

Sentencia Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo

Causa: “Colegio de Abogados de Tucumán Vs. Honorable Convención Constituyente S/ Inconstitucionalidad”

RESUMEN¹

La primera parte, comprenderá las pretensiones de condena y de invalidación dirigidas contra la Honorable Convención Constituyente de Tucumán (en adelante: HCCT).

La segunda parte, contendrá una aproximación desde una perspectiva general a problemáticas particulares de índole constitucional y procesal que serán desarrolladas a lo largo de la sentencia. En su contenido ésta parte versará sobre cuatro particularidades: los particulares límites jurídicos a la competencia reformadora de la Constitución provincial (“poder constituyente constituido” o “poder derivado de segundo grado”), las particulares formas del control judicial de constitucionalidad en las provincias argentinas, los particulares alcances de la acción judicial de inconstitucionalidad en Tucumán y las particulares causas de legitimación activa y pasiva en este proceso judicial.

La tercera parte, por último, abordará el enjuiciamiento de las pretensiones declarativas de nulidad por inconstitucionalidad incoadas contra determinados artículos de la Constitución de la Provincia de Tucumán y el decreto n° 1820/14 (MGyJ) del Poder Ejecutivo.

I. PRIMERA PARTE

Al ampliarse la demanda el 26/06/2006, las pretensiones de condena contra la HCCT ya resultaban procesalmente impracticables, habida cuenta que pretendían el dictado de una condena que compeliere al efectivo tratamiento por la Comisión de Poder Judicial de una petición formulada en expediente N-127-HCC-06 y a la abstención de tratamiento de la misma temática por las demás comisiones, cuando ya había vencido –largamente- el plazo de noventa días de existencia jurídica improrrogable de la HCCT (art. 11, ley 7469).

Dado entonces que el destinatario pasivo de estas pretensiones de condena no podía sino ser el órgano titular de la competencia a cuyo ejercicio se pretendía compeler y puesto que la existencia temporaria de éste órgano “ad hoc” se extinguió con posterioridad a la interposición de la demanda, concluimos que en razón de las variaciones acontecidas en autos, corresponde declarar abstracto o innecesario el enjuiciamiento de las pretensiones de condena dirigidas contra la HCCT.

¹ El presente resumen fue elaborado por Patricio Rovira, coordinador del equipo de Justicia y Democracia de ANDHES.

II. SEGUNDA PARTE

1. Límites jurídicos a la competencia reformadora de la Constitución provincial

la Corte de Tucumán ha recalado que si respecto de la Constitución Nacional se admiten límites al poder de reforma, con mayor razón aún debe sostenerse sin duda alguna que la Convención reformadora de la Constitución provincial “encuentra límites aún más precisos: la Constitución Nacional (artículos 31 y 5) y la Constitución Provincial que al prever el modo y la forma de lograr el objetivo reformador, opera de límite formal ... de modo que se percibe claramente que la Convención Constituyente derivada de la Provincia se encuentra inmersa en un orden jurídico preexistente al cual sus actos se hallan necesariamente sujetos y consecuentemente sometidos al control de constitucionalidad”.

En otras palabras: “el poder reformador de la HCCT tiene límites, porque es un poder jurídico, debiendo adjudicarse en puridad el título de poder constituyente sólo al poder originario. El poder reformador de especial manera en nuestro estado provincial se traza y organiza a través de una ley fundamental preexistente y el órgano así creado (Convención reformadora) sólo cobra legitimidad cuando actúa con arreglo a la norma que la precediera,

En suma, nuestra Corte se ha encargado de remarcar que “el poder constituyente aun sobreelevado del poder constituido no es “omnipotente”, ni evade los resortes de la judiciabilidad” (CSJT, sent. del 06/04/1990, “Gutierrez, José vs. H. Convención Constituyente de Tucumán”, ED 138-621).

Es decir que es un poder absolutamente limitado y no soberano sino dentro de los límites que le impone la propia ley de reforma, la Constitución Nacional y provincial

En nuestra doctrina se ha señalado en forma concordante y unánime que el denominado poder constituyente que reforma una constitución no opera en el vacío jurídico, sino en el marco de un orden jurídico que le traza fronteras. Si dijéramos que un tribunal judicial no está habilitado para controlar lo que con ella hace el poder constituyente reformador, estaríamos colocando a éste fuera de la juridicidad preexistente (Bidart Campos, Germán, “La judiciabilidad de la decisión de una Convención Constituyente provincial negando la incorporación de un convencional electo”, ED, 118-153).

La idea de la “soberanía” de la Convención ha perdido –en este contexto– la intensidad que tenía en otros tiempos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “de ningún modo los poderes conferidos a la Convención constituyente pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquellos se halla circunscripto por los términos de la norma que

la convoca y le atribuye competencia. (CSJN, sent. del 02/12/1993, "Ríos, Antonio Jesús" ED, 156-289).

3.1. Los procesos especiales de inconstitucionalidad.

En virtud de la supremacía de la constitución, la procesalización de la pretensión declarativa de inconstitucionalidad excede al nivel legislativo. La regulación de los códigos procesales se integra con la jurisprudencia en una relación distinta y especial. Entre esas dos fuentes se arbitra la fórmula del debido proceso constitucional dentro de la paradójica articulación del Estado de Derecho, en la que el Poder Legislativo reglamenta las vías procesales para que sus propias leyes sean sometidas al control constitucional del Poder Judicial. La tensión y ambigüedad inherente a este arbitraje explica que resulte siempre discutible –por exceso o por defecto– y oscile constantemente de acuerdo a los movimientos pendulares de la historia. Además, la peculiaridad de recaer sobre una materia procesal constitucional que es compartida por las distintas jurisdicciones en la organización jurídica argentina, explica a su turno que este arbitraje fluctúe –de modo constante– entre las variantes institucionales de cada provincia y la articulación básica del orden federal.

A su turno, en la provincia de Tucumán, la acción directa de inconstitucionalidad nació como una elaboración pretoriana de la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Provincia a partir de la plataforma procesal del amparo. Al principio, con relación a actos de aplicación directa de la Constitución, en el caso "Meuli" (28/11/1987, E.D.: t. 127, p. 223). Después, con relación a una ley y a un sistema electoral en su integridad, en el caso "Defensa Provincial Bandera Blanca" (29/04/1989); para cuya sistémica declaración de inconstitucionalidad, la Corte invocó su condición de integrante de la tríada suprema de poderes del gobierno provincial (cfr.: Bidart Campos, "La Corte de Tucumán hace judicialmente un sistema electoral provincial", E.D.: t. 135, p. 118).

Con posterioridad a estos fallos sobrevino la demorada publicación y puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional de Tucumán (B.O.: 08/03/1999); por medio del cual, el Poder Legislativo dotó al Poder Judicial de una codificación sistemática de las acciones y recursos procesales constitucionales, y reguló en forma expresa la posibilidad de demandar judicialmente –como pretensión procesal diferenciada– la declaración directa de inconstitucionalidad de normas jurídicas, en dos procesos especiales: 1º) el proceso especial de la "acción de amparo", y; 2º) el proceso especial de la "acción declarativa de inconstitucionalidad".

3.2. Declaración de inconstitucionalidad en el proceso especial de amparo.

En el establecimiento de estas premisas, el codificador coincidió en buena medida con el jurista Jorge Vanossi, para quien era "conveniente destinar la acción de amparo para la descalificación de actos o hechos ofensivos de los derechos humanos, y reservar el cuestionamiento de la constitucionalidad de normas jurídicas (leyes, decretos, ordenanzas, edictos, etc.) a la vía de una acción o demanda de inconstitucionalidad, semejante a la ya existente en varias provincias argentinas" (cfr.: Vanossi, "Teoría Constitucional", vol. II, pág. 292).

En términos generales, por lo tanto, la acción de amparo está dirigida en el esquema originario del Código "contra todo acto, omisión o hecho" que en forma actual o inminente produzca una violación, lesión, restricción o amenaza de violación -con ilegalidad o arbitrariedad manifiesta- de los derechos, libertades y garantías reconocidos por la Constitución (art. 50); razón por la cual, la sentencia estimatoria del amparo suele contener una condena y una declaración de ilegitimidad de una "acción u omisión" individual de rango sublegal (art. 62).

En forma complementaria, el Código extendió la acción de amparo a dos hipótesis, en que la sentencia podría contener una "declaración de inconstitucionalidad de leyes u otras disposiciones normativas con fuerza de ley" (art. 51, inc. 2, "in fine").

En la primera hipótesis, el Código habilitó la impugnación conjunta de una norma general y de su respectivo acto de aplicación individual, cuando el retiro del acto lesivo del mundo jurídico aparece ensamblado en su fundamentación con la declaración de inconstitucionalidad de la norma general aplicada (esta primera hipótesis adquirió después -dicho sea de paso- rango constitucional y carácter indiscutible, a partir de la previsión agregada en el año 2004 por la reforma al artículo 43 de la Constitución Nacional, que consagró la posibilidad de que la sentencia de amparo declare "la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto lesivo").

En la segunda hipótesis, el Código habilitó la impugnación directa de "normas de acción automática", cuya obligatoriedad surge de inmediato por su sola promulgación, sin necesidad de otra norma o acto que la desarrolle o la haga aplicable al perjudicado. En este supuesto, la acción se dirige a atacar directamente la norma general por el efecto que produce automáticamente respecto de quien queda -también automáticamente- encuadrado en su dispositivo; de modo que, se trata de una suerte de amparo directo contra leyes que puede asemejarse a una acción declarativa de inconstitucionalidad (Bidart Campos, "La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional", pág. 198).

Por todo ello, debe retenerse -en suma- que en el diseño del "amparo" en el Código Procesal Constitucional, se admitió en definitiva la impugnación constitucional de una "ley" u otra norma equivalente cuando es aplicada por medio de un acto individual, desde que acontece esta actuación en la realidad; y también, cuando la norma legal es aplicada directamente sin mediación alguna, por su propio contenido autoaplicativo, desde que se formaliza su promulgación general.

Asimismo, es dable advertir que estas formas de impugnación de las leyes pueden traducirse en funciones diversas para la sentencia de amparo, y que éstas -a su vez- se hacen más visibles en supuestos extremos. Una función reparadora, si se tratara de leyes aplicadas por actos individuales que han consumado una lesión actual y la sentencia pudiera restituir el derecho subjetivo a su estado anterior. Y una función preventiva, si se tratara de leyes dotadas de acción automática y la sentencia pudiera prevenir una amenaza de lesión inminente a derechos, libertades o garantías constitucionales.

