

*Jueces subrogantes y vocación de ruptura**

Comentario y proyecciones del fallo “Rosza”

Por Leonardo G. Brond

1. Delimitación del tema

El presente trabajo tiene por objeto analizar el problema de la designación de los jueces subrogantes y su relación con el proceso de desconstitucionalización.

Jueces subrogantes son aquellos que han llegado al cargo sin el cumplimiento de los requisitos constitucionales¹, que vienen transitoriamente a cubrir una vacancia, mientras se cumple el proceso de selección del juez que ocupará el cargo en forma permanente.

El punto de partida es el análisis del fallo “Rosza, Carlos A. y otro s/recurso de casación”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 23/5/07, el que ya ha suscitado numerosos comentarios².

Es indudable que desde la reforma de 1994, la selección de los jueces se ha querido mejorar, pero también se ha lentificado injustificadamente³ el proceso de selección. Para resolver esta cuestión, entra en juego la figura del juez subrogante, un juez que es designado con mayor velocidad a la que implica el “juez natural”, pero con un mecanismo de dudosa constitucionalidad. Desde su aparición, la figura del juez subrogante ha generado activos defensores como también grandes detractores.

La Corte Suprema declaró la *inconstitucionalidad de la designación de los jueces subrogantes por parte del Consejo de la Magistratura*, pero mantuvo la vigencia de los actos cumplidos por ellos, fijando un plazo de un año para que el Congreso y el Poder Ejecutivo establezcan un nuevo régimen de designación.

Ahora bien, el plazo de un año que la Corte fijó a partir de la notificación del fallo al Poder Ejecutivo Nacional, al Congreso de la Nación y al Consejo de la Magistratura se cumplirá en poco tiempo.

Y, desde esta óptica, se abre la posibilidad de analizar el fallo “Rosza” desde un prisma completamente nuevo: *pronosticar las posibles posturas que adoptarán los poderes a la fecha 24 de mayo de 2008, a la luz de los conceptos de situación de ruptura e inconstitucionalidad por omisión.*

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ El art. 99, inc. 4° de la Const. nacional exige: 1) nombramiento del Poder Ejecutivo Nacional; 2) acuerdo del Honorable Senado de la Nación; 3) en sesión pública.

² Pizzolo, Calogero, *Jueces subrogantes: Cuando la anormalidad es norma*, LL, 2007-C-587; Maraniello, Patricio A., *Declaración de inconstitucionalidad con efecto diferido*, La Ley, 11/7/07; Edwards, Carlos E., *La inconstitucionalidad de la designación de los jueces subrogantes en el proceso penal*, LL, 2007-C-580.

³ Orio, Eduardo D. E., *Jueces subrogantes, no es necesario desvestir a un santo para vestir a otro*, LL, 2001-E-1279.

2. Antecedentes del problema

a) El Consejo de la Magistratura fue creado por la reforma constitucional de 1994 (art. 114, Const. nacional). El art. 114 otorga al Consejo de la Magistratura competencia para la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. Le asigna las funciones de seleccionar mediante concursos públicos a los postulantes (inc. 1°); emitir propuestas en ternas vinculantes (inc. 2°); administrar los recursos y ejecutar el presupuesto (inc. 3°); ejercer facultades disciplinarias (inc. 4°); abrir el procedimiento de remoción, con facultad de suspender y acusar (inc. 5°). Y en lo que aquí interesa: “inc. 6°. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia”.

b) La ley especial a la que alude el art. 114 es la ley 24.937. En lo que aquí concierne, el art. 7° de la ley 24.937, en sus 14 incisos, regula las atribuciones del Consejo de la Magistratura reunido en sesión plenaria.

Así, por ejemplo, el art. 7°, inc. 7° de la ley 24.937 establece que corresponde al Consejo de la Magistratura “*decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados –previo dictamen de la Comisión de Disciplina y Acusación–, formular la acusación correspondiente ante el Jurado de Enjuiciamiento, y ordenar después, en su caso, la suspensión del magistrado, siempre que la misma se ejerza en forma posterior a la acusación del imputado. A tales fines se requerirá una mayoría de dos tercios de miembros presentes*”. Ello es una reglamentación del art. 114, inc. 5° de la Constitución nacional.

Pero también el art. 7° de la ley 24.937 contiene enunciados generales, prácticamente copiados del art. 114.

Un ejemplo es el art. 7°, inc. 2° de la ley 24.937, según el cual, corresponde al Consejo de la Magistratura “dictar los reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye la Constitución nacional y esta ley a fin de garantizar una eficaz prestación de la Administración de justicia”. Adelantamos que este inciso fue considerado inconstitucional, ya que la reglamentación de las leyes es facultad exclusiva del Poder Ejecutivo⁴.

c) La ley 25.876⁵, modificó el art. 7° de la ley 24.937 al incluir un inc. 15, cuyo texto faculta al Consejo de la Magistratura a “dictar los reglamentos que establezcan el procedimiento y los requisitos para la designación de jueces subrogantes en los casos de licencia o suspensión de su titular y transitorios en los casos de vacancia para los tribunales inferiores”.

d) Sobre la base del art. 15 de la ley 24.937 incorporado por la ley 25.876, el Consejo de la Magistratura dictó la resolución 76/04, por la cual fue aprobado el reglamento de subrogaciones de los tribunales inferiores de la Nación. A partir de la aprobación del referido reglamento, el Consejo efectuó tantos nombramientos de

⁴ Ver Pizzolo, Calogero, *Constitución nacional*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004, p. 690.

