos de la división de poderes, anhelan que ella sea real (legítima) y la norma dictada por el ejecutivo estaría atentando contra ello, pero no es así (del todo).

Puede ser que conmueva alguna legitimidad virtuosa, pero, aun así, la apoyatura del Presidente de la Nación en el art.99, inc.19 sigue siendo legítima entonces su validez también está fuera de duda alguna, la simple excepción del receso congressional lo avala, porque tampoco estamos ante la necesidad y urgencia de un DNU.

Y la legalidad está intacta, sana y salva, más aún ahora que se pondrá en marcha el procedimiento del decreto 222/03 para que al llegar al momento del tratamiento de pliegos para el acuerdo senatorial la cuestión sea un trámite arduo, pero a la vez de optimización republicana para los encargados de llevarlo a cabo.

En orden a ser más puntillosos se podrá decir: pero lo ideal si existía urgencia para no votar con conjuces o camaristas temas difíciles era, cuanto, menos llamar a extraordinarias, si puede ser es una facultad presidencial pero el presidente opto por otra legítima atribución que hace a su jefatura del estado.

Los pliegos irán al senado y el tradicional juego compuesto de la designación de jueces de la corte a través de un acuerdo estará completo.

III. POLITICA.

Es crucial en este punto que, como va repetido, entendamos que estamos ante un receso y el Presidente decidió una demostración de poder en vez de la prolijidad de las sesiones extraordinarias por ejemplo si no se quería esperar a la próxima legislatura y eso también merece críticas totalmente válidas y opinables.

Pero ocurre que es una decisión política, ampararse en el art. 99 inc. 19 de la CN, de muestra de poder ante el ?peligro? de tener hoy en la oposición a una fuerza política que jamás trascendió por el respeto irrestricto a las formas o los fondos, en 70 años no respeto la república que podría ser lo mismo.

Ahora, ¿eso habilita a estirar tanto de la cuerda? es política entonces no se puede decir completamente que si o que no, yo creo que nosotros no lo hubiésemos hecho de esta manera, pero no deja de ser una opinión de tantas que se han dado.

HISTORIA.

En cuanto a los ejemplos históricos, hay uno muy interesante a propósito de la polémica de la palabra ?empleo?: El informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Nacional por parte del Estado de Buenos Aires que propuso la incorporación del actual artículo 99, inciso 19, en reemplazo de otro mucho más amplio que existía en la Constitución de 1853 expresamente menciona a los cargos de jueces como uno de los empleos que el Presidente puede designar en comisión durante el receso del Senado, no es poco conocer el pensamiento del legislador que redactó la norma, que le dio su espíritu.

Pone Orgaz de ejemplo a dos forjadores del país a Bartolomé Mitre y a Raúl Alfonsín.

En cuanto a Mitre, humildemente, no sé si hacía uso de la cláusula constitucional en cuestión por real necesidad excepcional o lo hacía sabiendo que nombrando en comisión autorizado por determinada cláusula constitucional simplemente repartía y dividía poder para seguir acumulándolo.

No puedo saber, a ciencia cierta, cuál era el coto que tenía Bartolomé Mitre a la hora de imponerse a los otros poderes, pero no me

imagino muy alta a la vara, por la época fundacional de nuestra por entonces Confederación Argentina.

Lo de Alfonsín es sensiblemente distinto, Raúl Alfonsín nos devolvió la luz o simplemente nos rescató a todos los argentinos de otra gran penumbra de la que parecía muy difícil volver.

Comparar los tiempos de uno y otro en la historia se convierte en un error intolerable, aunque haya matices que los puedan acercar o no.

FINAL.

Por ello concuerdo totalmente, la medida presidencial es legal y conforme a derecho, pero todo ello puede no llegar a buen término por el costo político de la forma elegida para completar las vacantes de la Corte y esto tenemos que ser capaces de absolverlo como estamos defendiendo su constitucionalidad.

No obstante ello, si a Mitre y a Alfonsín dos pro-hombres de nuestro país, con lo bueno y con lo malo, les costó tomar decisiones difíciles en tiempos totalmente excepcionales de la historia comparados con un receso congresional, no le podemos pedir mucho mas a un Presidente a-ideológico que simplemente gerenciará la Argentina por cuatro años y con una institucionalidad, en principio, de mediocre para abajo en la administración que hereda.

Más aún que el pragmatismo que está demostrando no empeore, para que no estemos de nuevo en situaciones similares a la que son motivo de estos comentarios.

El artículo 99, inc. 19 de la C.N. es válido, vigente, legítimo y el decreto 83/2015 que lo hace su fundamento principal no contraria en absoluto nuestra carta magna, los empleos alcanzan a los jueces de la corte y la estabilidad la da la propia manda en cuestión pues es la misma para todos los jueces constitucionales.

El compromiso con el sistema y el virtuosismo constitucional deben ser buscados siempre sabiendo que quizá nunca se logren, pero también sabiendo que si no se los busca jamás ocurrirán. Que nadie se asuste que la C.N. está intacta y lo sabemos, aunque algunos aprovechen para la crítica fácil y notoriamente infundada.

Hoy la angostura es la norma, el preciosismo constitucional la excepción, ese es el desafío cambiar los roles por el bien de la república.

Y la solución por si nadie lo pensó no dista demasiado de la capacidad y aptitud congresional para reglamentar el inc. 19 del art. 99, como esta instrumentado, por ejemplo, en los EEUU.

***Carlos D, Luque ? Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional del Nordeste ? Coordinador de la Comisión de Derechos Humanos de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.**

****Jorge Orgaz ? Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Empresarial Siglo XXI ? Director del Instituto de Derecho Público ?Arturo M. Bas? de dicha casa de estudios.**

DOSSIER

LOS NOMBRAMIENTOS DE JUECES EN COMISION

ART. 99, INC. 19 C.N.

DICIEMBRE 2015

Alberto B. Bianchi y Estela B. Sacristán

A comienzos de la semana pasada, el Presidente Macri causó sorpresa al nombrar dos jueces ?en comisión? para cubrir las dos vacantes existentes en la Corte Suprema. Fue una decisión ingeniosa y arriesgada que, por el momento, ha tenido un impasse que se extenderá hasta comienzos de febrero de 2016.

Dado que la cláusula constitucional en la cual el Poder Ejecutivo ha fundado estas designaciones (el artículo 99, inciso 19) tiene como antecedente la llamada ?Recess Appointment Clause? del Artículo II, sección 2, cláusula 3, de la Constitución de los Estados Unidos, vale la pena examinar, al menos, dos aspectos del régimen en ese país, para verificar cuáles son sus diferencias principales con el nuestro, con el propósito de establecer si la experiencia norteamericana es directamente aplicable a nosotros.