3.3. Declaración de inconstitucionalidad en el proceso especial de la acción declarativa.

Por último, pero lo más importante, el Código Procesal Constitucional habilitó un proceso “especial” (art. 90), en el que “puede deducirse una acción tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad total o parcial de una norma legal o disposición normativa con fuerza de ley, provincial o municipal, o de reglamentos u ordenanzas provinciales o municipales, o actos administrativos, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la constitucionalidad de una relación jurídica, siempre que esta falta de certidumbre pueda producir un perjuicio o lesión al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente” (art. 89).

La primera mitad del artículo 89 y la mayoría de los incisos del artículo 90 del Código Procesal Constitucional repiten -al pie de la letra- al texto del proyecto de ley que elaboró el Dr. Jorge Vanossi para incorporar una acción directa, preventiva y declarativa de inconstitucionalidad, en el artículo 322 bis del Código Procesal Civil de la Nación (cfr.: Jorge Reinaldo Vanossi, “Obra Legislativa”, 1983-1986, t. I, ps. 37/40).

En base a estas razones y para trazar el perfil “directo” de ésta acción de inconstitucionalidad, el proyecto de Vanossi diseñó cuatro preceptos, que fueron receptados después en el Código Procesal Constitucional de Tucumán.

Primero: el encabezamiento primordial de la norma con una definición clarísima de la inmediata ligazón entre la finalidad declarativa y el objeto normativo que tipifica – sin mediaciones interpuestas– el carácter directo de esta acción: (“podrá deducirse acción tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad total o parcial de una norma legislativa o de reglamentos u ordenanzas”: idem: art. 89, “in capite, CPC). Segundo: la disposición de correr traslado originario de la demanda al Estado por su condición de autor de la norma jurídica, para que se constituya en parte adversaria del impugnante y asuma la defensa directa de la norma impugnada -si tuviera interés en preservar su vigencia- (idem: art. 90, inc. 2, CPC). Tercero: la prescripción imperativa de que la demanda “deberá interponerse” dentro de un breve plazo de caducidad a computarse desde la publicación oficial de la norma cuestionada (idem: art. 90, inc. 1, CPC); con el doble efecto de evitar el modo “tardío” y cargado de mediaciones interpuestas que Vanossi objetaba a la impugnación indirecta (“a posteriori” de la aplicación de la norma presuntamente inconstitucional y consecuentemente de la producción del daño -particular o general- que se trata de evitar”); y de identificar la posibilidad que tiene ésta acción “directa” y “preventiva” de anticiparse a la actividad de aplicación individualizada de las normas jurídicas, con el rasgo procesal de ser concebida “ab origine”, tan pronto es promulgada la incorporación ordinamental de la norma.

A continuación, para terminar con la interpretación que negaba la “acción directa” contra normas (por apoyarse en la ya citada “estrechez que se le daba al concepto de “causa judicial” del art. 2 de la ley 27); el proyecto de Vanossi incorporó una nueva clave o pivote de la materia constitucional justiciable destinado a provocar un corrimiento de los límites del caso contencioso, al prescribir que “el caso contencioso

no se limita a las cuestiones de índole económica de interés privado del justiciable, sino que comprende la defensa por parte de cualquier ciudadano o agrupamiento social de los intereses públicos que se encuentren protegidos explícita o implícitamente por el orden jurídico nacional o internacional aplicable en la República” (id.: art. 90 “in fine”, CPC).

La incorporación de la defensa de los intereses públicos como nuevo pivote del control judicial de constitucionalidad, trajo aparejadas diversas e importantes adecuaciones procesales, en orden –por ejemplo– a la ampliación de sujetos habilitados activa y pasivamente para trabar la litis; a la participación procesal de órganos de representación específica de la sociedad; y a la extensión de los efectos de la sentencia con relación a intereses públicos o colectivos.

Más en detalle, la modificación del pivote del control de constitucionalidad trajo aparejada la incorporación en el proyecto de Vanossi de las siguientes novedades procesales:

Primero: La posibilidad de que la demanda de inconstitucionalidad sea interpuesta por una institución intermedia con personería jurídica, por sí y por sus representados, cuando sus estatutos contemplen tal representación (idem: art. 90, inc. 5, CPC). Segundo: La disposición de correr traslado originario de la demanda al Estado por su condición de autor o legislador, para que asuma la defensa directa de la norma impugnada (idem: art. 90, inc. 2, CPC). Tercero: La obligación de dar intervención procesal al Ministerio Público para que pueda “operar como un genuino representante de los intereses públicos y generales de la sociedad, con el objeto de funcionalizar el control externo sobre las potestades de los poderes del Estado”, porque por su propia misión “puede llegar a estar en colisión con la defensa argumental de los actos emanados de los Poderes Ejecutivo o Legislativo” (cfr.: Vanossi, “Obra Legislativa”, tomo I, pág. 36). Cuarto: La obligación de integrar la litis con entidades representativas de los intereses protegidos por la norma impugnada (idem: art. 90, inc. 3, CPC). Quinto: La extensión formal y explícita de los efectos propios de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad -inaplicación casuística de la norma- a los sujetos representados -estatutariamente- por instituciones intermedias con personería jurídica reconocida (idem: art. 90, inc. 5, CPC).

A mayor abundamiento y para que no cupieran dudas, el proyecto de Vanossi dejó explicitado en su fundamentación anexa, que “con este artículo se incorporan al derecho procesal federal las denominadas “acciones de clase”, ampliando el sistema de defensa de los intereses públicos, en consonancia con la moderna doctrina sobre la materia (ver: Quiroga Lavié, Los derechos públicos subjetivos y la participación social” (cfr.: Jorge Reinaldo Vanossi, “Obra Legislativa”, 1983-1986, t. I, pág. 40); de modo que, por vía de añadidura, también quedó así de algún modo explicitado – a través de la cita de la fuente doctrinal– que la amplitud de este artículo estaba en consonancia con la doctrina del “derecho público a litigar”, que entiende a la acción

pública como un “instrumento de participación social” o “de control social de los actos legislativos”, que permite “impugnar con carácter preventivo la irregularidad legislativa”, porque “los intereses públicos merecen una protección más intensa (...), y el derecho subjetivo como acción judicial privada es insuficiente para garantizar la supremacía de la Constitución, que no debe declinar justamente cuando están los intereses de la sociedad en juego” (ver: Quiroga Lavié, “Los derechos públicos subjetivos y la participación social”, págs. 1, 59, 66, 74 y 104).

Por todas estas peculiares características, y dado que esta acción de inconstitucionalidad persigue -según la definición de Vanossi- “asegurar el control de constitucionalidad del orden jurídico” (cfr.: “Obra Legislativa”, 1983-1986, t. I, pág. 39), es claro que significa la agregación de una cierta novedad compositiva en el objeto y finalidad del control –dentro del sistema general de control de constitucionalidad–, desde que al tradicional control reparador sobre la actividad de aplicación individualizada y al clásico objetivo de asegurar la vigencia de los derechos subjetivos, se le agrega una posibilidad de control preventivo sobre normas generales y una finalidad de tutela del interés público en preservar la constitucionalidad del ordenamiento normativo.

puede decirse que la estructura predominante de la “acción declarativa de inconstitucionalidad” se asienta en Tucumán en los siguientes pilares básicos:

Primero: un objeto formal de la sentencia exclusivamente declarativo de inconstitucionalidad. Segundo: una confrontación sentencial directa e inmediata de la norma impugnada con la Constitución. Tercero: una finalidad preventiva y anticipatoria de la aplicación individualizada de la norma y de la producción del daño -particular y general- que se trata de evitar. Cuarto: una tempestividad de la demanda signada por la inmediatez respecto a la promulgación e incorporación “ab origine” de la norma al ordenamiento jurídico. Quinto: una justiciabilidad abarcativa de la defensa de intereses jurídicos no individuales ni económicos, y de intereses públicos y colectivos difusos. Sexto: un direccionamiento directo de la demanda contra el estado provincial o municipal creador de la norma impugnada. Séptimo: una integración de la litis con entidades representativas de la clase de intereses protegidos por la norma impugnada. Octavo: una extensión de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad a las personas representadas estatutariamente por instituciones intermedias con personería jurídica reconocida.

3.5. El agregado de la “mera certeza”

A continuación, cabe considerar el agregado incorporado en la segunda mitad del artículo 89 del Código Procesal Constitucional, en el que se expresa que esta acción puede deducirse “para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la constitucionalidad de una relación jurídica, siempre que esta falta de certidumbre pueda producir un perjuicio o lesión al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediately”.

En la acción directa del derecho procesal constitucional, el objeto formal de la sentencia es una declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica; mientras que en la acción civil de mera certeza, el objeto sentencial es una declaración de certeza sobre una relación jurídica individual.

Por consiguiente, aún cuando el agregado de la segunda mitad del artículo 89 del Código Procesal Constitucional incorpora una aparente coincidencia literal con algunos elementos de la acción civil de mera certeza del art. 282 del Código Procesal Civil y Comercial (como "relación jurídica", "estado de incertidumbre" o "perjuicio o lesión al actor"), no cabe duda que esas palabras adquieren un sentido textual y contextual distinto al ser integradas dentro del conjunto normativo estructurado por los arts. 89 y 90 del Código Procesal Constitucional.

En virtud de la función que desempeñan, esas palabras tienen el rango propio de un agregado que se integra a continuación y en consonancia con el encabezamiento del art. 89 del Código Procesal Constitucional, al que están supeditadas dentro del conjunto normativo.

Y es de ley expresa que ese encabezamiento del art. 89 es definitivo del fin primordial de esta acción; esto es, obtener la directa declaración de inconstitucionalidad de una norma o de un acto estatal: "podrá deducirse acción tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad total o parcial de una norma legislativa o disposición normativa con fuerza de ley, provincial o municipal, o de reglamentos u ordenanzas, o de actos administrativos" (cfr.: art. 89, "in capite, CPC).