⁵ Sancionada el 17/12/03; promulgada el 19/1/04 (BO, 22/1/04).

magistrados subrogantes, que a la fecha 23 de mayo de 2007 “ilega aproximadamente al 20% de la judicatura”⁶.

e) A muchos defensores penales no les hizo ninguna gracia ver cómo sus asistidos eran procesados, encarcelados y llevados a juicio oral por jueces que no habían sido designados conforme a la Constitución nacional. Los planteos de nulidad con acogida favorable en los tribunales orales en lo criminal no se hicieron esperar.

En este sentido se pronunció la Sala V de la Cámara Nacional Criminal y Correccional en “Jaime, Arnaldo” el 15/2/05⁷. También se pronunció en el mismo sentido el Tribunal Oral Criminal n° 9, el 24/2/05, causa 2112⁸.

f) Los fallos antes aludidos condujeron a que la Corte Suprema dicte la acordada 7/05, por la cual se estableció “mantener la validez de las actuaciones cumplidas o a cumplir por los subrogantes designados con arreglo al reglamento aprobado, en los términos del art. 7° , inc. 15 de la ley 24.937, texto según ley 25.876, por la resolución 76/04 del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, hasta tanto se agoten en cada caso las vías recursivas ordinarias y extraordinarias procedentes y se decida en definitiva”.

En el considerando 5 de la acordada, la Corte Suprema aclaró que no se abría “juicio respecto de la constitucionalidad de las normas cuestionadas, que deberá resolverse por la vía legalmente contemplada”.

Algunos planteos defensistas llegaron a casación, y la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, en “De Candia” de fecha 15/12/05⁹, y la Sala IV, en “P., A. D”¹⁰ de fecha 27/12/05 se pronunciaron a favor de la validez de los actos procesales realizados por jueces subrogantes designados por el Consejo de la Magistratura.

g) En febrero de 2006 el Congreso sanciona la ley 26.080 que deroga el inc. 15 del art. 7° de la ley 24.937, que otorgaba al Consejo de la Magistratura la competencia para designar jueces subrogantes. En consecuencia, también queda derogada la resolución 76/04 del Consejo de la Magistratura.

h) En mayo de 2007 la Corte Suprema de Justicia de la Nación decide el caso “Rosza, Carlos A. y otro s/recurso de casación”; declara la inconstitucionalidad de la resolución 76/04 del Consejo de la Magistratura de la Nación, confirma la validez de las actuaciones cumplidas los jueces subrogantes y los mantiene en el ejercicio de sus cargos hasta que cesen las razones que originaron su nombramiento o hasta que sean reemplazados, o ratificados, mediante un procedimiento constitucionalmente válido, el que deberá dictarse en el plazo máximo de un año a contar desde la notificación del fallo.

i) El plazo de un año que estableció la Corte para el dictado de un reglamento conforme a la Constitución se cumplirá el 24 de mayo de 2008, con lo cual los poderes del Estado deberán adoptar algún temperamento.

⁶ CSJN, “Rosza, Carlos A. y otro s/recurso de casación”, considerando 17, del voto de la mayoría.

⁷ LL, 2005-B-335.

⁸ LL, 2005-C-130.

⁹ La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, julio 2006.

¹⁰ La Ley, 27/7/06.

3. Normas básicas de referencia en juego

Cuando hablamos del problema de la designación de los jueces subrogantes nos referimos a las normas básicas que determinan la *independencia del Poder Judicial* frente a los restantes poderes gubernamentales, normas que tienen por objeto establecer un juego de frenos y contrapesos¹¹ –los *cheks and balances*¹² que significan una distribución y limitación del ejercicio del poder. Pues, “es evidente, y numerosas son las pruebas de ello, que allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede”¹³. En menos palabras: “el poder incontrolado es, por su propia naturaleza, malo”¹⁴. Y, por ende, la mayoría de los hombres “se hacen malos en el poder”¹⁵.

La independencia del Poder Judicial, además de surgir de las normas básicas que delimitan la competencia para nombramientos de los jueces inferiores (art. 99, incs. 4° y 19, Const. nacional)¹⁶ y les otorga garantías de inamovilidad (art. 110), está reconocida como derecho de todo ciudadano.

Así, la Constitución nacional hace referencia a los jueces naturales tanto en el art. 18 como en el bloque de constitucionalidad federal¹⁷ del art. 75, inc. 22 (el art. 10 de la Declaración Universal de derechos Humanos alude a un “tribunal independiente e imparcial”; el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere a un “juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley”; términos similares emplea el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Para determinar si un juez o tribunal es independiente del Poder Ejecutivo, se ha de tener en consideración, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁸, los siguientes factores:

- a) el modo de designación de sus miembros;
- b) la duración de sus mandatos;
- c) la existencia de garantías contra presiones externas.

¹¹ Pizzolo, *Jueces subrogantes: Cuando la anormalidad es norma*, LL, 2007-C-587; Gialdino, Rolando E., *El Poder Judicial y los jueces en la República representativa*, ED, 147-961.

¹² Löwenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1983, p. 153. La teoría de Löwenstein tiene como sus precursores a la teoría de la separación de las funciones gubernamentales esbozada por Locke y expuesta por Montesquieu.

¹³ Löwenstein, *Teoría de la Constitución*, p. 28; no hay poder –observa Montesquieu– “que no incite al abuso, a la extralimitación” (Pizzolo, Calogero, *Sociedad, poder y política*, Bs. As., Ediar, 2004, p. 190).

¹⁴ Löwenstein, *Teoría de la Constitución*, p. 28.

¹⁵ Platon, *Gorgias*, México, Porrúa, 1993, p. 203, citado por Pizzolo, *Sociedad, poder y política*, p. 41.