En primer lugar, es preciso señalar que el Congreso argentino, una vez terminadas las sesiones ordinarias y comenzado el receso -que se extiende entre el 30 de noviembre y el 1° de marzo del año siguiente- no tiene poder de autoconvocatoria. En cambio, el Congreso norteamericano sí puede autoconvocarse en cualquier momento del año.

Nuestra Constitución dispone, en el artículo 63, que las sesiones ordinarias se extienden entre el 1° de marzo y el 30 de noviembre. Fuera de ese período, el Congreso argentino no puede autoconvocarse, y sólo el Presidente puede llamar a sesiones extraordinarias.

Es claro que, si el Presidente no concurriera el 1° de marzo a abrir las sesiones ordinarias, el Congreso podría -y debería- comenzar a sesionar igualmente. Pero lo cierto es que la Constitución argentina establece un período de tres meses corridos en los cuales sólo el Presidente decide si el Congreso sesiona.

Por el contrario, el Congreso norteamericano tiene poder de autoconvocatoria y, en teoría, si lo deseara, podría sesionar a lo largo de todo el año sin interrupción alguna. Carlos María Bidegain, el principal estudioso en nuestro país del Congreso de los Estados Unidos, lo explica con toda claridad: ?[e]l Congreso de Estados Unidos -dice- disfruta de la valiosa calidad de órgano self moving and self depending de que carece el Congreso argentino.

La Constitución de aquel país solo le impone la obligación de reunirse cada año por lo menos una vez, en una reunión que debe iniciarse al mediodía del 3 de enero, salvo que se fije otra fecha por ley (enmienda XX, sección 2ª), pero no establece como lo hace nuestra Constitución [artículo 63] el momento en que las cámaras deben entrar en receso necesariamente y deja librado a su discreción la duración el período de sesiones?. Ver Bidegain, Carlos M.: El Congreso de Estados Unidos Unidos de América, Depalma, Buenos Aires, 1950, pp. 142-143. Véase también Bidegain, Carlos M. (Gallo, Orlando J., Palazzo, Eugenio L., Schinelli, Guillermo C, acts.): Curso de Derecho Constitucional, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, t. IV, p. 67.

Como resultado de ello, en la Argentina y los Estados Unidos, tanto las sesiones como el llamado ?receso del Congreso? se desarrollan de manera diferente, presentando una asimetría.

En nuestro país, las sesiones (ordinarias) tienen lugar a lo largo de un período fijo anual y continuo de nueve meses pues así lo establece la propia Constitución, y el receso también es un período fijo, cuya interrupción no la decide el Congreso sino el Presidente, cuando convoca a sesiones extraordinarias.

En Estados Unidos, en cambio, es el propio Congreso quien fija el calendario de sus sesiones y recesos a lo largo del año. El término total de cada período legislativo (llamado "Congreso") es bianual porque el mandato de los representantes (diputados) dura dos años, de modo que cada "Congreso" comienza con el ingreso de los legisladores recién elegidos y concluye cuando éstos terminan su mandato.

El período o término legislativo comienza el 3 de enero de los años impares y se extiende hasta el 3 de enero del siguiente año impar.

Durante ese lapso se celebran al menos dos sesiones anuales. Se entiende que una "sesión" es el período que corre desde que el Congreso se reúne hasta que entra en receso sin establecer expresamente cuándo volverá a reunirse. De todos modos, ninguna cámara puede entrar en receso por más de tres días sin el consentimiento de la otra (Artículo I, sección 5, párrafo 4). Como resultado de ello, a lo largo del año puede haber varios períodos de sesiones diferentes. Ver Beth, Richard S. - Tollestrup, Jessica: "Sessions, Adjournments, and Recesses of Congress", Congressional Research Service, March 2013. <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R42977.pdf>.

Existen, además, dos clases de recesos: (a) los recesos intersesiones y (b) los recesos intrasesiones. Los primeros "más prolongados" tienen lugar entre el final de una sesión y el comienzo de la otra; los segundos "más breves" se dan dentro de una misma sesión.

El Presidente puede efectuar nombramientos "llamados "recess appointments"- en ocasión de unos y otros recesos. No obstante, la Corte Suprema estadounidense estableció, en 2014, que para ello el receso debe prolongarse por más de diez días (National Labor Relations Board v. Noel Canning, 134 S. Ct. 2550).

Señalada esta diferencia, se infiere que un nombramiento en comisión (o "en receso", como se los llama en Estados Unidos) tiene efectos diversos en Argentina y en Estados Unidos. Cuando se produce en nuestro país, el Senado, para poder analizarlo, debe esperar a que concluya el período de receso, salvo que el Presidente decida convocar a sesiones extraordinarias.

En los Estados Unidos -al menos en teoría- el Congreso podría autoconvocarse para que el Senado se aboque inmediatamente a la cuestión.

La segunda gran diferencia entre los nombramientos "en comisión" (o "en receso") en el derecho argentino y en el de los Estados Unidos es el "régimen" al cual queda sujeto el funcionario nombrado. Esta diferencia, que existe ya en el texto constitucional, se extiende luego a las prácticas en cada país. Veamos.

El artículo 99 inciso 19 de la Constitución Nacional se refiere a los "nombramientos en comisión" para llenar vacantes ocurridas en receso. En cambio, el Artículo II, sección 2, cl. 3, de la Constitución estadounidense dice que el Presidente cubrirá las vacantes -que se produzcan durante el receso del Senado- "granting commissions", que equivale a "extender nombramientos provisionales", según la propia traducción de la Constitución norteamericana al español que figura en los National Archives. Ver: <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>

Como consecuencia de ello, en el Derecho argentino siempre se ha entendido que el nombramiento en comisión es un nombramiento pleno, sin notas de provisionalidad, bien que sometido a una condición resolutoria: el otorgamiento del acuerdo del Senado. Por ello Bielsa criticaba esta denominación diciendo que este nombramiento no era una comisión, sino la "atribución normal de un cargo" (Bielsa, Rafael: Derecho Constitucional, tercera edición, Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 657).

De ello se derivan varias consecuencias: (a) el Presidente no puede revocar por sí el nombramiento una vez otorgado; (b) el

nombramiento expira cuando el Senado no otorga expresamente el acuerdo; y (c) no está en discusión -bien que es un tema no abordado específicamente- que el nombrado pueda percibir el salario que le corresponde. Ver: Bidart Campos, Germán J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar Buenos Aires, 1993, t. II, p. 331; Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina ? Comentada y Concordada, cuarta edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 411).