En un sentido textual y contextual, la expresión "relación jurídica" puede adquirir por ello en este conjunto normativo diversos significados. Todo depende del tipo y amplitud de relación jurídica básica a que –en cada caso– haga referencia la acción procesal. En principio, la relación básica puede ser tanto de derecho público como de derecho privado y albergar intereses tanto de índole económica como extrapatrimonial, porque así resulta de la amplia definición de "caso contencioso" del art. 90, "in fine", CPC. Si la demanda se limita a cuestiones de índole económica de interés del demandante, las palabras "relación jurídica" harán referencia comúnmente a situaciones jurídicas individualizadas, en donde la sentencia puede versar sobre la constitucionalidad de la ley en el contexto de una situación litigiosa exclusiva entre las partes. Pero si la acción procesal versa sobre la defensa de intereses públicos o colectivos, la relación básica será compartida –actual o potencialmente– por otras personas, en medida proporcionada al interés a que hagan referencia, con una amplitud distinta según cuales sean sus contenidos (v.gr.: relación sustancial, relación procesal, etc.); y por ende ser parte de tales "relaciones jurídicas", podrá significar distintas cosas según cual sea la situación jurídica activa en la que el demandante tenga participación reconocida (v.gr.: intereses legítimos, intereses colectivos, derechos políticos, etc.).

Algo semejante sucede con las palabras "daño" o "lesión al actor", que también pueden adquirir significados diversos en este contexto normativo. Por su función preventiva, es claro que el interés procesal que tutela específicamente esta acción es el evitar una afectación al actor mediante una sentencia declarativa de inconstitucionalidad. Y dado que el interés del actor en obtener esa declaración puede provenir según el art. 90, "in fine, CPC, tanto de intereses privados de índole económica como de la defensa de intereses públicos o intereses colectivos, es igualmente claro que el "daño" o la "lesión" que se trata de evitar podrá tener

contenido patrimonial o bien constituir una afectación de índole distinta –como la del interés legítimo–, y sin exceder los límites del caso podrá ser de alcance “particular o general” –en palabras de Vanossi– (cfr.: “Obra Legislativa”, 1983-1986, t. I, pág. 39).

En cuanto al significado contextual de la expresión “estado de incertidumbre”, no refiere tanto a la posibilidad de que el sentido legislativo de la norma sea oscuro en su forma de expresión, cuanto a que –aún siendo claro y preciso– exista la necesidad del dictado de una sentencia declarativa de inconstitucionalidad para hacer cesar la presunción de validez –que acompaña en principio a toda norma estatal– antes de que derive en la consumación de un daño.

Por último, la condición de que el actor no disponga “de otro medio legal capaz de poner fin ”inmediatamente” a esa falta de certidumbre constitucional, no refiere tanto a la suplencia de un medio legal principal, cuanto a la excepcional intensidad que posee ésta acción judicial dentro su propio radio de acción, por su aptitud para poner fin “directamente” a la inconstitucionalidad de una norma legal o reglamentaria o de un acto administrativo, desde su origen y con un grado más intenso de anticipación preventiva. Mientras la acción de mera certeza puede anticiparse al daño, pero requiere una actividad administrativa de concreción suficiente de la norma; la acción directa de inconstitucionalidad puede ser deducida “inmediatamente” a continuación de la promulgación de la norma y bastarle la sola incorporación al ordenamiento para quedar habilitada, aunque -por definición- no exista en ese lapso un interregno suficiente para que acontezca una actividad ulterior de aplicación individualizada de la norma.

3.6. Resumen

En resumidas cuentas, la singularidad de la acción de inconstitucionalidad del Código Procesal Constitucional de Tucumán estriba en la pluralidad y variedad de sus contenidos, porque recae sobre objetos distintos (v.gr.: normas legales y actos administrativos) y congrega una estructura procesal básica con elementos de procedencia diversa (v.gr.: declaración directa de inconstitucionalidad de normas generales; defensa judicial del interés público; cesación inmediata de la incertidumbre constitucional de relaciones jurídicas, prevención de perjuicios, etc.); de modo que, para lograr la plenificación de esta acción del derecho público local, es necesario captar con amplitud a todos los diversos significados que conviven en su ley de creación, y desechar cualquier reduccionismo que mutile la rica variedad de posibilidades que contiene.

A modo de síntesis abarcadora de la pluralidad de contenidos, puede decirse que la acción diseñada en los artículos 89 y 90 del Código Procesal Constitucional de Tucumán, se caracteriza por ser declarativa, preventiva y directa.

En términos generales, puede decirse –entonces– que la singularidad del conjunto procesal formado por los artículos 89 y 90 del Código Procesal Constitucional radica en habilitar una excepcional acción declarativa, preventiva y directa contra normas jurídicas generales en ocasión de su incorporación –originaria y “ex novo”– al ordenamiento jurídico, a fin de ponerle término inmediatamente al vicio de

inconstitucionalidad que las invalida, con anterioridad a que acontezca la producción de un perjuicio o lesión al actor.

3.7. La acción de inconstitucionalidad: Conclusiones

Desde que la Constitución Nacional reconoció derechos de incidencia colectiva no puede rehusarse la posibilidad de acciones de incidencia colectiva y tampoco de sentencias de incidencia colectiva (cfr. CSJN, “Rosza, Carlos Alberto y otro s/recurso de casación”, sentencia del 23/05/07).

La acción directa de inconstitucionalidad en Tucumán, por lo mismo que fue configurada para incidir en normas de alcance general, es connaturalmente una acción de incidencia colectiva.

3.8. La acción planteada en autos.

3.8.1. El trámite de este juicio.

Una acción directa de inconstitucionalidad, con las particularidades señaladas precedentemente es la que fue deducida en este juicio. Así lo confirma el trámite impreso a ese juicio, en donde se aplicaron durante todo su desarrollo las normas de los artículos 89 y 90 del Código Procesal Constitucional, sin que haya suscitado objeciones de ninguna de las partes, que consolidaron y aceptaron.

Al respecto, puede decirse que el propio Gobernador actual ejerció una acción directa y preventiva de inconstitucionalidad, sin que mediara acto de aplicación alguno del artículo 80 de la Constitución de 1990 (que imponía una forma religiosa de juramento) y pidió una cautelar que ya previera en marzo de 2003 –antes que fuera oficializada su candidatura– que una supuesta triunfante elección suya en los comicios a celebrarse el 29 de junio de 2003 y que un hipotético derecho suyo a asumir el cargo no podrían ser anulados o impedidos por la vigencia de aquél artículo 80 de la Constitución de 1990 (cfr. Cám. Cont. Adm., sala I, resolución cautelar del 12/03/03; sentencia de fondo del 02/05/03, in re “Alperovich, José Jorge vs. Provincia de Tucumán”).

3.8.3. La inconstitucionalidad específica de la reforma constitucional.

Por último, cabe señalar que el propio artículo 3 de la ley preconstituyente n° 7469 declaró la nulidad absoluta de los artículos incorporados por la Convención, con extralimitación o apartamiento de las facultades conferidas. Y es evidente que de la antijuridicidad se sigue como consecuencia inherente la judiciabilidad.

3.8.4. Conclusiones.

En este caso se ejercita la acción directa de inconstitucionalidad que surge de los artículos 89 y 90 del Código Procesal Constitucional, del artículo 3 de la Ley 7469 y de los artículos 3 y 152 de la Constitución Provincial, y que además fue confirmada en su carácter preventivo por la jurisprudencia local concordante citada más arriba,

por todo lo cual debe desestimarse la defensa de falta de acción y demás objeciones inherentes opuestas por la demandada.

4. Las particulares causas de legitimación activa y pasiva en este proceso judicial.

En la doctrina se ha señalado también en forma concordante que “si se parte del entendimiento que el control de constitucionalidad tiende principalmente a la preservación objetiva de verdaderos derechos públicos subjetivos, la teoría de la legitimación procesal ha de construirse sobre soportes distintos de los clásicos y tradicionales, pensados exclusivamente para dar asiento a los derechos subjetivos privados. En los procesos constitucionales la “tutela judicial reforzada” no se acuerda tanto para proteger derechos patrimoniales como para asegurar el interés institucional, que es público por naturaleza. No es que los derechos privados pierdan relevancia, ni que la habilitación de la jurisdicción constitucional pueda hacerse oficiosamente, sino simplemente que la finalidad de esa protección privilegiada impone atender antes y preferentemente a la preservación del interés público objetivo que emana, precisamente de las normas de la Constitución. Por ello, En las acciones declarativas que persiguen la invalidación de actos de naturaleza institucional debe reconocerse suficiente legitimación a toda persona que, como integrante de una categoría o conjunto afectado, reclame invocando la protección jurisdiccional para asegurar la vigencia o el adecuado funcionamiento de las instituciones que la propia Constitución provincial ha creado (cfr. Berizonce, Roberto, “El control de constitucionalidad local en la Provincia de Buenos Aires”, JA, 1985-IV, 781).

III. TERCERA PARTE

III.1. ENMIENDA CONSTITUCIONAL

El quid de esta cuestión está centrado en la relación de extralimitación que existió entre la competencia conferida a la Convención Constituyente por la ley 7469 y la incorporación de una determinada fórmula de enmienda en el artículo 155 de la Constitución de Tucumán.

En concordancia con lo antedicho, nuestro tribunal se valdrá de diversos enfoques en la factura metodológica del fallo. En la medida que sea pertinente, se abordará – por ejemplo– la perspectiva histórica de la voluntad del legislador y del constituyente; el sentido técnico-jurídico de las normas en cuestión; la relación sistemática con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico; la observación empírica del contexto sociológico y la ponderación de la axiología que nutre a la validez del derecho.

Tal procedimiento comienza con una declaración de necesidad de la reforma que adopta la forma de una ley, pero en rigor es una declaración de naturaleza constitucional que fija la competencia constituyente conferida a la Convención reformadora y la obliga en plenitud dentro de sus límites, por lo que, tiene una jerarquía preeminente y prevalencia definitoria específica sobre las normas que pudiera sancionar la reforma.

3. Deliberación preconstituyente.

En ese contexto precedente que acabamos de describir, se celebró la sesión extraordinaria del 22 de diciembre de 2004 en que la Legislatura de Tucumán sancionó la ley 7469.

En base a las constancias del diario de sesiones respectivo, se puede comprobar -en forma fehaciente- que ninguno de los legisladores presentes en aquella sesión hizo ninguna referencia a la posibilidad de incorporar a la enmienda constitucional por vía legislativa entre los nuevos institutos cuya incorporación por la convención reformadora estimaban necesario habilitar.

4. El sistema de habilitación preconstituyente de la ley 7469.

En concordancia con la deliberación precedente, la ley 7469 confirió un neto alcance parcial a la competencia de la Convención; definió en forma expresa a las facultades conferidas, y excluyó por contrapartida los puntos no declarados de reforma necesaria.