¹⁶ Estos son los dos únicos procedimientos que contempla la Constitución nacional para nombrar a los jueces inferiores.

¹⁷ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Bs. As., Ediar, t. VI, 1995, p. 233.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Aguirre Roca, Rey Terry y Reboredo Marzano vs. Perú”, sentencia del 31/1/01, párr. 73 y 75, serie 73 y 75 C n° 71). La jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales de orden internacional (*Fallos*, 321:3555; 328:1491). Ver también “Bramajo” (*Fallos*, 319:1840 o *JA*, 1996-IV-439).

La experiencia profesional indica que no todos los factores tienen la misma importancia, ni la misma posibilidad de verificación o refutación. Así, por ejemplo, el factor “c” –la existencia de garantías contra presiones exteriores– es un elemento muy etéreo en comparación con el factor “b” referido a la inamovilidad de los jueces, o con el factor “a” atinente a la designación de los jueces. Y esta hipótesis se ve confirmada con el art. 167, inc. 1° del Cód. Proc. Penal de la Nación, que establece la nulidad de las resoluciones de jueces o tribunales que fueron dictadas en violación a las disposiciones concernientes a su nombramiento, capacidad y constitución. Es un supuesto de nulidad absoluta¹⁹.

De modo que, a la luz de lo resuelto por la Comisión de Derechos Humanos, los jueces subrogantes, tal como fueron designados, afectan la independencia del Poder Judicial, pues no cuentan con el nombramiento del Poder Ejecutivo Nacional, ni con el acuerdo del Senado, ni el nombramiento proviene de una sesión pública.

4. Argumentos esgrimidos a favor de los jueces subrogantes

La visión de que los jueces subrogantes nombrados por el Consejo de la Magistratura afecta la independencia del Poder Judicial es mayoritaria, pero no unánime, pues se ha ensayado una artillería de argumentos para justificar la constitucionalidad de tales nombramientos.

El principal ensayista en este sentido es Puricelli²⁰, quien comienza la justificación aludiendo a la *prohibición de la autodefensa* en la sociedad. Esto lleva a pensar en el estado de naturaleza de Hobbes y sus clásicas formulaciones del “*homo homini lupus*” (el hombre es lobo del hombre) y de la guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*)²¹.

En segundo lugar, Puricelli defiende la constitucionalidad de los jueces subrogantes por razones fácticas. Según el autor, los tribunales acéfalos que vienen siendo cubiertos por otros magistrados titulares de otros, al extenderse la vacancia por tiempo indeterminado, repercuten en un notorio deterioro del servicio de justicia y en un enorme desgaste del personal, debido al conocido problema de la *sobrecarga de trabajo*²².

En tercer término, se sostiene que los jueces subrogantes hacen al *derecho a ser juzgado en un plazo razonable*, tal como lo dijo la Corte en reiteradas ocasiones a partir del fallo “Mattei”²³. De allí el autor infiere que los jueces subrogantes llegan a la judicatura por un procedimiento que también tiene anclaje constitucional, cual es la emergencia, con el fin de no paralizar ni desnaturalizar la prestación de un servicio esencial en la república.

En cuarto lugar, se efectúa una interpretación oscura del art. 114, inc. 6° de la Const. nacional para hallar “*poderes implícitos*” en el Consejo de la Magistratura.

¹⁹ D’ Alhora, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación*, t. 1, Bs. As., Lexis Nexis, 2003, p. 300.

²⁰ Puricelli, José L., *La validez constitucional del juez subrogante*, LL, 2006-D-537.

²¹ Naucke, Wolfgang - Harzer, Regina, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, 5ª ed., Bielefeld, Luchterhand, 2005, p. 54.

²² Puricelli, *La validez constitucional del juez subrogante*, LL, 2006-D-541 a 543.

²³ Puricelli, *La validez constitucional del juez subrogante*, LL, 2006-D-543; CS Fallos, 272:188.

Según Puricelli, con cita de Gelli²⁴, la resolución 76/04 que permite nombrar jueces subrogantes sería uno de “*los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia*”²⁵.

La argumentación de Puricelli no resiste el análisis.

a) Ante todo, la cita a la obra de Gelli es casi una falacia conocida como “argumento *ad verecundiam*”, esto es, “el sentimiento de respeto que siente la gente por las personas famosas, para ganar asentimiento a su conclusión”²⁶. Además, todo indica que la opinión de Gelli parece ser adversa a los dichos de Puricelli: “*En la determinación del sistema de subrogancias deben asegurarse las garantías constitucionales de las personas. El sistema desde luego, es susceptible de control de constitucionalidad*”²⁷. Por otro lado, ya había advertido Bidart Campos que el referido poder reglamentario es “*una novedad difícil de desentrañar*”²⁸ y había observado doce años atrás la necesidad de controlar “*aquellos excesos reglamentarios del Consejo*”²⁹.

b) Por otro lado, la búsqueda de los “poderes implícitos” del Consejo de la Magistratura en el art. 114, inc. 6° va contra las reglas de interpretación de las normas constitucionales, ya que conduce lisa y llanamente a la ineficacia del art. 99, inc. 4°, Const. nacional.

c) Párrafo aparte merece la alusión al “plazo razonable” contenido en los Pactos de Derechos Humanos. Que un ciudadano tenga que ser procesado, encarcelado, llevado a juicio, y eventualmente condenado por un juez subrogante, para que otro ciudadano, pueda ser juzgado en otra causa en un plazo razonable por un juez definitivo, es un razonamiento que trata al primero como medio, pues lo confunde con el objeto de los derechos reales³⁰. Esto es contrario a la dignidad humana.

d) Tampoco puede prosperar consideración alguna referida a la prohibición de autodefensa, estado de naturaleza, o estado de necesidad según se entienda, ya que el derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial es una garantía indispensable no susceptible de suspensión ante las emergencias que puedan ocurrir en la sociedad³¹.