En los Estados Unidos, en cambio, si bien el nombramiento confiere al ?nombrado en receso? los mismos poderes que tiene el funcionario pleno, el régimen es diferente al nuestro por cuanto: (a) el Presidente puede otorgar una comisión a una persona y luego enviar el pliego para otra; (b) el Presidente puede otorgar una comisión para una persona, mientras el Senado analiza el pliego de otra y (c) luego de haberse rechazado el acuerdo el ?nombrado en receso? permanece en su cargo hasta el final del período de sesiones, bien que durante el tiempo restante no cobra sueldo. Ver: Hogue, Henry: ?Recess Appointments. Frequently Asked Questions?, Congressional Research Service, Mar. 11, 2105, <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/RS21308.pdf>

En cuanto al pago de los servicios al nombrado en receso, la sección 5503 del Título 5 del United States Code (USC) establece, como regla general, que, si la vacante se produjo cuando el Senado estaba en sesiones, el Tesoro puede no pagar el salario correspondiente hasta que se haya otorgado el acuerdo salvo: (a) que la vacante se haya producido en los 30 días anteriores a la fecha en que terminaron las sesiones; (b) que durante el periodo de sesiones se hubiera efectuado otra nominación que quedó pendiente del acuerdo; y (c) si dentro de los 30 días previos al término de la sesión, el Senado rechazó un acuerdo y otra persona diferente recibe un nombramiento en receso.

Esta disposición legal tiende, naturalmente, a desalentar los nombramientos en receso, no obstante que los mismos son muy frecuentes en los Estados Unidos, especialmente en los cargos que dependen de la Administración. Lo fueron también en el Poder Judicial. El Presidente Eisenhower llegó a nombrar en receso a tres jueces de la Corte Suprema: Earl Warren, William Brennan y Potter Stewart, pero actualmente estos nombramientos han disminuido. Solamente tres jueces han sido nombrados en receso en los últimos treinta años. William Clinton nombró a Roger L. Gregory en la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito y George W. Bush nombró a Charles Pickering y a William Pryor en las Cortes de Apelaciones del Quinto y Décimo Primer Circuito, respectivamente. Dos de ellos, Gregory y Pickering, fueron confirmados por el Senado.

Se advierte, entonces, que el régimen de quien es designado en comisión, antes de obtener el acuerdo del Senado, es muy diferente en la Argentina que en los Estados Unidos. En nuestro país se trata de un funcionario pleno que goza de todas las atribuciones propias del cargo, incluida su inamovilidad, si la ley o la Constitución la otorgan. Como resultado de ello, su mandato expira automáticamente en el momento en que el acuerdo es rechazado.

En los Estados Unidos, en cambio, si bien el ?nombrado en receso? posee las mismas facultades que el funcionario regular, su nombramiento es provisional -se asemeja al de un interino- sujeto más a la voluntad del Presidente que a la del Senado, al punto que el rechazo del acuerdo no produce, de suyo, su remoción del cargo.

En virtud de lo explicado, no creemos que la experiencia norteamericana en estas materia -aun cuando es muy vasta y se extiende a todos los jueces -incluidos los de la Corte Suprema- pueda ser invocada como fuente inmediata y directa para ser aplicada en nuestro sistema.

Gustavo Maurino

1.- La cláusula constitucional.

Es un poco fascinante. Una cláusula "dormida", una de esas que estaban ahí y nadie recordaba, ni sabía bien de su función. Pasará un largo tiempo antes de que volvamos a olvidarnos del Art. 99 inc. 19 (y ojalá nos lo volvamos a olvidar por mucho tiempo). Se trata de una regla sobre las atribuciones de la presidencia, que tenía mucho sentido cuando las sesiones ordinarias del Congreso duraban 5 meses al año, y muy poco desde 1994, cuando duran 9 meses.

Sin embargo, la cláusula no sólo está ahí, sino que fue expresamente aggiornada en 1994 (no es una regla que quedó inmóvil, inadvertida desde 1853).

La cláusula constitucional tiene toda la justificación en el marco de una concepción elitista-pluralista de la democracia (que no se preocupa de que las decisiones públicas se hagan en base a dinámicas inclusivas, participativas, deliberativas), y especialmente para una constitución de caudillismo presidencial como la que ha sido la nuestra, pero que no la encontraría si construyéramos a la Constitución en clave deliberativa y de presidencialismo atenuado, como nos gusta a algunos (pocos). En todo caso, una de esas cláusulas que adjudican las tensiones propias de la división de poderes, que reparten las "armas" de cada rama del gobierno, como ocurre desde que Madison, Hamilton y compañía.

2.- La Legalidad Constitucional del decreto presidencial

Ya sé qué hace un tiempito No está muy de moda tomarse en serio la cuestión de la legalidad constitucional. La práctica política desorbitada del país en los últimos años ha hecho que cada vez importe menos si algo es legal o no. Incluso en la "comunidad jurídica" abundan las discusiones sobre "poder?", "política?", "hegemonías?", "de qué lado estás?", "desde qué lugar hablás?", etc. y escasea el interés por la pregunta: "¿esto está permitido por la constitución?"

Quienes no somos cínicos, ni agnósticos sobre el sentido y el significado constitucional, nos tomamos en serio la pregunta por la legalidad constitucional.

Y si el asunto le interesa a alguien, la legalidad constitucional ha sido preservada en el decreto. La manera en que entendió su atribución la presidencia, sigue el canon general, tradicional, sobre su alcance y sentido. En otras palabras, el texto, la interpretación académica, y los antecedentes históricos apoyan la decisión adoptada, desde este punto de vista-

A mi entender esa atribución presidencial sólo debería entenderse permitida si la vacante se produjera en el receso del senado (sería válida c/r al reemplazo de Fayt). Pero la interpretación jurisprudencial y académica clásica ha aceptado que puede ejercerse incluso si se produjo antes. Digamos, al pasar, que la facultad incluye la designación de juecxs en general, y de juecxs de la Corte en particular. Escuché un argumento, creo que dicho por Arslanian, en el sentido de que sólo comprendía a personal del poder ejecutivo. No le encuentro sustento normativo, y desacredita el texto y la interpretación y aplicación general que se le ha dado a la cláusula.

Me gustó bastante más el argumento, que hacían unxs amigxs, en el sentido de que esta facultad debe interpretarse como limitada a una situación de fuerza mayor que impida la convocatoria a sesiones extraordinarias. Sin dudas si la Constitución dijera eso sería una mejor Constitución. Pero me parece claro que no dice eso, al contrario. De hecho, en 1994 incluimos los poderes de legislación de emergencia por parte del ejecutivo, y esta cláusula usada aquí va por otro lado, completamente, y no hace mención alguna a un supuesto excepcional (el receso del senado es la condición relevante). El argumento es bueno, insisto. Pero creo que pierde como propuesta interpretativa. En fin, en un Estado que ha sabido vivir al margen de la ley, el dato de que la legalidad constitucional no ha sido violada no es menor.

3.- La Lealtad Constitucional.