Art. 3: “La Convención no podrá modificar, suprimir o incorporar artículos o temas, cuya necesidad de reforma, supresión o incorporación no se haya declarado en la presente ley, siendo nulas de nulidad absoluta las que hiciere apartándose de las facultades que le confiere la misma”

Por lo tanto, cabe advertir aquí que la ley se valió de dos formas diferentes de “enunciados” (por “artículos” y por “temas”), para identificar y distinguir a los contenidos que habilitó como “modificaciones” y “agregados” –respectivamente–.

Para identificar a las “modificaciones”, la ley se valió de enunciados de índole textual y “enunció” individualmente a cada “sección”, capítulo”, “artículo” e “inciso” del texto constitucional de 1990, en el que aparecían ya insertas cada una de las normas que autorizaba a “modificar”. Mientras que para identificar a las “incorporaciones” o “agregados”, la ley se valió de enunciados de índole conceptual y enunció a cada uno de los “temas y/o instituciones” que autorizaba a “incorporar”.

Si se comparan los contenidos de las “modificaciones” y “agregados” detallados en los apartados I y IV del art. 2º, puede verse que la ley 7469 optó por identificar inequívocamente como “agregados” a todos los “temas” cuya posibilidad de “incorporación” buscaba asegurar en el apartado IV y que -por el especial grado de innovación intrínseca de sus contenidos- no quedaban suficientemente comprendidos dentro de las simples “modificaciones” autorizadas en el apartado I.

5. La simple “modificación” habilitada por la ley 7469.

La primera es que la “enmienda constitucional” no fue incluida en el listado de “agregados” del apartado IV que la ley 7469 autorizó a “incorporar” en la Constitución de Tucumán. Y la segunda es que la ley 7469 solamente habilitó en el apartado I a “modificar” los artículos 127, 128, 129, 130, 131 y 132 de la sección IX, capítulo primero, titulada “Reforma de la Constitución”.

Del examen unitivo de estas dos premisas se infiere una clarísima falta de inclusión de la “enmienda constitucional” en las categorías habilitadas por la ley 7469, tanto por no haber sido identificada con la forma extrínseca de identificación que merecieron los “agregados”, como por no resultar aprehendida –de suyo– en el común contenido intrínseco de las simples “modificaciones”.

De este modo, después de constatar el mayor grado de innovación, importancia y expansión sobre el conjunto de la Constitución que suponía la incorporación de la “enmienda constitucional por vía legislativa”, en comparación con la de otros “temas” cuya necesidad de incorporación específica se declaró en forma explícita en la ley 7469 (como el “amparo colectivo” o el “voto electrónico”), se llega a la conclusión de que el silencio del legislador preconstituyente sólo pudo haber significado la falta de inclusión de la “enmienda constitucional” en la materia conferida a la Convención Constituyente.

Dado que en la concepción de la ley 7469 quedó sistemáticamente entendido que cuando la habilitación de una “modificación” genérica a determinados artículos de la Constitución (por ejemplo: números 39 al 72 y 111 al 122), no alcanzaba para habilitar inequívocamente la incorporación específica de innovaciones no comprendidas en el texto preexistente (como la “autarquía del Poder Legislativo” o la “autonomía municipal”), y era preciso que concurriera –además, por separado– la inequívoca identificación conceptual de esas innovaciones institucionales, para que quedara habilitada su incorporación como “agregados”; resultaba –por todo ello– comparativamente inconcebible que la sola habilitación genérica de una común “modificación” a los artículos 127 a 132 de la Constitución de Tucumán pudiera haber bastado para habilitar la incorporación específica de una innovación institucional de tanta trascendencia como la “enmienda constitucional por vía legislativa”.

En resumidas cuentas, entonces, en virtud del sistema con el cual fue concebida la habilitación preconstituyente en la ley 7469, y sin abrir juicio alguno sobre la conveniencia o inconveniencia de la decisión política de reformar el método de reforma constitucional, cabe aquí colegir que la “enmienda constitucional” –por ser una innovación tan intensa y trascendente en la urdimbre histórica de la Constitución de Tucumán– sólo podía habilitarse en la forma inequívoca de un “agregado”, cuya necesidad de “incorporación” tenía que declararse específicamente como tal.

Por lo tanto, en buen derecho, debía aquí imponerse –de antemano– la advertencia constitucional de que la Convención no podía incluir en la reforma otros puntos que los especificados en la ley de convocatoria (art. 152, Constitución de Tucumán).

6. La deliberación constituyente.

El dictamen de la Comisión respectiva aprobó por mayoría una sustitución de la sección IX que no coincidía enteramente con ninguno de los proyectos presentados, pero en resumen propuso que la Constitución pudiera “ser reformada total o parcialmente por una Convención Constituyente” y que también pudiera “ser modificada por la vía de enmienda” (fs. 1101). Con respecto a esta última alternativa, desechó las propuestas de limitación cuantitativa y de reducción

conceptual del objeto de la enmienda, y optó por aprobar la proposición de limitar materialmente la enmienda mediante referencias a diversas secciones del texto constitucional vigente que quedaban exceptuadas (“Régimen Electoral, Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial y Reforma de la Constitución”).

Aunque todo ello constaba aprobado en el orden del día del 23 de Mayo de 2006, al someterse esta propuesta a la sesión plenaria de la Convención, el convencional Daniel Toledo solicitó –inesperadamente– en su condición de miembro informante “y por pedido del presidente de la Comisión” que se introdujeran algunos cambios al proyecto “antes de ponerlo en tratamiento ante la Honorable Convención Constituyente” (cfr.: HCCT, versión taquigráfica de la Vº reunión, sesión del 23/05/2006, fs. 888).

El primer cambio fue sólo de palabras, y consistía en reemplazar las erróneas referencias a “la Cámara de Diputados” por “la Legislatura” para adaptar la copia del proyecto –muy similar al art. 277 de la Constitución de San Juan- a la composición del Poder Legislativo en Tucumán.

Pero los otros tres cambios fueron de fondo y transformaron el grado de expansión e intensidad innovativa de la “enmienda”, por tres vías convergentes:

1º) Se eliminó por completo la propuesta -ya aprobada por la Comisión- de limitar materialmente el objeto constitucional de la enmienda, mediante referencias a diversos contenidos del texto constitucional vigente que quedaban exceptuados (“Secciones de Régimen Electoral, Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial y Reforma de la Constitución”). 2º) Se sustituyó la redacción propuesta por la Comisión según la cual “esta Constitución también podrá ser modificada por la vía de la enmienda”, por otra expresión según la cual “esta Constitución también podrá ser reformada por la vía de la enmienda”. 3º) Se introdujo una prohibición de declarar la caducidad de nombramientos, según la cual, el procedimiento de enmienda no podría ser empleado como un medio para “declarar caducos los nombramientos del Poder Ejecutivo, con acuerdo de la Legislatura y/o de la Corte Suprema, obtenidos y efectuados de conformidad a las disposiciones de la Constitución de la Provincia y leyes vigentes” (cfr.: HCCT, versión taquigráfica de la Vº reunión, sesión del 23/05/2006, fs. 889).

En resumidas cuentas, entonces, todos los cambios introducidos en la sesión plenaria al proyecto que provenía de la Comisión respectiva, significaron la expansión e intensificación del grado innovativo de la enmienda en casi todos los sentidos posibles, porque a la desestimación de los límites cuantitativos y del encuadre conceptual de la enmienda, se sumó al final la eliminación de todo límite material en el ámbito de las normas constitucionales actuales y el corrimiento del único punto inaccesible hacia el nivel subalterno de los actos de aplicación subconstitucionales o sublegales, adonde se emplazó una suerte de prohibición meta-normativa circunscripta a una hipotética declaración de caducidad de algunos nombramientos individuales de funcionarios públicos.

7. La fórmula local de la enmienda “agregada”.

En los términos que anteceden, la Convención Constituyente incorporó el instituto de la enmienda a la Constitución de Tucumán, aunque no estaba previsto –de antemano– en el listado de ”agregados” habilitados por la ley 7469. No había sido mencionado en la deliberación preconstituyente y no figuraba –por ende– en el temario publicado, en base al cual se convocó a elegir convencionales constituyentes.

Por su contenido intrínseco, el instituto de la “enmienda constitucional” no podía haber sido previsto –de antemano, tampoco– como una simple “modificación” en la ley 7469, puesto que en relación a otras innovaciones especificadas como “agregados” (como el ”voto electrónico” o el ”amparo colectivo”), resultaba comparativamente inconcebible dentro de la sistemática de la ley 7469 que una innovación tan intensa y trascendente como la “enmienda constitucional” –que irrumpía en la continuidad centenaria de la sección IX° de la Constitución del año 1884–, pudiera haber sido habilitada sin declararse específicamente la necesidad de su ”incorporación” como ”agregado” o –lo que es casi lo mismo– pudiera entenderse comprendida dentro de una genérica ”modificación” de menor envergadura al anterior artículo 155.

Por lo tanto, tal como quedó redactado en definitiva, es indudable que el actual artículo 155 no opone ninguna objeción a que la Legislatura pueda enmendar en lo sucesivo tanto el sistema tradicional de reforma constitucional por convención, como el nuevo método de enmienda por vía legislativa, al igual que las bases del régimen electoral, las duraciones de los mandatos electivos y el régimen de organización y funcionamiento de los tres poderes superiores de la provincia.

Si bien luego se dijo en la sesión plenaria de la HCCT que el mismo sistema de enmienda había sido adoptado en las constituciones de Mendoza, Chaco, La Rioja, Misiones, San Juan, San Luis, Formosa, Tierra del Fuego, Chubut, Río Negro y Neuquen (HCCT, reunión V°, 23/05/2006, versión taquigráfica, fs. 888), la verdad es que la fórmula inaugurada en Tucumán se apartó de todas ellas.

Diferenciar es primordialmente deslindar una cosa de la otra, y está a la vista de todos que ésta fórmula no permite trazar una delimitación real y de fondo entre la reforma convencional y el nuevo método de enmienda. No define cuál es el límite institucional de la enmienda ni por la cantidad de artículos ni por la intensidad y complejidad de la innovación, ni tampoco por la exclusión de su esfera de incumbencia de ninguna sección, capítulo o artículo del texto preexistente de la Constitución de Tucumán.