Queda por aclarar que también el procurador general de la Nación se manifestó a favor de la constitucionalidad del reglamento adoptado por la resolución 76/04 del Consejo de la Magistratura, aduciendo que dicho reglamento encuentra su fundamento en las facultades organizativas del art. 114, inc. 6°; invocó, asimismo, una situación de necesidad (cubrir provisoriamente los cargos vacantes a fin de asegurar

²⁴ Puricelli, *La validez constitucional del juez subrogante*, LL, 2006-D-544; Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, Bs. As., La Ley, 2005, p. 943.

²⁵ En sentido similar, aunque no tan explícito, Armagnague, Juan F., *Procedimiento ante el Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento Nacional*, Bs. As., Depalma, 1998, p. 24 a 27.

²⁶ Copi, Irving, M., *Introducción a la lógica*, Bs. As., Eudeba, 1994, p. 91.

²⁷ Gelli, *Constitución de la Nación Argentina*, p. 943.

²⁸ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Bs. As., Ediar, t. 1, 1985; t. VI, 1995, p. 497.

²⁹ Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. 1; t. VI, p. 497.

³⁰ Famosa frase de Kant, expuesta en la *Metafísica de las costumbres*, p. 166.

³¹ CIDH, opinión consultiva 9/87, párr. 41.

el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable). Y que en esas condiciones, la reglamentación del Consejo de la Magistratura parece razonable en los términos del art. 28 de la Const. nacional, ya que la *ausencia de acuerdo del Senado* no es argumento suficiente para declarar la inconstitucionalidad por violación a la garantía de independencia: también los jueces designados en comisión carecen del acuerdo del Senado y de la inamovilidad del empleo.

La argumentación del procurador general de la Nación no es convincente.

a) Respecto de los primeros argumentos acerca del alcance de las facultades del Consejo de la Magistratura, el plazo razonable y la situación de necesidad, me remito a lo dicho respecto de Puricelli.

b) Tampoco integra el marco de una argumentación aceptable el nuevo fundamento incorporado por el procurador, esto es, la pretendida equiparación de los jueces subrogantes a los jueces en comisión en lo atinente a la ausencia de acuerdo del Senado, pues, como ha observado Pizzolo³², del art. 99, inc. 19 de la Const. nacional surge nitidamente *“que estamos en presencia de nombramientos extraordinarios ante un hecho fáctico determinante –el receso en que se encuentra el Senado–, que en modo alguno puede invocarse como fundamento de un mecanismo de selección paraconstitucional que ha instalado con carácter continuo y permanente una mecánica propia de necesidades extraordinarias. Desde esta perspectiva, consideramos que violenta el sistema de distribución de competencias establecido en la Constitución el presentar como normalidad, la anormalidad en la que parece caerse como resultado de una situación de necesidad”*.

5. El fallo “Rosza” y la importancia política de la declaración de inconstitucionalidad con efecto diferido

El 23 de mayo de 2007 la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelve el caso “Rosza”, declarando la inconstitucionalidad de la resolución 76/04 del Consejo de la Magistratura³³ porque afecta el procedimiento establecido por la Constitución para la designación de magistrados³⁴, desconoce la garantía del juez independiente³⁵, del juez natural³⁶, el principio de división de poderes³⁷, la regla republicana según la cual, la soberanía descansa en el pueblo de la Nación³⁸; todo ello de manera abusiva en razón de la cantidad de designaciones efectuadas³⁹.

Asimismo, la Corte Suprema decide el fallo confirmando –a fin de evitar el caos institucional o la paralización del servicio de justicia– la validez de las actuaciones cumplidas por los jueces subrogantes⁴⁰ –por razones de seguridad jurídica– y manteniéndolos en el ejercicio de sus cargos hasta que cesen las razones que originaron

³² Pizzolo, *Jueces subrogantes: Cuando la anormalidad es norma*, LL, 2007-C-587 y 588.

³³ CSJN, 23/5/07, “Rosza”, considerando 19 del voto de la mayoría.

³⁴ CSJN, 23/5/07, “Rosza”, considerandos 11, 14 y 15 del voto de la mayoría.

³⁵ CSJN, 23/5/07, “Rosza”, considerandos 13 y 16 del voto de la mayoría, con cita de *Fallos*, 313:344; 314:760 y 881; 319:24; 322:1616; 325:3514, entre otros.

³⁶ CSJN, 23/5/07, “Rosza”, considerando 14 del voto del ministro Fayt.

³⁷ CSJN, 23/5/07, “Rosza”, considerando 12 del voto de la mayoría.

³⁸ CSJN, 23/5/07, “Rosza”, considerando 20 del voto del ministro Fayt.

³⁹ CSJN, 23/5/07, “Rosza”, considerandos 17 y 18 del voto de la mayoría.

⁴⁰ CSJN, 23/5/07, “Rosza”, considerandos 20 y 21 del voto de la mayoría.

su nombramiento o hasta que sean reemplazados, o ratificados, mediante un procedimiento constitucionalmente válido que deberá dictarse en el plazo máximo de un año a contar desde la notificación del fallo⁴¹, es decir, que el plazo se cumplirá el 24 de mayo de 2008.

La disidencia de Zaffaroni y Argibay rechaza la inconstitucionalidad del régimen de subrogancias y exhorta al Congreso a establecer un nuevo marco legal, frente al uso abusivo del régimen actual⁴².