El caso es muy interesante para traer este tema maravilloso. En su imprescindible *¿Un País al Margen de la Ley?*, Carlos Nino reseñaba las actitudes hacia las normas que típicamente tenemos. Identificaba a la *¿lealtad normativa?* con la realización de lo que las normas postulan de manera consistente con los fines que se identifican en tales normas. Identificaba al *¿rechazo normativo?* con lo opuesto (repudio a lo ordenado y a sus fines).

Pero sobre todo, identificaba dos casos más interesantes de *¿deslealtad normativa?* típicos: El Finalismo (no hacer lo que la ley ordena, pero para realizar los fines de la ley) y el Formalismo (hacer lo que la ley ordena pero, precisamente, para frustrar sus fines). El caso más recalcitrante de formalismo es el *¿comportamiento chicanero?* (el que juega con el reglamento para frustrarlo, digamos).

A mi juicio, la decisión de la presidencia, está en el límite del comportamiento normativamente leal, en relación con esta facultad constitucional -que veo como muy peculiar, casi monárquica, y que no me gusta nada (pero eso a quién le importa, ya sé). Creo que es la atribución constitucional en sí, lo que resulta tan raro, incómodo, lo que asumo que en general rechazaríamos como poco consistente con la mejor tradición democrática. Esa atribución, esa facultad, anacrónica, que la Constitución contempla nos resulta chocante.

Pero el ejercicio presidencial no viola lo que la constitución prevé, y no encuentro que frustre sus fines (que me parecen poco valiosos) en términos de la categoría de lealtad normativa nineana. Mal que nos pese (y nos pesa), la Constitución le da a la presidencia una habilitación discrecional peculiar en los momentos de receso del senado para estas designaciones, como le da la discreción de convocar o no a sesiones extraordinarias. Dicho sea de paso, todavía aceptamos (disponemos) que el Congreso esté cerrado 3 meses por año, entendés?

Considerando los fines de la ley, me resulta obvio que eso es lo que el tipo de diseño madisoniano genera (pluralismo elitista, frenos y contrapesos, armas constitucionales para el Congreso y para la presidencia, la ambición contrarrestando la ambición, etc.). A lxs deliberativistas no nos gusta el juego madisoniano, nos parece que no genera dinámicas valiosas, de construcción compartida del derecho (pero ya se sabe, se nos dice ingenuos, naif, etc.).

Lxs madisonianxs, lxs agonales y los populistas electoralistas estarán de parabienes. En este aspecto, en esta facultad anacrónica, la Constitución es como a ellxs les gusta, y la presidencia ha jugado ?en el límite del margen de la lealtad, creo- con esas reglas. Una afinación sobre este punto. En términos de ?lealtad normativa? creo que puede trazarse una una diferencia entre 5 niveles (jugamos tan al filo con las normas, que tenemos un hiperlenguaje para todo esto?ese es parte del problema):

- (a) La trampa: violar el reglamento
- (b) El abuso: desnaturalizar el reglamento
- (c) La avivada: aprovecharse de una ventaja del reglamento
- (d) El fair play: jugar bien el juego posible dentro del reglamento
- (e) La virtud: jugar el mejor juego posible que el reglamento intenta crear.

Me inclino a ubicar la decisión presidencial en ?c?. Pero entiendo que el rango de desacuerdo razonable fuera de (b) a (d).

4.- El cuidado y la construcción de la Legitimidad Institucional

Pensando en ?nosotros?, la comunidad política: ¿Apunta la decisión a (re)construir una práctica institucional inteligible, sensata, valiosa? No veo una sola razón para pensar que lo haga (o para imaginar de qué manera lo haría). Esto es lo más obvio de todo, para todos, supongo.

Lxs maquiavelistas del poder dirán??si sale bien estaba bien?. Pero yo no. Los mayoritaristas dirán ?la legitimidad depende de los votos?. Pero yo no. Quienes pensamos en el valor de los procesos y las prácticas y su legitimidad, tenemos otro criterio de análisis. Y desde ese punto de vista, la heterodoxia procedimental apunta en el sentido inverso. Hace tiempo ya, creo, escribí que el clave de la legitimidad en argentina no era simbólica (la banda, la toga, etc.) ni sustantiva (tomar la decisión correcta) sino procedimental (construir identificación agencial ciudadana para las decisiones públicas). El artículo se llamaba algo así como ?A la búsqueda de un pasado?. No te lo voy a repetir aquí, claro.

El consuelo que nos queda es que esta decisión es sólo el comienzo del procedimiento, y en su devenir, podríamos re-construir legitimidad, si es que los actores así se lo proponen y se comprometen. La postergación a Febrero para avanzar con la implementación es ciertamente un avance.

5.- La Construcción de una Práctica Constitucional

Una tragedia de nuestra cultura constitucional es que carecemos de consensos básicos más o menos estables sobre el sentido de nuestra práctica constitucional, sobre el rol de la constitución (del derecho) frente a la política, sobre lo que requiere tomarnos la constitución en serio, sobre el tipo de actitudes que debemos tener hacia el derecho y las normas, y (más triste aún) sobre qué clase de comunidad constitucional estamos tratando de ser.

En este contexto, episodios como el de la designación en comisión de Jueces de la Corte son como una palabra arrojada a la torre de babel. Hace algunas décadas se defendía constitucionalmente la existencia incluso de gobiernos de facto. Hace menos, la elección popular de los representantes sectoriales en el consejo de la magistratura. El caso que nos sorprende ahora es cualitativamente diferente, pero lo suficientemente excéntrico como para obligarnos a indagar, otra vez, qué constitución, qué democracia, qué estructura de legitimidad política estamos tratando de construir; y la falta de una práctica común es un obstáculo enorme a la inteligibilidad de esto que estamos haciendo.

Fernando Toller

Seis reflexiones sobre la polémica por la Corte Suprema

El Presidente de la Nación ha nombrado directamente a dos ilustres juristas como ministros de la Corte Suprema. Para hacerlo ha invocado el art. 99, inc. 19, de la Constitución, que le confiere las atribuciones de cubrir las vacantes de los "empleos" que requieran el acuerdo del Senado y ocurran "durante su receso", por medio de "nombramientos en comisión". Ante esto, pueden esbozarse seis elementos a considerar:

- Antecedentes: esta potestad ha sido usada para jueces de la Corte Suprema, aquí y en Estados Unidos, fuente de la norma

habilitante. Cinco veces gobiernos democráticamente elegidos nombraron de esta manera a jueces de nuestra Corte Suprema: se menciona a Bartolomé Mitre, en 1862 ¿aunque con un acuerdo innominado previo del Senado?; a Juárez Celman en 1889 y 1890; Carlos Pellegrini en 1892, y Figueroa Alcorta en 1910. Raúl Alfonsín la utilizó para nombrar camaristas. En Estados Unidos tuvieron ese origen inicial jueces supremos de la talla de Oliver W. Holmes, Earl Warren, William Brennan y Thurgood Marshall, entre otros. Cabe preguntarse si esto impide una progresión republicana, con una justicia independiente que viene siendo reclamada hace dos décadas por la sociedad argentina. De hecho, entre un listado de 300 magistrados federales nombrados en comisión en la historia de Estados Unidos, sólo tres lo han sido en los últimos 35 años.