Y a fuerza de tanto callar sobre los límites, la fórmula del actual artículo 155 acaba por ceder a la expansión potencial de la enmienda absolutamente todos los contenidos constitucionales que se reservaban en exclusiva a la reforma convencional, sin efectuar previsión alguna sobre la forma como se articulará la propagación de una enmienda tan expansiva junto a una reforma convencional de alcance parcial o general.

En el nuevo texto constitucional nada obsta –sin embargo– que tan pronto transcurra el intervalo de dos años desde la reforma del 6 de junio de 2006, la

Legislatura proceda a enmendar no sólo –nuevamente– las mismas normas que acaban de ser reformadas por esta Convención Constituyente, sino –también– algunos de aquéllos otros artículos que fueron excluidos del alcance parcial de esta última reforma por expresa disposición de la ley 7469 (ex arts. 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 inc. 1 a 9, 37, 38 inc. 1 a 8, 73, 74, 75, 82, 83, 96, 97, 98, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109 y 123 de la Constitución de 1990); de tal modo que, a muy corto plazo, se revelará en la esfera potencial del artículo 155 un expansivo poder de enmienda, que tiene adjudicada constitucionalmente la posibilidad de propagarse –sin límites de rango constitucional– como una suerte de alternativa de reforma para-integral de la Constitución de Tucumán.

En homenaje a la verdad y para ser más preciso, habría que decir que la alternativa de la enmienda –antes que igualada– ha sido objetivamente preferida y privilegiada respecto de la reforma convencional, ya que puede llevar a cabo una acción típicamente reformadora y obtener un resultado equivalente –hasta incluso para-integral– con mayores facilidades y menores dificultades.

Nótese –por ejemplo– que la sanción legislativa de la enmienda no requiere en el actual artículo 155 estar precedida de una determinación previa de los artículos o la materia sobre la cual ha de versar, ni tampoco de una amplia publicidad del temario durante un mínimo de dos meses en los principales periódicos de la provincia, a diferencia de la sanción de una declaración de reforma por medio de Convención Constituyente que sí necesita de ambas condiciones. Asimismo, la posibilidad de veto de la sanción legislativa de la enmienda tampoco está prevista en el art. 155, a diferencia del veto de la declaración de reforma convencional que sí está contemplado en el art. 151. Y tampoco la aprobación de la enmienda tiene que sujetarse a la contingencia de una elección especialmente diferenciada –como es la elección de convencionales constituyentes–, puesto que el sufragio del referéndum aprobatorio de la enmienda está necesariamente atado a la previsible primera elección de carácter provincial.

pero para vislumbrar la profunda asociación que enlaza al gobierno de poderes limitados con la supremacía de la Constitución, nunca se podrá prescindir de la luminosa explicación del juez Marshall en “Marbury vs. Madison”:

“Todas las instituciones fundamentales del país se basan en la creencia de que el pueblo tiene el derecho preexistente de establecer para su gobierno futuro los principios que juzgue más adecuados a su propia felicidad. El ejercicio de ese derecho supone un gran esfuerzo, que no puede ni debe ser repetido con mucha frecuencia. Los principios así establecidos son considerados fundamentales. Y desde que la autoridad de la cual proceden es suprema, y puede raramente manifestarse, están destinados a ser permanentes. Esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno y asigna a los diversos poderes sus funciones específicas. Puede hacer sólo esto, o bien fijar, además, límites que no podrán ser transpuestos por tales poderes”.

“Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida”.

“Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria”.

“Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que a la Legislatura le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces... -la Constitución- estaría confiriendo práctica y realmente a la Legislatura una omnipotencia total con el mismo aliento con el cual profesa la restricción de sus poderes dentro de límites estrechos. Equivaldría a establecer al mismo tiempo los límites y el poder de transgredirlos a discreción”.(cfr.: “Marbury v. Madison”: 1 Cranch 137,

En resumidas cuentas, a la absoluta carencia “ab initio” de declaración preconstituyente sobre la necesidad de incorporar éste “agregado” al consolidado método de reforma constitucional por convención, se le sumó en la última sesión constituyente la inesperada introducción “in extremis” de una singular fórmula de “enmienda” desprovista de límites, que puede propagarse sin restricciones en el articulado hasta derivar incluso en una suerte de reforma para-integral y provocar una transformación -no prevista ni publicitada- de los estándares preexistentes de primacía y continuidad histórica de la regla de rigidez constitucional y de estricta separación entre el poder constituyente y el poder legislativo ordinario en la Constitución de Tucumán.

Con independencia de cualquier valoración intrínseca que pudieran merecer los contenidos implicados, el quid decisivo para ésta sentencia es la extralimitación formal de la competencia prescripta por la ley 7469, ya que resulta constitucionalmente inconcebible dentro del procedimiento de reforma constitucional vigente en Tucumán, que un cambio de semejantes proporciones y características pudiera haber sido habilitado en la competencia de la HCCT como una simple “modificación” innominada, sin declarar específicamente que se trataba de un “agregado” de posible “incorporación” y sin advertir públicamente al electorado sobre la trascendencia constitucional de la innovación que traía aparejada.

III.2. CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA.

En resumidas cuentas y a los efectos que en particular importan para ésta sentencia, debe retenerse entonces que si bien las provincias pueden moverse con cierto margen de acción dentro del modelo que la Constitución nacional ha adoptado en el art. 5º, haciendo ciertas las palabras de Louis Brandeis en relación a que los estados particulares –o provincias– funcionan como “laboratorios” de experimentación en el campo social, lo cierto es que –en la realidad de la forma mixta del federalismo

argentino– no se concibe que la metáfora de los laboratorios pueda ser llevada tan lejos como para que las provincias puedan ensayar un esquema tan diverso de organización de sus instituciones que las haga irreconocibles para sus vecinos o que esté reñido en sus bases de configuración con las ”vigas maestras” tendidas para la unidad nacional.

2. La ”autolimitación” reglamentaria previa.

En Tucumán, la creación constitucional del “Consejo Asesor de la Magistratura” viene precedida de una experiencia de creación reglamentaria –que algunos calificaron como “autolimitación” del Poder Ejecutivo– que funcionó ininterrumpidamente durante doce años.

Artículo 4°.- El Consejo Asesor de la Magistratura estará integrado por un representante de la Corte Suprema de Justicia, un representante de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán y un representante del Colegio de Abogados de la Provincia.

A la luz de esta reglamentación es claro que la primera creación del CAM en Tucumán significó la configuración de un órgano consultivo de composición judicial, académica y profesional, en el que no participaban legisladores ni integrantes del ejecutivo sino **sólo tres estamentos vinculados al derecho representados en forma equilibrada** (un vocal de la Corte Provincial, un profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional y un letrado del Colegio de Abogados). Aunque sus dictámenes no tenían carácter vinculante, de hecho fueron siempre seguidos por el Poder Ejecutivo –salvo una excepción aislada– durante doce años.

3. El acuerdo en la declaración preconstituyente

En la sesión legislativa de la ley 7469 se expresaron –con ese tono de elevación de miras– algunas aspiraciones de fortalecimiento de la independencia del poder judicial y de adecuación de la Constitución de Tucumán a las nuevas bases institucionales aportadas por la reforma de 1994 a la Constitución de la Nación.

En el comienzo de la sesión, el legislador Antonio Raed que intervino como miembro informante del proyecto aprobado, expresó en el recinto:

4. La habilitación preconstituyente del CAM y los institutos relativos al poder judicial en la ley 7469.

“El proyecto de necesidad de la reforma que hoy impulsamos, tiene como objetivo adecuar la Constitución de nuestra provincia a la nueva realidad, no sólo nacional sino también universal, fortaleciendo la independencia y el equilibrio de los poderes tradicionales..., receptando a la vez los nuevos derechos y garantías, tanto individuales como colectivas, que se incorporaron a la Constitución de 1994 (...). “Se debe establecer una nueva relación entre los poderes del Estado que reestablezca el equilibrio entre ellos y asegure una real independencia

La primera precisión es que dentro del sistema de habilitación preconstituyente de la ley 7469, la creación constitucional del CAM fue sin duda autorizada –en forma expresa y específica– como un “agregado” que la Convención reformadora estaba habilitada a “incorporar” (art. 2, apart. IV, pto. 2, inc. “d”).

A fin de no repetirnos en las consideraciones ya vertidas a propósito de la enmienda (supra 4), baste decir aquí que dentro del sistema de la ley 7469 la enunciación de un “agregado” significaba una habilitación para incorporar una innovación normativa de un determinado contenido con un intenso grado de novedad intrínseca que se identificaba extrínsecamente –en forma individual e inequívoca–, mediante un enunciado de índole conceptual y no por el número del artículo preexistente, ya que el contenido de la innovación resultaba totalmente desconocido o bien carecía de suficiente presencia inequívoca en el texto del articulado constitucional anterior.

Hay que comenzar desde luego por las palabras, pero basta abrir cualquier diccionario para ver la plurisignificación de las voces aisladas; por lo que, hay que advertir que las palabras sólo cobran un sentido determinado cuando están insertas en una frase y articuladas en la significación de un discurso total. Bien se dijo a este respecto que “quien no conoce todo el discurso, no sólo no conoce todo el discurso, sino que ni siquiera la parte que cree conocer”. A su turno, el espíritu del discurso total se trasunta en el sentido de las palabras, y éste se explica por aquél; de modo que, no hay que independizarlos o hacerlos funcionar uno después y ante el fracaso del otro, sino que ambos deben captarse conjuntamente.

6. Contexto constitucional comparado.

Veamos entonces brevemente a qué cosa se llama CAM en las constituciones de doce provincias argentinas, en la constitución de la ciudad autónoma de Buenos Aires y en la Constitución nacional.

En cualquiera de los diversos grados de desarrollo y alternativas adoptadas para la configuración plurisignificativa del CAM en el lenguaje constitucional del país, están siempre presentes tres contenidos comunes, que son: 1º) la regulación constitucional dentro de la sección del Poder Judicial de un órgano estatal nuevo y de una competencia nueva; 2º) la organización constitucional de los estamentos integrantes de ese nuevo órgano estatal y la consecuente asignación de una cuota individual de participación a cada estamento y/o la definición de un criterio de reparto de la participación, y; 3ª) la atribución constitucional a ese nuevo órgano estatal de un nuevo cometido de selección objetiva de aspirantes a la magistratura.

7.1. “Creación” constitucional.

Vale decir, la “creación” es llevada a cabo por el propio poder constituyente, en ejercicio de su propia potestad organizatoria y valiéndose de sus propios modos de formalización jurídica -normas constitucionales estables- que definen -como mínimo- cuáles son los estamentos que componen el CAM, en qué medida participan y cuáles son sus atribuciones.