Un aspecto muy interesante, aunque no novedoso de la sentencia⁴³, es la declaración de inconstitucionalidad con efecto diferido. Se recurre a este tipo de sentencias, según se dice, para proteger el bienestar general⁴⁴. Según Maraniello⁴⁵, los presupuestos que deberá observar toda declaración de inconstitucional con efecto diferido son: 1) temporalidad (el diferimento deberá ser por un período que no puede ser mayor de un año, con la aclaración de que dicho plazo deberá utilizarse para sanear la inconstitucionalidad ya anticipada); 2) excepcionalidad (para evitar un verdadero caos institucional o social); 3) consensualidad (convocar al diálogo institucional entre todos los poderes del Estado en búsqueda de una solución en el marco de un Estado de derecho social y constitucional; 4) irretroactividad (con miras a evitar infinidad de nulidades); 5) consecuencialidad (cuando las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad producen un daño incalculable).

Ahora bien, este análisis dogmático de Maraniello no tiene relación armónica con las garantías individuales en materia penal.

Adelanto que soy de opinión adversa a la declaración de inconstitucionalidad con efecto diferido, pues una declaración de esa naturaleza produce una desarticulación del sistema jurídico. Si en un caso penal hubo violación de normas constitucionales tal como ocurrió, por ejemplo, en el fallo "Rosza", la nulidad de lo actuado es su consecuencia por antonomasia. Y que en materia penal las nulidades tengan, por así decirlo, una inercia especial⁴⁶ no puede cambiar la consecuencia jurídica.

Más allá de eso, la importancia política de la declaración de inconstitucionalidad con efecto diferido reside en que *dificulta el acceso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, es decir, interfiere en el proceso de admisibilidad para ingresar al sistema interamericano en los términos del art. 46 de la Convención Americana de Derechos Humanos en lo atinente a la regla del *previo agotamiento de los recursos internos* conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, pues este efecto complica aún más la intersección entre el derecho constitucional y el derecho internacional⁴⁷.

⁴¹ CSJN, 23/5/07, "Rosza", considerando 22 del voto de la mayoría.

⁴² CSJN, 23/5/07, "Rosza", considerandos 6, 7 y 8 del voto de los ministros Zaffaroni y Argibay.

⁴³ También se declaró la inconstitucionalidad con efecto diferido en el caso "Massa" del 27/12/06, La Ley, Sup. Especial, diciembre de 2006, p. 47.

⁴⁴ Maraniello, *Declaración de inconstitucionalidad con efecto diferido*.

⁴⁵ Maraniello, *Declaración de inconstitucionalidad con efecto diferido*.

⁴⁶ CSJN, 23/5/07, "Rosza", considerando 18 del voto del ministro Fayt.

⁴⁷ Bidart Campos, Germán J., *El derecho constitucional humanitario*, Bs. As., Ediar, 1996, p. 28.

Nótese que las normas cuya violación se denuncia en el caso “Rosza” implican cuestión federal⁴⁸.

Pues bien, si en el caso “Rosza”, por ejemplo, la Corte hubiese confirmado la constitucionalidad de la designación de los jueces subrogantes y hubiese confirmado la validez de los actos cumplidos por ellos, los abogados defensores hubieran podido llevar el asunto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y todo ello con altas probabilidades de una solución exitosa, ya que el expediente contiene violaciones explícitas a los tratados internacionales aludidos.

Esto no está nada claro con la declaración de inconstitucionalidad de efecto diferido, pues la pregunta referente a si pueden considerarse agotados los recursos del derecho interno, adquiere una respuesta forzosamente opaca⁴⁹.

A partir del fallo “Rosza” habrá que definir qué es lo esencial para considerar agotados los recursos del derecho interno: la declaración de la sentencia o su consecuencia. Si lo esencial es la declaración, entonces los recursos del derecho interno ya estarían agotados. Pero este no es el caso si lo esencial es la consecuencia de la sentencia. En este supuesto, el Estado argentino puede oponer la excepción de no agotamiento de los recursos internos respecto del efecto diferido de la sentencia, y por ende, la probabilidad de éxito ante un planteo internacional disminuye. Cabe observar que, en el caso “Rosza”, el recurso extraordinario era el recurso interno adecuado y eficaz⁵⁰ para la reparación del daño sufrido, pues sin declaración de nulidad no puede tener andamiaje acción resarcitoria alguna.

Y reitero: determinar los elementos dogmáticos de la declaración de inconstitucionalidad con efecto diferido, al estilo de Maraniello, es un análisis muy formal y hasta *naive*⁵¹ en relación a la verdadera magnitud del problema.

La declaración de inconstitucionalidad con efecto diferido funciona de la siguiente manera: “se fija una fecha de entrada en vigencia de la aludida declaración de inconstitucionalidad de modo que la misma no respondería tanto a la violación en sí de normas constitucionales sino, más bien, a la conveniencia y oportunidad de aplicar el régimen censurado”⁵². Lo esencial aquí no son las normas involucradas sino atender a determinadas *situaciones fácticas*, que podrían desestabilizar el sistema.

Se ha observado que la sentencia de la Corte Suprema es contradictoria en este punto, pues, no se explica cómo un régimen declarado inconstitucional puede conservar su vigencia pretérita, presente y futura⁵³. Esto vendría a ser, con un alto

⁴⁸ Me refiero a los arts. 18 y 75, inc. 22 de la Const. nacional (art. 10 de la Declaración Universal de derechos Humanos; art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

⁴⁹ Cárcova, Carlos M., *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998, p. 19 y 20: “no es frecuente que juristas dogmáticos o teóricos le presten especial atención [al problema de la opacidad del derecho]”.