- Letra y sistemática: desde un análisis gramatical y semántico de la norma, parece correcto incluir en ella a esta medida. Se puede agregar que la Constitución utiliza la palabra "empleo" en el art. 110, refiriéndose a los jueces de la Corte y de los tribunales inferiores. Ante objeciones, podría alegarse que una vacante ocurrió "durante" el receso de la cámara alta, una con fecha 11 de diciembre de 2015, e incluso la anterior, también consumada en receso, el 31 de diciembre de 2014.

- Finalidad: el inciso invocado buscaba dar operatividad y evitar la parálisis del gobierno de los nuevos países. Posibilitó la cobertura de cargos cuando, ante renuncia o muerte, era imposible hacerlo por el mecanismo usual, con un Congreso que sólo funcionaba cinco meses al año, de mayo a septiembre, más distancias enormes, cubiertas usualmente con tracción a sangre.

La norma, basada en una idea de Alexander Hamilton, se encuentra en la Constitución estadounidense (1787), y fue incorporada desde el inicio a nuestra Constitución (1853; art. 83, inc. 23), con cambio de redacción casi inmediato, acercándola a la americana originaria (1860; art. 86, inc. 22). No parece que esa finalidad esté siempre presente en los tiempos actuales.

- Espíritu de la norma: se vislumbra tras la cláusula el requerimiento de algún tipo de apremio, tanto en tiempo, como en la indispensabilidad del mecanismo. Así, nadie ha criticado el nombramiento del nuevo presidente del Banco Central, que por ley requiere acuerdo del Senado, y no hay obligación, ni parece conveniente, llamar a sesiones extraordinarias para tratar su pliego. No se percibe esa necesidad, en cambio, con relación a los jueces de la Corte, con un alto tribunal que puede funcionar solo, o llegado el caso con conjueces o miembros de Cámaras federales, ni la urgencia, a semanas de la feria judicial, y el comienzo de las sesiones parlamentarias el 1 de marzo. Los tiempos son adecuados, además, para los plazos del decreto 222/03, de modo de dar cabida a la sociedad civil y poder empezar dichas sesiones con el análisis inmediato de ambos candidatos por parte del Senado.

- Interpretación de la Constitución en su conjunto: al observar sus mecanismos republicanos de frenos y contrapesos, poderes limitados y derechos individuales, la falta de necesidad desembocaría en una disonancia con el espíritu de respeto exquisito a los derechos humanos a la imparcialidad e independencia judicial, integrados en los derechos a la tutela judicial y al debido proceso. En este sentido, y aunque normativamente no sean situaciones iguales, el nombramiento de jueces supremos "en comisión", que por definición los pone en situación inestable y dependiente de los otros dos poderes, significaría un apartamiento de los principios sobre la independencia judicial que la Corte subrayó en sus recientes fallos "Aparicio" y "Uriarte", de abril y noviembre de 2015, relativos a conjueces y subrogancias.

- Ámbito: debe considerarse que no se trata de embajadores u oficiales de las fuerzas armadas, "empleados" que se subordinan al Presidente, sino de integrar la cúspide de un poder del Estado, del cual depende la garantía última de las libertades.

Conclusiones: es improbable que tales nombramientos sean eventualmente declarados inconstitucionales, pues encuentran cobijo en la letra de un inciso y cuentan con sólidos precedentes; sin embargo, yendo más allá, el decreto no superaría "hic et nunc" un control constitucional de razonabilidad, pues las falencias sobre la finalidad y el espíritu de la norma constitucional, así como sobre los requisitos de necesidad, proporción y armonía con los otros poderes y con las exigencias de los derechos individuales que debería cumplir la medida presidencial, implicarían un desborde del ámbito de funcionamiento apropiado de las potestades ejecutivas.

Fuera ya del Derecho, en el terreno político esta decisión puede significar el construir "poder", pero a la vez implicar una pérdida de "autoridad", hipotecando parte de la legitimidad social obtenida por el nuevo gobierno al invitar al diálogo y al debate. El Presidente solicitó que haya intercambio de pareceres, e incluso que se lo corrigiera. El sano ambiente republicano conlleva consenso prudente y disenso noble. Parece llegada la hora de disentir.

Roberto Gargarella

Quisiera realizar cuatro breves comentarios, relacionados con las recientes designaciones presidenciales, de dos jueces en comisión (es decir, jueces nombrados en forma provisional, sin acuerdo del Senado) para integrar la Corte Suprema.

Los candidatos designados. Comienzo por distinguir el contenido de la decisión -los nombres de los jueces escogidos- de los procedimientos con que se tomó la misma. Ambos candidatos tienen sobradas credenciales jurídicas para ocupar los cargos para los que fueron propuestos. Ellos cuentan con una gran preparación académica, y muestran un fuerte compromiso con los asuntos públicos (Rosatti demostró competencia en los muchos cargos públicos que ocupó; Rosenkrantz participó del primer diseño de la estrategia jurídica del Juicio a las Juntas; su estudio jurídico defendió a la Comunidad Homosexual Argentina, cuando el menemismo la avasallaba). Destaco lo dicho, más allá de mis preferencias personales (i.e., exijo la designación de mujeres en la Corte). Y lo hago también, más allá de los disensos que he tenido con los candidatos designados: nada impide reconocer el valor de los antecedentes de los nombrados

La interpretación constitucional. Me referí recién al contenido de la decisión, y me referiré ahora a la forma en que la decisión fue tomada. El trámite de la designación compromete a la Constitución. Existen ¿las conocemos- formas de circunvalar el texto constitucional relevante en el caso (el art. 99 inc. 19, que autoriza al Presidente a ¿llenar las vacantes de los empleos? que ocurran durante el ¿receso? del Senado).

Es posible encontrar usos de los términos más controvertidos del artículo (los jueces como ¿empleados?; un ¿receso? como el recién iniciado) que encajen con la lectura preferida por el oficialismo. Un par de fallos por allí, algún autor conocido por allí, respaldan dicha lectura. Pero no es invocando argumentos de autoridad como merece leerse la Constitución.

Para comenzar: no nos encontramos hoy en la situación de urgencia grave y sin alternativas, como aquella que motivara al artículo (se podría llamar a sesiones extraordinarias, o esperar por el reinicio de las sesiones legislativas, o nombrar conjueces para salir del momento difícil por el que atraviesa la Corte).