Dicho en forma negativa: **En ninguna de las constituciones existentes, el poder de “creación” del CAM ha sido transferido por el poder constituyente a un poder**

constituido. En ninguna, la “creación” constitucional del CAM ha sido desconstitucionalizada (vale decir: ha sido remitida a una formalización voluble en normas inestables de rango inferior a la Constitución). Y en ninguna, tampoco, tal “creación” ha dejado en la indefinición absoluta a la organización elemental (vale decir: cuáles son los estamentos que componen el CAM, en qué medida participan y cuáles son sus atribuciones).

7.2. El órgano nuevo de tres estamentos.

En relación a los estamentos que componen este nuevo órgano, pueden verse algunas alternativas que caben dentro del margen de diversidad federal (v.gr. profesores universitarios), pero la “viga maestra” que sostiene la unidad del lenguaje constitucional es la que identifica a tres estamentos que forman parte integrante del CAM en absolutamente todas las constituciones provinciales y que son: 1) “los órganos políticos resultantes de la elección popular”, 2) “los jueces”, y; 3) “los abogados de la matrícula” (art. 114, Constitución Nacional).

7.3. La composición legislativa del estamento político.

En relación a la composición del estamento político, puede verificarse que hay alternativas variadas, pero la “viga maestra” que sostiene la unidad del lenguaje constitucional es la referencia genérica a “los órganos políticos resultantes de la elección popular” que está expresada en la Constitución Nacional y que coincide con la significación dada en absolutamente todas las constituciones provinciales, ya que todas integran el estamento político del CAM con representantes de los cuerpos legislativos –como mínimo– que provienen de la elección popular.

7.4. La cuota de concurrencia del Poder Ejecutivo.

En relación específica a la cuota de concurrencia del Poder Ejecutivo en el estamento político, puede verificarse que en cinco constituciones provinciales se optó por no incluir al Poder Ejecutivo en la composición del estamento político del CAM (Chubut, Río Negro, Salta, Santiago del Estero y Capital Federal). En seis constituciones provinciales se le asignó nada más que un único representante (Chaco, La Pampa, San Luis, Corrientes, Mendoza y San Juan). Y en otras tres constituciones (Buenos Aires, La Pampa y Constitución Nacional), se optó por deferir a una ley complementaria la determinación de la cantidad de representantes del Poder Ejecutivo, pero lo hicieron condicionándola y supeditándola al estándar constitucional infranqueable de la integración “equilibrada” o “en número igualitario”.

es que en absolutamente ninguna de las constituciones vigentes se le asigna al Poder Ejecutivo la mayor cantidad de miembros integrantes del CAM ni tampoco una cantidad predominante de partícipes dentro del específico estamento político.

7.5. La competencia nueva de “selección”.

En relación a las modalidades del procedimiento selectivo, puede verificarse que hay alternativas variadas, pero la “viga maestra” que sostiene la unidad del lenguaje constitucional es la creación de una nueva competencia de “selección” pública,

profesional y objetiva de candidatos a ocupar cargos de magistrados o funcionarios en el Poder Judicial, que se adjudicó en exclusiva al nuevo órgano –CAM– en absolutamente todas las constituciones provinciales y en la Constitución de la Nación.

8. El contexto preconstituyente.

Otra clave para establecer en qué consistían los específicos contenidos innovativos con que se habilitó la creación constitucional del CAM, está en el contexto de nutridas previsiones de reforzamiento del Poder Judicial en que esa norma fue situada dentro del sistema preconstituyente de la ley 7469.

9. La “selección” y la “designación”

La “designación” es un acto único de la autoridad que puede ejercer su competencia decisoria dentro de un universo de potenciales aspirantes amplísimo o –en realidad– ilimitado. Por el contrario, la idea de selección instrumentada como proceso supone que la posibilidad de optar ya no es universal sino limitada, porque no se puede elegir a cualquier persona, sino que solo se puede seleccionar a alguno de aquellos aspirantes que sean parte formalmente admitida en un proceso de selección determinado.

La “designación” no reglada o de carácter discrecional, es libre ejercicio de la voluntad; mientras que la selección supone un discernimiento de la razón que implica optar, separar o preferir a un candidato por encima de otro. Y para que la selección sea tal, los criterios en base a los cuales se puede escoger a un candidato y no a otro deben ser objetivos, claros y preestablecidos. Es decir que, mientras la designación supone una libre selección previa de una persona fundada en el arbitrio voluntario, la selección supone la determinación racional previa de categorías de inclusión y de exclusión, como así también la comprobación de los antecedentes que sustenten esas categorías y el afán de seleccionar racionalmente el mejor candidato según pautas objetivas predeterminadas.

La “selección” informal e indiferenciada, que era netamente discrecional y formaba parte reservada del contenido implícito de la “designación” de jueces a cargo del Poder Ejecutivo; ahora se transforma en una “selección” formal, pública y objetiva, que pertenece a un órgano separado del Poder Ejecutivo y se convierte en un proceso previo netamente diferenciado de la “designación”.

En la actualidad, entonces, una cosa es la atribución de proponer los jueces a la Legislatura, y otra muy distinta es la de seleccionar a los candidatos. La primera sigue siendo una atribución del Gobernador, pero la segunda ya no lo es más.

Desde que la selección tiene que fundarse en un concurso de antecedentes y oposición, y en un procedimiento público de entrevistas, opiniones e impugnaciones; y desde que el dictamen del Consejo asume el carácter de vinculante, es claro que la atribución de seleccionar los candidatos a jueces pasó a ser predominantemente reglada y ajena para el Poder Ejecutivo.

Vale decir que, en relación al sistema de selección de jueces por medio de un procedimiento objetivo determinado y de la creación de una organización plural de

estamentos encargados, el corolario lógico es que no pueda pertenecer ni pueda ser definida por el Poder Ejecutivo.

10. La deliberación constituyente del CAM

La Convención de 2006 tenía habilitado –por las razones antedichas– un cierto margen de opciones igualmente legítimas para la configuración del CAM, pero de hecho se apartó en forma inesperada de todos los precedentes constitucionales existentes en el país y se inclinó por incorporar la organización del CAM como una atribución propia del Poder Ejecutivo que se crearía después por medio de un decreto.

11.1. La ubicación textual.

Lo primero que llama la atención es que la norma relativa al Consejo Asesor de la Magistratura (art. 101.5), haya sido ubicada en la sección IV que está reservada a las "Atribuciones del Poder Ejecutivo" dentro del ordenamiento textual de la Constitución de Tucumán.

Esta ubicación textual del CAM –única en todo el país– es indudablemente criticable en tres sentidos.

En una perspectiva comparatista, es criticable porque se separa de la técnica aceptada y afinada en todo el derecho constitucional argentino, que estableció como uno de los usos comunes en todas las constituciones que hemos analizado anteriormente al de que la **regulación constitucional del CAM se ubica dentro de la sección del Poder Judicial.**

En una perspectiva preconstituyente, es también criticable porque la incorporación del CAM no puede ser confundida con una simple modificación complementaria de la atribución del Poder Ejecutivo para nombrar jueces. No es preciso abundar mucho para comprender que la incorporación del CAM significa una innovación muy intensa que implica el cambio radical de un paradigma (vinculado a los vaivenes de la política) por otro (asentado sobre pilares profesionales y criterios objetivos predeterminados) en el sistema de selección de jueces.

11.2. La falta de "incorporación" del CAM.

De la simple lectura de la primera parte del artículo 101.5 ("el Poder Ejecutivo organizará un Consejo Asesor de la Magistratura") y de la disposición del artículo 162 ("El Poder Ejecutivo reglamentará la creación"), se extrae con evidencia palmaria que la Convención de 2006 alteró y desnaturalizó el más elemental de los contenidos mínimos de la atribución de competencia que le confirió la ley 7469 (art. 2 apart. IV pto. 2 inc. "d"), que era dar "incorporación" constitucional al Consejo Asesor de la Magistratura en la Constitución de Tucumán.

En absolutamente todas las constituciones argentinas, dar "incorporación" al CAM en la Constitución, significa –como hemos visto ya– dar "creación" constitucional -

en sentido propio y formal– a esa nueva organización en la Constitución (supra 7.1.).

En todos los lenguajes constitucionales del país, dar ”incorporación” constitucional significa que la “creación” del CAM es constitucionalizada formalmente por medio de normas constitucionales estables; salvo en el lenguaje de la Convención de Tucumán de 2006, adonde significa que es desconstitucionalizada formalmente mediante reglamentos administrativos o “decretos” del Poder Ejecutivo, cuya característica general –según un autor español– es la de ser normas “profusas, confusas y contingentes” (cfr.: Ricardo Rivero Ortega, “Igualdad unidad y seguridad en la interpretación del Derecho Administrativo”, p, 88 RAP 46, Madrid 1998).

Comentario [P1]: No se debía delegar sino regular en la propia constitución

En todos los lenguajes constitucionales del país, dar ”incorporación” constitucional significa que la “creación” del CAM en la Constitución asegura dejar definido – como mínimo– cuáles son los estamentos que componen el CAM y en qué medida participan; salvo en el lenguaje de la Convención de Tucumán de 2006, adonde significa todo lo contrario: dejar indefinido cuáles son los estamentos y en qué medida participan.

Comentario [P2]: Qué se debe establecer mínimamente

11.3. La dejación del CAM.

Es preciso advertir que la “creación” u “organización” del CAM por el Poder Ejecutivo –por su índole fundacional y magnitud total– no es un caso de delegación de competencia ni de imputación constitucional de funciones a un poder constituido, sino de verdadera dejación o abandono del poder constituyente.

La reforma de los art. 101.5 y 162 abandona la “creación” y “organización” del CAM en un poder constituido, con una fórmula en blanco que no dice absolutamente nada sobre qué cosa puede deparar.

En ninguna constitución argentina, la potestad organizatoria del CAM ha sido transferida en titularidad a un poder constituido, ni siquiera sobre bases mínimas; pero –aún más que eso– en ninguna constitución, el poder constituyente dejó en manos del Poder Ejecutivo la posibilidad de crear y recrear, hacer y deshacer el Consejo Asesor de la Magistratura, en una forma completamente vacía e indefinida.