⁵⁰ Pizzolo, Calogero, *Sistema interamericano*, Bs. As., Ediar, 2007, p. 93, 99 y 105.

⁵¹ Del francés: “ingenuo”.

⁵² Pizzolo, *Jueces subrogantes: Cuando la anormalidad es norma*, LL, 2007-C-591.

⁵³ Pizzolo, *Jueces subrogantes: Cuando la anormalidad es norma*, LL, 2007-C-591; Edwards, *La inconstitucionalidad de la designación de los jueces subrogantes en el proceso penal*, LL, 2007-C-584.

grado de refinamiento teórico-jurídico, casi una repetición del considerando 2 de la acordada de 1930⁵⁴.

¿A qué se debe tanto refinamiento con el efecto diferido? Pues bien, el panorama jurídico de 2007 es muy distinto al que había en 1930. En aquella época, la prensa de la Ciudad de Buenos Aires, los partidos políticos, excepto el oficialismo, los dirigentes estudiantiles, profesores, académicos y demás dirigentes sociales parecieron no percibir que el derrocamiento del presidente Yrigoyen significaba una ruptura.

El sistema político argentino tenía una fuerte dependencia de Gran Bretaña, y el gobierno militar requería de un barniz de respetabilidad, especialmente para lograr su aceptación en el ámbito internacional. Ningún partido político analizó públicamente las consecuencias de la acordada. Y pareció que el juramento prestado por el gobierno de facto, de observar la Constitución, era suficiente garantía de subsistencia del Estado de derecho⁵⁵.

La Corte pudo apelar a su doctrina según la cual, para expedirse debía presentarse un caso concreto o cuestión judicial, sin necesidad de convalidar expresamente al gobierno militar⁵⁶. Salvo González Calderón, prestigioso jurista de pública adhesión al movimiento militar⁵⁷, no hubo defensas de la acordada, aunque tampoco hubo objeciones hacia la Corte provenientes de los constitucionalistas de la época: Rodolfo Rivarola⁵⁸ y Rafael Bielsa⁵⁹. Es evidente que una acordada como la de 1930 de ningún modo pasaría inadvertida en el año 2007.

En cierta medida también es preocupante la idea de “evitar el caos institucional”⁶⁰, es decir, de mantener la “estabilidad del sistema”. Existen tesis sociológicas

⁵⁴ CSJN, acordada del 10 de septiembre de 1930, considerando 2: “Que ese gobierno [provisional emanado de la revolución triunfante] se encuentra en posesión de las fuerzas militares y policiales necesarias para asegurar la paz y el orden de la Nación, y por consiguiente para proteger la libertad, la vida y la propiedad de las personas, y ha declarado, además en actos públicos, que mantendrá la supremacía de la Constitución y de las leyes del país en el ejercicio del poder. Que tales antecedentes caracterizan, sin duda, un gobierno de hecho en cuanto a su constitución, y de cuya naturaleza participan los funcionarios que lo integran actualmente o que se designen en lo sucesivo con todas las consecuencias de la doctrina de los gobiernos de facto respecto a la posibilidad de realizar válidamente los actos necesarios para el cumplimiento de los fines perseguidos por él”.

⁵⁵ Cayuso, Susana - Gelli, María A., *Ruptura de la legitimidad constitucional. La acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930*, Cuadernos de Investigación, n° 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 1988, p. 27 a 23. Sobre el significado simbólico del juramento, ver Feuerbach, Paul J. A., *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Giessen, 1797, p. 283. Sobre la importancia de esta obra de Feuerbach, ver Zaffaroni, Eugenio R., *El enemigo en el derecho penal*, Bs. As., Ediar, 2006, p. 127 y siguientes; Zaffaroni, Eugenio R. - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 2000, p. 267.

⁵⁶ Gelli, María A., *El papel político de la Corte Suprema en las crisis institucionales*, en Santiago (h.), Alfonso - Álvarez, Fernando (coords.), *Función política de la Corte Suprema*, Bs. As., Ábaco, 1998, p. 85.

⁵⁷ González Calderón, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, Bs. As., Kraft, 1943, p. 122 y ss.

⁵⁸ Rivarola, Rodolfo, *Enciclopedia de la Constitución nacional*, Bs. As., 1939, p. 11.528 y siguientes.

⁵⁹ Bielsa, Rafael, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, p. 95.

⁶⁰ CSJN, 23/5/07, “Rosza”, considerando 7 del voto de la mayoría.

que tienden a mantener la estabilidad del sistema a cualquier precio⁶¹, aún a costa de la libertad, la dignidad y del respeto del ser humano. Por ello, se advierte aquí una consideración funcionalista proveniente de la teoría de los sistemas luhmanianos.

En síntesis, considero que en el fallo “Rosza”, la Corte Suprema tenía sólo dos posibilidades propiamente jurídicas de resolver:

a) declarar la inconstitucionalidad de la resolución 76/04 y la nulidad de lo actuado, es decir, actuar “*como legislador negativo*”⁶² con todas sus consecuencias.

b) rechazar la inconstitucionalidad de la resolución 76/04 y rechazar el planteo de nulidad de lo actuado (*asumiendo la responsabilidad del Estado argentino por violaciones a los derechos humanos*).