Y lo más importante: la Constitución merece apoyarse en una concepción interpretativa diferente. En mi opinión, ella debe ser leída a partir de dos claves principales: i) máxima deferencia hacia las decisiones políticas resultantes del buen funcionamiento del juego democrático; y ii) el escrutinio más estricto sobre las decisiones políticas capaces de afectar las reglas del juego democrático.

Para ejemplificar lo dicho de un modo sencillo: i) máximo respeto para el plan económico escogido por un gobierno (i.e., el "New Deal"); ii) escrutinio severo sobre las decisiones que afecten las reglas electorales o pongan en riesgo la división y control entre los poderes (i.e., el plan de "democratización de la justicia"). Frente a estas últimas decisiones, la Constitución debe ser interpretada del modo más restrictivo.

La política. El Presidente Kirchner comenzó su gobierno modificando el procedimiento para la designación de jueces (a través del reputado decreto 222). Por medio de esa reforma, Kirchner no expandió su poder, sino que se ató las manos. Una década más tarde (y a pesar de las tropelías cometidas), el kirchnerismo siguió apelando a aquel momento inicial para dotar de legitimidad a sus actos. Es difícil de entender por qué el nuevo gobierno desperdicia la enorme oportunidad a su alcance para reforzar la autoridad de su mandato, y así dar contenido real al discurso institucionalista de su campaña (por qué dilapidar apoyos, cuando tiene la posibilidad de consolidarlos? Por qué dañar de ese modo a los designados?). Mucho peor que eso, el oficialismo le ofrece a un futuro gobierno autoritario una excusa perfecta: invocar el antecedente de esta reforma para comisionar jueces de espanto (temblaremos de miedo ante cada nuevo receso).

La historia. Finalmente, un comentario sobre la historia reciente. Para quienes, desde el instante primero, criticamos por igual a cada nuevo gobierno, resulta cuanto menos curioso escuchar las indignadas invectivas legalistas de quienes, hasta ayer nomás, contribuyeron a que se saqueara el derecho.

Recordamos cuando defendieron la designación de jueces subrogantes; avalaron el sometimiento del Consejo de la Magistratura; aplaudieron la nominación de Reposo; sostuvieron el tratado con Irán; festejaron como "genial avivada" las candidaturas testimoniales; o usaron argumentos que sabían falsos para defender la "democratización de la justicia". Recordamos que al pedir ayuda en defensa de la ley, se burlaron de nosotros llamándonos "como un insulto- "republicanos." Recordamos que corrieron el cuerpo cuando "en nombre del derecho- les pedimos una mano. Recordamos sobre todo, con mucho dolor, que cuando más necesitamos de su palabra, con cara de disimulo, estruendosamente, permanecieron callados.

Andres Gil Dominguez

La designación de los jueces de la Corte Suprema de Justicia en ?comisión?

I._ La Constitución argentina establece un mecanismo regular o normal para la designación de los jueces y juezas de la Corte Suprema de Justicia (art. 99 inc. 4) que el Decreto 222/03 se encargó de reglamentar parcialmente mediante un sistema de autolimitación del Poder Ejecutivo.

Dicho proceso consta de varias etapas: a) el Presidente postula a un candidato y publica su nombre y sus antecedentes en el Boletín Oficial. El candidato deberá presentar una declaración jurada con la nómina de todos los bienes propios, los de su cónyuge y/o los del conviviente, los que integren el patrimonio de la sociedad conyugal, y los de sus hijos menores, en los términos y condiciones que establece el artículo 6° de la ley de ética de la función pública (ley n° 25.188); b) por un plazo de 15 días contados a partir de la publicación en el Boletín Oficial, los ciudadanos en general, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales, las entidades académicas y de derechos humanos presenten por escrito y de modo fundado y documentado, las posturas, observaciones y circunstancias que consideren de interés expresar respecto de los incluidos en el proceso de preselección; c) una vez finalizada dicha etapa, en un plazo posterior que no podrá superar los 15 días, el Poder Ejecutivo dispondrá si eleva o retira el pliego; d) en caso afirmativo, elevará el pliego al Senado de la Nación, el cual podrá dar acuerdo con los dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública convocada al tal efecto.

Como se observa, en el mecanismo regular o normal, existe la participación activa de la sociedad civil auscultando la idoneidad profesional y ética del candidato, la actuación concurrente del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo y la necesaria búsqueda de consensos cruzados en el Senado habida cuenta de la mayoría agravada de dos tercios de los presentes requerida.

II._ El art. 99 inc. 19 de la Constitución argentina es una norma incorporada en 1860 que le asigna al presidente de la Nación la facultad 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?.

En general, dicho procedimiento instituye un mecanismo irregular o excepcional puesto que posibilita que los nombramientos de los empleos para los cuales la Constitución establece un determinado procedimiento sean sustituidos por el ejercicio de una potestad claramente decisionista. Por lo tanto, deben existir fundadas razones que justifiquen el apartamiento de la regularidad constitucional respecto de los nombramientos que requieren el acuerdo del Senado. La aplicación del mecanismo regular o del mecanismo de excepción no depende de la conveniencia política subjetiva de quién ejerce el Poder Ejecutivo sino de circunstancias excepcionalmente objetivas. Esto permite distinguir entre un ejercicio constitucional racional o el oportunismo político espurio de esta atribución.

La norma constitucional se refiere a ?nombramientos en comisión? de ?vacantes? de los ?empleos? que ?requieren el acuerdo del Senado?. Germán J. Bidart Campos sostuvo que ?todos? los empleos vacantes que se proveen con acuerdo del Senado pueden ser llenados durante su receso por nombramientos en comisión.[1] El primer punto para despejar consiste en analizar si los cargos de los jueces de la Corte Suprema de Justicia pueden considerarse ?empleos? dentro del campo de aplicación expuesto por el art. 99 inc. 19; una respuesta concreta a ello la encuentro en el art. 110 de la Constitución argentina cuando el enunciado constitucional establece que ?los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta?.

Ahora bien: ¿Cuando un Presidente o Presidenta puede ejercer dicha facultad sin violar la Constitución? En la medida que exista una situación objetiva de extrema necesidad y urgencia, la cual no dependa de la mera conveniencia política coyuntural del poder de turno. Si la Corte Suprema de Justicia puede funcionar jurisdiccionalmente (aún con la necesidad de tener que designar conjueces-jueces para ciertos casos) no existen razones ni situaciones que justifiquen la utilización del mecanismo alternativo para la designación de sus integrantes.

Los nombramientos en comisión también implican una implícita derogación del Decreto 222/03, y con ello, una regresión institucional en la construcción de una democracia deliberativa y participativa en la selección de los candidatos y candidatas a ocupar la Corte Suprema de Justicia, por cuanto los ?jueces en comisión? serán posteriormente ratificados o no por el Senado sin tener que someterse a ninguna clase de mecanismo de control deliberativo ni tampoco a la audiencia pública ante el Senado.