La reforma constitucional de 2006 incorporó cuatro órganos nuevos a la estructura estatal de la provincia, que son el Tribunal de Cuentas, la Defensoría del Pueblo, la Junta Electoral y el Consejo Asesor de la Magistratura; pero es notable el contraste que existe entre la plenitud –y el grado de protección incluso– con que organizó la integración de los tres primeros y la absoluta vaciedad en que dejó a éste último.

Sin embargo, la “fórmula en blanco” de los artículos 101.5 y 162, posibilita en los hechos que el Poder Ejecutivo pueda decidir directa o indirectamente sobre aspectos vitales relativos a los seleccionadores (v.gr.: variar el número de estamentos o sectores que integrarán el CAM, suplir un estamento por otro, variar la cantidad de representantes de cada estamento, adjudicarse la mayor cantidad de integrantes del CAM, adjudicarse la mayoría de representantes del estamento político, decidir en qué forma elegirán sus representantes los demás estamentos, designar directamente la mayoría de los integrantes del CAM, cambiar de institución representante del

estamento, cambiar la cantidad de seleccionados de terna en quinteto o sexteto, etc., etc.).

En todas las constituciones argentinas, es un presupuesto mínimo fundamental que la creación constitucional del CAM signifique privar al Poder Ejecutivo del dominio de ese espacio anterior de discrecionalidad exclusiva, en una medida tal que esa etapa ya no le pertenezca más en forma exclusiva y ya no le sea tampoco predominantemente suya.

De ello se sigue que el Poder Ejecutivo no puede conservar el dominio de esa fase de selección previa y no puede tener tampoco predominio en el nuevo órgano, ya que si pudiera decidir quienes serán los seleccionadores estaría seleccionando en forma interpósita. Por lo mismo que la atribución de seleccionar candidatos dejó de ser discrecional, también es inconcebible que la atribución de designar y remover los seleccionadores pudiera ser discrecional.

11.5. La reglamentación del CAM por decreto.

Es tan singular la vaciedad de la “incorporación” del CAM y el dominio de la “creación” por el Ejecutivo, que el llenado de la “fórmula en blanco” de los artículos 101.5 y 162 por medio de decretos del Poder Ejecutivo no sólo es único en todas las constituciones argentinas, sino que también es único en ésta misma reforma a la Constitución de Tucumán.

El artículo 162 de la Constitución reformada es el único caso, vale la pena retenerlo, en que la reglamentación que la Constitución ha diferido a los poderes constituidos no recae sobre la Legislatura ni exige el dictado de una ley formal.

Es el único caso en el derecho constitucional comparado –provincial y comparado– y va a contramano del criterio rector del art. 114 de la Constitución Nacional y del dictamen en minoría de la Comisión de la HCCT que no sólo remiten al dictado de una ley formal sino que exigen una especial mayoría agravada para su sanción.

La reglamentación por decreto del CAM, no sólo es única y errónea, porque no podría suplir la falta de creación constitucional del instituto; sino que tampoco podría ser complementaria de la norma de creación constitucional, ya que la ley es la forma jurídica apropiada, para regular lo atinente al derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a contar con jueces independientes que aquí se encuentra en juego.

La reglamentación por decreto del CAM, no sólo es única y errónea, porque no podría suplir la falta de creación constitucional del instituto; sino que tampoco podría ser complementaria de la norma de creación constitucional, ya que la ley es la forma jurídica apropiada, para regular lo atinente al derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a contar con jueces independientes que aquí se encuentra en juego.

Sin embargo, en el lenguaje de la Convención de Tucumán de 2006 (supra 11.2.), dar “incorporación” constitucional al CAM significa que el poder de “creación” del CAM ha sido abandonado por el poder constituyente y dejado en manos del Poder Ejecutivo con la más absoluta vaciedad; significa que la “creación” constitucional del

CAM ha sido desconstitucionalizada y remitida a una formalización voluble en decretos inestables; y significa también que tal “creación” ha dejado en la indefinición más absoluta a la organización más elemental de definir cuáles son los estamentos que componen el CAM y en qué medida participan.

No basta entonces con llamar CAM a un órgano cualquiera para que sea un “Consejo Asesor de la Magistratura”, sino que es necesario que la constelación de significados constitucionales que se relacionan con la expresión “Consejo Asesor de la Magistratura” se apliquen sobre una organización que responda al conjunto de evocaciones mínimas que constituye la realidad que se pretende designar con esa expresión.

Pero de lo que no podía apartarse era la específica habilitación de competencia constituyente del CAM que le había sido conferida con determinados contenidos constitucionales mínimos (y con el propósito de reforzar la independencia, idoneidad y profesionalismo del Poder Judicial).

“Una constitución no es el acto de un gobierno, sino de un pueblo que constituye un gobierno. Y un gobierno sin una constitución, es un poder sin un derecho. Todo poder que se ejerce sobre una nación ha de tener un origen. Ha de ser delegado o tomado. No existen otras fuentes. Todo poder delegado está en depósito y todo poder tomado constituye una usurpación. El tiempo no altera la naturaleza ni la calidad de ninguno de ellos” (cfr.: Thomas Paine, “Derechos del hombre”, pág. 192, Alianza, Madrid, 1984).

Comentario [P3]: Muy buen cita

Nos pronunciamos –en suma– por hacer lugar a la demanda y por declarar nulos e inconstitucionales los artículos 101.5. (únicamente en el pasaje que reza: “El Poder Ejecutivo organizará un Consejo Asesor de la Magistratura”) y 162 de la Constitución de Tucumán que fueron agregados con extralimitación de su competencia por la Convención de 2006.

Asimismo, y como consecuencia complementaria necesaria, declaramos también la nulidad e inconstitucionalidad del Decreto 1820/14, por haber sido dictado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de la atribución de competencia reglamentaria que prevé el artículo 162 de la Constitución de Tucumán, cuya inconstitucionalidad y nulidad ha sido primordialmente declarada.

III.3. JURADO DE ENJUICIAMIENTO

1. Contenidos específicos de la habilitación de competencia reformadora.

Como ya hemos señalado en varias ocasiones más arriba, el artículo 2 de la ley 7469 distinguió tres tipos básicos de disposiciones: “modificaciones”, “supresiones” y “agregados”, que señalaban tres actuaciones correlativas (“modificar”, “suprimir” e “incorporar”) que eran permitidos y que marcaban los límites de la actuación de la Convención Constituyente.

1.1. El contenido innovativo: la incorporación de un agregado desconocido.

De manera que podemos realizar ya una primera precisión, que radica en que dentro del sistema de habilitación preconstituyente de la ley 7469, la creación constitucional del Jurado de Enjuiciamiento fue sin duda autorizada -en forma expresa y específica- como un “agregado” que la Convención reformadora estaba habilitada a “incorporar” (art. 2, apart. IV, pto. 2, inc. “e”).

A fin de no repetirnos en las consideraciones ya vertidas a propósito de la enmienda y del CAM (supra 4), baste decir aquí que dentro del sistema de la ley 7469 la enunciación de un “agregado” significaba una habilitación para incorporar una innovación normativa de un determinado contenido con un intenso grado de novedad intrínseca que se identificaba extrínsecamente -en forma individual e inequívoca-, mediante un enunciado de índole conceptual y no por el número del artículo preexistente, ya que el contenido de la innovación resultaba totalmente desconocido o bien carecía de suficiente presencia inequívoca en el texto del articulado constitucional anterior. La referencia a un “Jurado de Enjuiciamiento” en la ley 7469 implicaba una habilitación de competencia para que la Convención constituyente analizara la conveniencia de modificar de manera radical el sistema constitucional de remoción de jueces, y transformara el preexistente sistema de juicio político por un juicio diferente, un juicio protagonizado por un “Jurado de Enjuiciamiento”.

En los casos de mayor profesionalización en los dispositivos de selección y de ingreso de jueces a la magistratura suele darse como contrapartida un sistema de destitución basado en criterios de profesionalización análogos a los que se tuvieron en cuenta al momento de la selección del aspirante. Por el contrario, en los dispositivos institucionales más politizados, o reservados a la absoluta discrecionalidad de quien tiene la facultad constitucional de postular candidatos a jueces, suele presentarse como contracara un dispositivo de destitución igualmente politizado en alto grado, normalmente a través del sistema conocido como “juicio político”. Tal como su nombre lo indica, el juicio político es un juicio no de índole profesional vinculado al desempeño judicial del magistrado cuestionado, sino un enjuiciamiento de la responsabilidad política que le cabe por el desempeño de una función judicial. Por el contrario, el sistema de “Jurado de Enjuiciamiento” remite al juicio de los pares o, por lo menos, a un juicio con menores condicionamientos políticos o politizados, y mucho más vinculado a una forma de valoración del mérito de la actividad judicial con patrones de valor más “profesionales” o vinculados al servicio de justicia en sí mismo considerado.

En un extremo, se habilitó el tratamiento de un nuevo e innovador mecanismo de ingreso a la magistratura basado en criterios funcionales, profesionales y sustituyendo la omnímoda facultad discrecional por una libre competencia de aspirantes en el marco de una facultad constitucional reglada. En el otro extremo, se habilitó el tratamiento de un tema igualmente novedoso de remoción o exclusión de jueces en funciones, para lo cual deben tenerse en cuenta también similares criterios funcionales, profesionales, y para el cual también debe entenderse que se intentó sustituir la omnímoda valoración de responsabilidad política que es típica del juicio político, por una valoración reglada de la responsabilidad profesional, con criterios tasados, en un procedimiento reglado y ordenado según un criterio de juicio de

pares, destinado a obtener una guía más “profesionalizada” en orden a las razones para habilitar la destitución de un juez.

1.2. El contenido en el derecho comparado

Por eso, los únicos que juzgan la responsabilidad de los jueces a la hora de valorar su posible destitución eran los mismos que le prestaron acuerdo para asignarle la función judicial, vale decir, la Legislatura. No se admite otra intervención que no sea la de órganos exclusivamente políticos (surgidos de la arena política) para juzgar la responsabilidad funcional de los jueces.