6. Significado para la teoría constitucional y el poder

Una vez vencido el plazo de un año que fijó la Corte para el dictado de un reglamento conforme a la Constitución, pueden darse, a mi juicio, los siguientes supuestos:

a) Puede ocurrir que *el Congreso de la Nación haya dictado para la fecha 24 de mayo de 2008 una ley que establece la creación de un cuerpo permanente de jueces subrogantes, seleccionados por el Consejo de la Magistratura y nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.*

La función de estos jueces subrogantes sería la de ocupar las vacantes mayores a los treinta días que se produzcan por cualquier causa, y su designación mediante sorteo público se efectuará sin más trámite, previa notificación de la Cámara con jurisdicción, por el Consejo⁶³.

Si antes de la fecha 24 de mayo de 2008 el Congreso dicta una ley de subrogancias que reemplaza a la resolución 76/04, se habrá ganado una batalla contra el proceso de desconstitucionalización iniciado en 1930, y se habrá salido de una situación de ruptura. Quedaría demostrado que la prudencia de la Corte Suprema al declarar la inconstitucionalidad con efecto diferido estuvo al tanto de las circunstancias.

⁶¹ Un ejemplo es la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann, quien toma la idea de autopoiesis del biólogo Maturana (ver *Nueva Doctrina Penal*, 2007/B, Bs. As., Editores del Puerto, p. 696). Sobre la crítica al concepto de “sistemas autopoieticos”, ver Naucke - Harzer, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, p. 130.

⁶² Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, tr. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1995, p. 318; Kelsen, Hans, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (¿Quién debe ser el custodio de la Constitución?)*, 1931, p. 27. La repercusión que hubiera tenido el caso “Rosza” en el ámbito penal hubiera sido tan intensa que la declaración de inconstitucionalidad, además de producir una “norma individual” (en conceptos de Kelsen), anularía una “norma general” (también en conceptos de Kelsen). A mi criterio, la referida declaración de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema no sería un acto político –según sostiene Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, p. 22– sino un acto judicial –como sostiene Kelsen *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, 1931, p. 27–, la que intervendría como guardián de la Constitución (ver Bacigalupo, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 17 y ss.).

⁶³ Orio, *Jueces subrogantes, no es necesario desvestir a un santo para vestir a otro*, LL, 2001-E-1279.

b) Puede ocurrir que la cuestión no se haya resuelto, es decir, que transcurrido el referido plazo *el Congreso no haya sancionado ley alguna* y subsistan vacantes sin cubrir por los jueces naturales. En este caso, la Corte Suprema tendrá dos opciones: 1) prorrogar el efecto diferido de la declaración de inconstitucionalidad; 2) hacer uso del concepto de inconstitucionalidad por omisión, y dictar un reglamento de subrogancias a los efectos de que sea aprobado por el Congreso mediante ley formal. Seguidamente me ocuparé de ambas situaciones.

b.1. En caso de que la Corte Suprema decida *prorrogar el efecto diferido de la declaración de inconstitucionalidad*, por ejemplo, por seis meses, se producen consecuencias devastadoras para el Estado de derecho, pues la Corte perdería fuerza de convicción conforme a lo resuelto en el fallo “Rosza”, y lo peor, entraría en contradicción con lo resuelto por la disidencia.

En aquella oportunidad, Zaffaroni y Argibay sostuvieron que “*el sistema de subrogancias resulta un complemento indispensable del procedimiento constitucional para la designación definitiva de jueces, no obstante lo cual el uso abusivo de este instrumento auxiliar, sostenido en el tiempo, conduce lisa y llanamente a la consolidación definitiva de un sistema distinto al previsto en la Constitución*”⁶⁴.

Es evidente que, de prorrogar los efectos diferidos nuevamente, se produce una *mutación constitucional*⁶⁵, convirtiendo en principal lo que fue pensado como accesorio. Se convalidaría un exceso que fue reconocido por la misma disidencia, con lo cual se reemplazaría al procedimiento constitucional de designación de jueces⁶⁶.

Francamente, es incompatible exhortar al Congreso de la Nación a que establezca de manera *impostergable y de suma urgencia*⁶⁷ el marco legal bajo el cual habrá de funcionar en lo sucesivo el sistema de subrogaciones y, al año siguiente, convalidar todos los excesos y prorrogar el efecto diferido. En síntesis, la anomalía se convierte en norma⁶⁸.

Por otra parte, una prórroga de esa naturaleza pondría en evidencia que el fallo “Rosza” viene a ser una *prolongación de la acordada de 1930*⁶⁹, y que el argumento

⁶⁴ CSJN, 23/5/07, “Rosza”, considerando 7 del voto en disidencia de los jueces Zaffaroni y Argibay.

⁶⁵ CSJN, 23/5/07, “Rosza”, considerando 7 del voto en disidencia de los jueces Zaffaroni y Argibay. El término “mutación constitucional” es la traducción tradicional de la voz alemana *Verfassungsverwandlung*: hay mutación constitucional cuando se da una alteración semántica de una norma constitucional sin que se haya reformado su texto (Díaz Ricci, Sergio M., *Teoría de la reforma constitucional*, Bs. As., Ediar, 2004, p. 49).

⁶⁶ CSJN, 23/5/07, “Rosza”, considerando 8 del voto en disidencia de los jueces Zaffaroni y Argibay.

⁶⁷ CSJN, 23/5/07, “Rosza”, considerando 8 del voto en disidencia de los jueces Zaffaroni y Argibay.

⁶⁸ Pizzolo, *Jueces subrogantes: Cuando la anomalía es norma*, LL, 2007-C-584 y 589.