Una muestra de la excepcionalidad del mecanismo es que lo largo de nuestra historia constitucional fue muy pocas veces utilizado (Mitre -1962-, Figueroa Alcorta -1910-; Guido -1962-) y en contextos muy particulares.

III._ La corte Suprema de Justicia en los precedentes ?Rosza?[2], ?Rizzo?[3], ?Aparicio?[4] y Uriarte?[5] estableció que la independencia del Poder Judicial es una garantía del sistema de derechos en el marco del Estado constitucional y convencional de derecho argentino, y que para ello, se debían respetar los mecanismos previstos en la Constitución argentina para la designación de los jueces.

Los jueces en comisión - aunque sean provisorios- desempeñan las mismas funciones que los magistrados titulares en la administración de justicia deben ser y aparentar ser independientes (tal como lo expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos ?Aritz Barbera y otros vs. Venezuela?, ?Reverón Trujillo vs. Venezuela? y ?Chocrón Chocrón vs. Venezuela?). ¿Jueces nombrados en comisión sin acuerdo del Senado, sin participación de la sociedad, sin audiencia pública ante el Senado, por mera voluntad discrecional del Presidente pueden aparentar siquiera ser independientes?

El ejercicio injustificado de la facultad establecida por el art. 99 inc. 19 no solo viola la Constitución, sino también, incurre en una

práctica inconvencional manifiesta puesto que desconoce la totalidad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia que configura la condición de vigencia dinámica de la jerarquía constitucional originaria que ostenta desde 1994 la Convención Americana sobre Derecho Humanos.

IV._ Nombrar jueces de la Corte Suprema de Justicia en comisión es una práctica antideliberativa y decisionista, no aconsejable ni aún en circunstancias extremas. En situaciones normales, constituye un eslabón más del sinsentido anómico de nuestra historia.

[1] Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental de derecho constitucional argentino. Tomo II-B, Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 334

[2] CSJN Fallos 330:2361.

[3] CSJN Fallos R. 369. XLIX, 18 de junio de 2013.

[4] CSJN Fallos CSJ 1095/2008 (44-A) CS, 21 de abril de 2015.

[5] CSJN Fallos FLP 911672015/CA1-CS1, 4 de noviembre de 2015.

Andres Gil Dominguez

Análisis constitucional del Decreto 83/2015: una emergencia espuria

En un anterior artículo publicado en el blog sostuve que la designación "en comisión" de los jueces y juezas de la Corte Suprema de Justicia por parte del Presidente, en ejercicio de la atribución establecida en el art. 99 inc. 19 de la Constitución argentina, era un mecanismo de excepción que debía estar fundado en objetivas razones de urgencia.

Veamos y analicemos cuales son los fundamentos expuestos por el Decreto 83/2015 que justifican el apartamiento del mecanismo constitucional regular o normal previsto para la designación de los jueces y juezas de la Corte Suprema de Justicia:

* El argumento de la dificultad del normal funcionamiento de la Corte Suprema debido a su integración actual de tres miembros: en la actualidad se requieren tres votos para conformar la mayoría del tribunal, si en un caso concreto, dicha mayoría no pudiera ser alcanzada se debería integrar con un conjuer o una conjuera que surgiera de un sorteo entre los presidentes de las Cámaras Federales de todo el país. De esta manera, la Corte Suprema estaría integrada en su totalidad por magistrados y magistradas nombrados por los mecanismos previstos en la Constitución. Ahora bien: comparemos una integración realizada de esta manera con una integración donde dos jueces fueron designados directamente por el Poder Ejecutivo, sin acuerdo del Senado y a espaldas de la sociedad civil ¿Cuál de las dos integraciones es más disfuncional para el sistema democrático ?

* El argumento dogmático que invoca la aplicación del art. 99 inc. 19 sin contexto de justificación: el Decreto invoca la norma constitucional sin expresar ni un argumento fáctico objetivamente verificable que permite justificar el apartamiento del mecanismo regular. Es más pareciera que el ejercicio de dicha potestad depende exclusivamente del Presidente, el cual, ante una vacante en la Corte Suprema producida durante el receso legislativo o vacantes producidas antes de dicho receso, podrá optar discrecionalmente sin límite alguno, entre el mecanismo regular o el mecanismo de excepción.

* El argumento de autoridad doctrinal: en el párrafo 10º, el Decreto realiza una cita de autoridad de dos constitucionalistas que no viven (Bidart Campos y Ekmekdjian) y una constitucionalista que vive (Gelli). En todos los casos, repite las opiniones vertidas en distintas obras respecto del funcionamiento y aplicación del instituto de excepción, pero sin establecer alguna justificación de su aplicación en el actual contexto. Respecto de Germán y Miguel fueron mis maestros y amigos, en la totalidad de sus obras siempre resaltaron la interpretación restrictiva del ejercicio del poder, especialmente cuando se trataba del Poder Ejecutivo y de los males

expuestos por el hiperpresidencialismo. Respecto de María Angélica sería muy bueno conocer su opinión: es fácil se la puede llamar y preguntarle qué opina sobre el tema.

* El oxímoron constitucional: en sus fundamentos y en la parte resolutive, el Decreto de forma sincrónica nombra a los jueces en comisión, y a la vez, pone en marcha el procedimiento constitucional regular implementado de forma inmediata el Decreto 222/03 y las previsiones del art. 99 inc. 4 de la Constitución argentina ¿Urgencia y normalidad al mismo tiempo? Si es posible poner en marcha el procedimiento regular: ¿Dónde está la situación excepcional que justifica apartarse de los mecanismos normales? Un oxímoron que desnuda el fundamento real del Decreto 83/2015.

Andres Gil Dominguez

Atribución constitucional y ejercicio constitucional de la potestad: el decreto 83/2015 y la designación de jueces en "comisión"

En la polémica surgida por el nombramiento en comisión de los jueces de la Corte Suprema de Justicia se incurrió en un error conceptual al tratar de forma sinonímica la atribución que la Constitución le asigna al Presidente o Presidenta en el art. 99 inc. 19 para nombrar jueces en comisión durante el receso del Senado y el ejercicio constitucional o inconstitucional de dicha potestad. En otras palabras, no es lo mismo atribución constitucional que ejercicio de la misma: la primera se refiere a una acción o conducta que la Constitución habilita, la segunda a si existe un contexto de justificación que permita ejercerla. Por lo tanto, el Presidente o

Presidenta ejerciendo una atribución constitucional puede hacerlo de manera constitucional o inconstitucional (y agrego convencional o inconvencional).

El art. 99 inc. 19 establece un mecanismo excepcional para la designación de los jueces y juezas de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales federales inferiores por parte del titular del Poder Ejecutivo, que para ser ejercido de forma constitucional, requiere de la existencia de circunstancias fácticas que lo avalen.