⁶⁹ La acordada del 10 de septiembre de 1930 fue dictada como respuesta a la comunicación que le cursara el presidente teniente general José Félix Uriburu luego de haber derrocado al presidente Yrigoyen. En dicha acordada, la Corte citó a Constantineau, autor de un *Tratado sobre doctrina de facto*, quien sostiene respecto de los funcionarios de hecho “que la doctrina constitucional e internacional se uniforma en el sentido de *dar validez a sus actos cualquiera sea el vicio o deficiencia de sus nombramientos* o de su elección, fundándose en razones de policía de necesidad y con el fin de mantener protegido al público y a los individuos cuyos intereses puedan ser afectados, ya que no les

del “efecto diferido” no era más que un ropaje destinado a encubrir la violación a la Constitución en base a una situación de hecho. Se pondría de manifiesto, esta vez sin ningún tipo de rodeos, que el fallo sería portador de una ideología en sentido negativo, es decir, marxista del término⁷⁰. En este supuesto se presentan las mismas dificultades que surgen al pretender defender la constitucionalidad de los golpes de Estado⁷¹.

Por supuesto, afirmar que los jueces subrogantes “*continuarán en el ejercicio de su cargo y su actuación jurisdiccional será considerada válida*”⁷² no sonaría, en principio, tan crudo como admitir “*un gobierno militar emanado de la revolución triunfante*”⁷³. Pero no nos engañemos; a pesar de las palabras, se generaría una ruptura: se modificaría la Constitución por un procedimiento extraño al art. 30 de la Const. nacional.

b.2. La otra posibilidad que tiene la Corte Suprema para el caso en que vencido el plazo, el Congreso no haya sancionado la ley correspondiente, consiste en dictar una reglamentación, sobre la base del concepto de *inconstitucional por omisión*.

Observa Bidart Campos, que “*también hay inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella [la Constitución] manda hacer. Esta omisión es inconstitucional, y a la figura la llamamos “inconstitucional por omisión”*”⁷⁴.

Entiendo que existe una obligación de “hacer” cuya fuente es la declaración de inconstitucionalidad de la resolución 76/04 por parte de la CSJN. Además, está indicado el Congreso de la Nación como órgano competente para dictar la ley correspondiente. Por último, la Corte ha fijado un plazo preciso dentro del cual se espera la producción normativa del legislador. El pronóstico se puede graficar así:

sería posible a estos últimos realizar investigaciones ni discutir la legalidad de las designaciones de funcionarios que se hallan en aparente posesión de sus poderes y funciones” (Constantineau, *Public officers and the facto doctrine*, Fallos, 148:303) (el destacado me pertenece). Esta acordada fue reiterada el 7 de junio de 1943, y ambas han dado contenido a la doctrina de facto argentina (Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional*, Bs. As., Depalma, 1993, p. 907 y ss.; Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Bs. As., Ediar, t. 2, 1985, p. 508 y ss.).

⁷⁰ Cárcova, *La opacidad del derecho*, p. 127 a 132; Naucke - Harzer, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, p. 104.

⁷¹ Badeni, Gregorio, *Jueces naturales y seguridad jurídica*, LL, 2005-B-335.

⁷² CSJN, 23/5/07, “Rosza”, considerando 22 del voto de la mayoría.

⁷³ CSJN, acordada del 10 de septiembre de 1930, considerando 1: “Que la susodicha comunicación pone en conocimiento oficial de esta Corte Suprema la constitución de un gobierno provisional emanado de la revolución triunfante del 6 de septiembre del corriente año”, firmada por los ministros José Figueroa Alcorta, Roberto Repetto, Antonio Sagarna y Ricardo Guido Lavalle, siendo procurador general Horacio Rodríguez Larreta.

⁷⁴ Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. 1, p. 88; t. VI, p. 227; Sagües, Néstor P., *Algo más sobre las sentencias constitucionales atípicas: las “diferidas” o “escalonadas”, “con encargo”, ED, 221-713*; Bidart Campos, Germán J., *La interpretación y control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Bs. As., Ediar, 1987, p. 99; Bidart Campos, Germán J., *La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*, ED, 78-785.

Pronóstico jurídico del fallo “Rosza” para el 24 de mayo de 2008			
	Postura del Congreso	Postura de la Corte	Significado para la teoría constitucional y el poder
Primera posibilidad	Puede ocurrir que el Congreso de la Nación haya dictado una ley de subrogancias en reemplazo de la res. 76/04 del Consejo de la Magistratura.	Ninguna	a) En este caso se supera la situación de ruptura constitucional, dentro de la cual la Corte decidió el fallo “Rosza”. b) El juego de “frenos y contrapesos” funciona.
Segunda posibilidad	Puede ocurrir que el Congreso de la Nación no haya dictado una ley de subrogancias en reemplazo de la res. 76/04 del Consejo de la Magistratura.	Ante esta omisión del Congreso, puede ocurrir que la Corte Suprema decida prorrogar el efecto diferido de la declaración de inconstitucionalidad.	a) En este caso, se pasa de una situación de ruptura directamente a una ruptura, ya que se produce una reforma de la Constitución nacional por un procedimiento extraño al art. 30. b) El juego de “frenos y contrapesos” no funciona.
Tercera posibilidad	Puede ocurrir que el Congreso de la Nación no haya dictado una ley de subrogancias en reemplazo de la res. 76/04 del Consejo de la Magistratura.	Ante esta omisión del Congreso, puede ocurrir que la Corte Suprema, aplicando el concepto de inconstitucionalidad por omisión, dicte una reglamentación de subrogancias en reemplazo de la res. 76/04 Consejo de la Magistratura.	a) En este caso, se supera la situación de ruptura constitucional, dentro de la cual la Corte decidió el fallo “Rosza”. b) El juego de “frenos y contrapesos” funciona.

Editorial Astrea, 2008. Todos los derechos reservados.