Ante una vacante en el Poder Judicial, el Presidente o Presidenta no puede elegir a su arbitrio entre cumplir con el mecanismo establecido por el art. 99 inc. 4 y el Decreto 222/03 u optar por designar jueces en comisión conforme lo establece el art. 99 inc. 19, sino que para apartarse del mecanismo normal, tienen que existir contextos de justificación razonables y proporcionados. De lo contrario, ante una vacante en el ámbito judicial y el receso del Senado, el Poder Ejecutivo sin ningún límite constitucional podría elegir entre el mecanismo regular que culmina con una designación garantizadora de la independencia del Poder Judicial o el mecanismo de excepción que deriva en jueces en comisión que adolecen de la apariencia de independencia. Esto implica que en la actualidad ante el 25{4b015c602daae1740eeeff036be6b8dec19de1a1c9b21eab65a387a88969d10f} de las vacantes existentes en el Poder Judicial federal, el Presidente no puede elegir a placer entre el procedimiento regular o el de excepción.

Un constitucionalismo comprometido con la democracia y la República siempre planteó que el ejercicio de facultades de excepción debe ser interpretado de forma restrictiva respecto del Poder, y mucho más aún, cuando se trata del Poder Ejecutivo en sistemas presidencialistas robustos.

El Decreto 83/2015 implica un evidente ejercicio inconstitucional e inconvencional de la potestad otorgada por el art. 99 inc. 19 al Presidente o Presidenta por la Constitución argentina, basta observar sus fundamentos para verificarlo sin mucha complejidad.

Pablo Manili

El decreto de designación de dos ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sancionado recientemente es claramente inconstitucional.

La norma en la cual se apoya (art. 99 inciso 19 CN) está referida a otro supuesto, ya que establece que el presidente "puede llenar las vacantes de los empleos que requieren acuerdo del Senado y que ocurran durante su receso?". Analizaremos esa norma: (i) En primer lugar es facultativa, es decir que no obliga al presidente a hacerlo, ni le marca un programa o proyecto como hacen otras normas; (ii) En segundo lugar, es evidente que ser ministro de la Corte no es un "empleo", sino que es un alto cargo que implica ocupar un sitial nada menos que en la cabeza de otro de los poderes del Estado, que justamente debe controlar al presidente. El inciso en cuestión se refiere a los "empleos" que están dentro del Poder Ejecutivo (y no en otro poder), como son los embajadores (inciso 7) y los "empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas" (nótese que el inciso 13 utiliza la misma palabra: empleos).

Pero aún cuando se considerara que ser ministro de la Corte es solamente un "empleo", no están dadas las condiciones de excepcionalidad que requiere la norma bajo estudio para llenar un empleo sorteando el debate en el Senado. Ello así por varios motivos: (i) porque la Corte está funcionando normalmente con los tres miembros que hoy la integran; (ii) porque una de las dos vacantes que se cubren ya lleva un año de antigüedad sin haber sido llenada y además ocurrió durante otro receso del Senado, en diciembre de 2014; (iii) porque además, apenas diez días hábiles después de la sanción del decreto empieza la feria judicial de enero y los tribunales no reabren hasta febrero, lo cual daba tiempo suficiente para convocar a sesiones extraordinarias del Senado a fin de que trate los pliegos y (iv) porque el constituyente de 1994, con el objetivo de atenuar el presidencialismo, fue muy cuidadoso al regular el procedimiento de acuerdo del Senado para jueces de la Corte, ya que elevó la mayoría a dos tercios y exigió que se decida en "sesión pública" (inciso 4), lo cual revela que, para el constituyente, se trata de un acto sumamente delicado, que debe estar rodeado de un amplio debate, consenso y publicidad. Desde este punto de vista, el decreto aumenta el presidencialismo, violando así el espíritu de la constitución que procura, en varias de sus normas, atenuarlo.

Se invoca en el decreto que el presidente Alfonsín nombró en comisión a algunos jueces y que ello justificaría esta medida, pero ello claramente no es así porque: (i) eso ocurrió respecto de jueces inferiores y no de ministros de la Corte Suprema; (ii) en 1983 el gobierno asumió después de una dictadura militar y (iii) era imprescindible poner en funcionamiento a esos órganos judiciales, que no estaban funcionando (mientras que la Corte actual sí lo hace).

Tampoco consideramos que lo hecho por el presidente Mitre en 1863 sea un precedente válido para justificar este decreto, porque esa decisión se tomó cuando la Corte aún no existía, y lo que hizo Mitre fue instalarla, para cumplir la manda constitucional. En 2015 ya hay una corte instalada y "reitero" funcionando normalmente. Además en ambos casos, cabe hacer las siguientes

precisiones: (i) una o dos decisiones aisladas de uno o dos presidentes en toda la historia argentina, adoptadas en situaciones fácticas totalmente distintas y excepcionales, no generan por sí solas una costumbre constitucional que deba ser seguida o que pueda modificar el texto de la carta magna, y (ii) ambas fueron adoptadas antes de la reforma constitucional de 1994, que modificó el mecanismo de designación de jueces de la Corte, como ya se explicó.

Tampoco se aplican aquí los precedentes norteamericanos que algunos citan porque en ese país: (i) no existe un art. 99 inciso 4 con las exigencias agravadas que éste contiene y (ii) no existe el decreto 222/03.

Asimismo, el decreto genera un hecho consumado, que violenta la voluntad, tanto de los señores ministros así nombrados como de los senadores que deben considerar sus pliegos. En efecto, hasta tanto el Senado no les preste acuerdo, los señores ministros (hacia quienes tenemos el mayor de los respetos en lo profesional) podrían sentirse compelidos a fallar de modo tal que agrade (o que al menos no moleste) a las bancadas que forman la mayoría del Senado, y ello claramente afecta su independencia.

A su vez, los senadores van a estar tratando los pliegos de dos ministros que ya están en funciones y que además podrían tener en sus manos alguna causa judicial en la que ellos estén interesados o sean parte, lo cual también compromete la imparcialidad de esos senadores y violenta su voluntad libre. Lo mismo puede decirse con relación a todas las etapas que prevé el decreto 222/03, que deberán ser cumplidas respecto de dos personas que ya están en funciones, lo cual contradice claramente el espíritu de esa norma.

También debemos preguntarnos cuál es la estabilidad en el cargo que tendrán estos señores ministros hasta tanto logren obtener el acuerdo del Senado, ¿serán removibles por decreto, tal como fueron designados?... ¿o tienen estabilidad en el cargo a pesar de estar ?en comisión? y sin acuerdo del Senado? No olvidemos que la estabilidad en el cargo es la mayor garantía para la independencia de criterio de quienes tienen en sus manos decidir sobre el honor la libertad y la fortuna de todos los argentinos