El sistema de destitución de jueces mediante un juicio de valoración exclusivamente político suele ser la contracara de un sistema de designación fundado en valoraciones discrecionales o de oportunidades igualmente político

El sistema de destitución de jueces mediante un Jurado de Enjuiciamiento supone un cambio de paradigma totalmente diferente del postulado mediante el sistema de juicio político. Como hemos podido advertir a lo largo de la enumeración de las diferentes regulaciones existentes en el derecho constitucional provincial comparado, el sistema de destitución de jueces mediante el Jurado de Enjuiciamiento supone la incorporación estamental de nuevos sujetos protagonistas del enjuiciamiento de la responsabilidad de un magistrado en actividad. Por otro lado, para que el papel de estos nuevos sujetos no quede relegado al de una mera participación formal debe asegurarse una participación equilibrada de todos los estamentos involucrados y, simultáneamente, debe evitarse la prevalencia indebida de un único sector en detrimento de los restantes. **Vale decir, un Jurado de Enjuiciamiento, para ser verdaderamente tal, debe evitar la preponderancia desmedida de un único sector, que se encuentre en condiciones de prescindir de la voluntad de los otros sectores a la hora de decidir la destitución de un magistrado en actividad.**

que incluso pueden considerarse aspectos parciales del mismo fenómeno de “despolitización” y simultánea “profesionalización” en el sistema de destitución de jueces. Un Jurado de Enjuiciamiento sólo puede ser considerado Jurado de Enjuiciamiento si se permite la participación auténtica –vale decir, no meramente formal ni decorativa, sino participación en condiciones de convertirse en un verdadero partícipe relevante en el sistema de toma de decisiones– de otros sectores de la comunidad en la composición orgánica del jurado (participación plural en la composición orgánica) y si el juzgamiento de la responsabilidad de los magistrados acusados ante el jurado se realiza por otros actores que no sean los tradicionales actores políticos de una comunidad (exclusión de la voluntad política como voluntad decisiva en la destitución).

En otras palabras: un Jurado de Enjuiciamiento sólo puede ser tal si el juzgamiento ya no se encuentra exclusivamente en manos de los legisladores, sino de otros actores sociales de la comunidad (porque ya no es un juicio político el Jurado de Enjuiciamiento exige participación plural en la composición orgánica); y si todos ellos se encuentran en iguales condiciones formales de alcanzar a formar mayoría en el mecanismo de toma de decisiones, a fin de permitir la participación democrática de todos los sectores con el objetivo de lograr consensos entre todos los sectores involucrados, de modo tal de impedir la formación de mayorías aplastantes que se encuentren en condiciones de imponer su voluntad con prescindencia de la voluntad

de los restantes miembros del órgano (porque ya no se trata de un juicio político, la voluntad política no puede constituir el eje decisivo de la destitución).

Como puede verse, la sola expresión “Jurado de Enjuiciamiento evoca, por lo menos, esas dos connotaciones básicas: la incorporación de otros actores en el mecanismo de destitución de jueces y el equilibrio en la participación de todos los sujetos involucrados en el mecanismo de toma de decisiones.

Estas connotaciones básicas, por lo demás, se encuentran atravesadas por el paradigma democrático. Aunque ello es evidente y no requiere demasiadas explicaciones, vale recordar que si bien el sistema democrático exige la obtención de consensos mayoritarios, no admite la posibilidad de que esa mayoría adquiera, por el solo peso abrumador del número, legitimación suficiente para aplastar a las minorías. Desde que la razón exige razones y no se cuenta como una aritmética operación elemental, la sola existencia de un número mayoritario no significa necesariamente la existencia de un consenso, sino solo la existencia de una mayoría. La vida democrática nos exige vivir con las minorías, y no a pesar de las minorías, de modo que cualquier sistema que quiera proclamarse como verdaderamente democrático debe impedir cuando menos la formación de voluntades monolíticas que prescindan de la natural composición plural de nuestra sociedad.

de modo que supone una composición equilibrada entre todos los intereses representados en el jurado y que exige una deliberación auténtica y un auténtico consenso para adoptar cualquier decisión.

Ese dispositivo de integración con el par mayoría-minoría es elemental en cualquier diseño institucional democrático y puede considerarse también esencial –e incluso implícito– en la formación de cualquier órgano de composición plural formado por legisladores.

. La integración de órganos respetando el principio mayoría-minoría es, como puede verse, un importantísimo elemento a la hora de juzgar la preponderancia del estamento político en la composición del Jurado de Enjuiciamiento y también las formas que existen de matizar esa preponderancia o de equilibrarla con elementos provenientes incluso del mismo sistema político.

De hecho, en un reciente fallo dictado sobre un tema similar, se ha dicho que “el equilibrio a procurar exige mínimamente que ningún sector pueda imponerse sobre los otros. Ello, para que las distintas voluntades o intereses que puedan representar los diferentes sectores –y que hacen al pluralismo del organismo– oficien de contrapeso en las decisiones del Consejo” (autos “AABA vs. PEN”, sent. de primera instancia)

La violación sistemática de todos estas connotaciones (participación plural en la composición, respeto por la integración mayoría-minorías, evitación de una voluntad preponderante o monolítica, favorecimiento de controles mutuos, fortalecimiento del sistema de toma de decisiones apelando al consenso, etc.) o su total desfiguración, impiden que el producto pueda ser considerado como un real Jurado de Enjuiciamiento, aunque de nombre lleve tal.

Art. 126.- El Jurado de Enjuiciamiento estará integrado por cinco representantes de la Legislatura, un representante del Poder Ejecutivo, un miembro de la Corte Suprema y un representante de los abogados en ejercicio de la profesión, quien deberá encontrarse inscripto en la matrícula de la Provincia, estar domiciliado en ella y reunir las condiciones requeridas para ser miembro de la Corte Suprema. No podrán integrarlo el Gobernador, el Vicegobernador, el Ministro Fiscal, los miembros del Consejo de la Magistratura y quienes formen parte de los órganos de las entidades profesionales en las que se hubiese delegado el control de la matrícula de los abogados, en su caso.

Art. 129.- Cualquier habitante de la Provincia, la Corte Suprema y el Ministro Fiscal tienen acción para denunciar el delito o falta, a efecto de que se promueva la acusación. La denuncia deberá presentarse ante la Comisión Permanente de Juicio Político de la Legislatura, a la que corresponderá decidir la acusación, con el voto de las dos terceras partes de los miembros de la misma. En caso de dar curso a la acusación, la Comisión Permanente de Juicio Político deberá sostener la misma ante el Jurado.

Lo primero que puede objetarse respecto de este jurado es la equivocada ubicación que le fue destinada dentro del articulado constitucional. El jurado fue ubicado en el texto constitucional como un “segundo capítulo” de la sección VI, que anteriormente (en la Constitución de 1990) estaba compuesta por un único capítulo denominado “bases para el procedimiento de juicio político”.

En todo el derecho constitucional comparado provincial y federal de nuestro país el Jurado de Enjuiciamiento se encuentra ubicado en la sección destinada al Poder Judicial. En ninguna de las veinte constituciones reseñadas más arriba el Jurado de Enjuiciamiento es concebido como un mecanismo paralelo, alternativo ni asimilable al juicio político, o que pueda ser reunido en un único capítulo “procedimental” destinado a sentar las bases conjuntas de procedimiento tanto del juicio político como del Jurado de Enjuiciamiento.

4. La habilitación de competencia y los contenidos mínimos.

Ya hemos dicho más arriba, y sólo cabe ahora reiterarlo, que la idea misma de “Jurado de Enjuiciamiento” supone el detrimento de algunas funciones que descansaban en la Legislatura. La sola existencia de un Jurado de Enjuiciamiento como mecanismo para la destitución de magistrados en actividad supone que los legisladores –a cuyo cargo se encontraba antes esta función– se desprenden de esta facultad de acusar y destituir. Es una restricción, una disminución de las facultades de la Legislatura, que –a través del Jurado de Enjuiciamiento– se desprende de la función de acusar y de destituir a los magistrados en actividad. O, por lo menos, que comparte esta facultad con otros sujetos.

En cualquier caso, lo cierto es que el cambio del sistema de juicio político por el sistema de Jurado de Enjuiciamiento para la destitución de jueces implica –necesariamente– que los legisladores ya no tienen el papel protagónico en el sistema de destitución de jueces, sino que comparten la escena con otros sujetos a

quienes compete un rol igualmente protagónico, y a quienes no puede condenarse a desempeñar un rol de reparto en papeles secundarios.

4.1. La violación a los contenidos mínimos: el antejuicio ante la comisión permanente de juicio político

La primera objeción seria y relevante que puede hacerse al respecto es la existencia de una suerte de “antejuicio” ante la Comisión Permanente de Juicio Político de la Legislatura.

no se explica qué función puede cumplir un órgano que es totalmente ajeno al funcionamiento y al espíritu que anima al paradigma del sistema de Jurado de Enjuiciamiento.

Como puede verse tanto en los debates como en la reforma finalmente sancionada, las funciones de acusación y juzgamiento se confunden en este diseño institucional y terminan en manos del mismo órgano que debía cederlas. Porque sólo si se resignaban funciones de la Legislatura y se las transfería a un nuevo órgano plural denominado “Jurado de Enjuiciamiento” puede hablarse con seriedad de que la actuación de la Convención reformadora se mantenía dentro del límite fijado por la ley que declaró la necesidad de la reforma. Pero encubrir un acatamiento a la ley 7469 en un intento por perder facultades en el nombre y conservarlas en los hechos, es una violación –tanto en la palabra como en el espíritu– de la habilitación dispuesta por la ley que declaró la necesidad de la reforma.

Aunque fue admitido en el artículo reformado que la denuncia la puede iniciar cualquier habitante de la Provincia, la verdadera acusación sólo la puede hacer la Comisión Permanente de Juicio Político en este antejuicio formado –con exclusividad– por doce legisladores que tienen como misión “decidir la acusación”, de acuerdo al texto expreso del artículo 129 de la Constitución.

Ahora bien, el sistema de destitución de magistrados mediante el sistema de Jurado de Enjuiciamiento es absolutamente incompatible con la idea de conservar una posición inicial decisiva y decisoria en manos de un grupo de legisladores (sin inclusión de ningún otro sector), que se encuentre en condiciones de “expropiar” la acusación y monopolizarla en sus manos, cuya función constitucional es “decidir la acusación” y sostener la misma ante el Jurado de Enjuiciamiento.

Es verdad, el juicio lo hará en definitiva el Jurado de Enjuiciamiento, pero no podemos perder de vista que los cinco legisladores que lo formarán serán mayoría simple (5 sobre 8) y vendrán “predispuestos”, si así puede decirse, por la acusación ya decidida por otros doce legisladores de la Comisión Permanente de Juicio Político elegida por cuarenta y nueve legisladores.

La verdad, en suma, es que la Convención no privó a la Legislatura de la atribución de acusar a los jueces.

De hecho, entonces, es verosímil que la atribución de la Comisión Permanente de Juicio Político de “decidir la acusación”, será definitiva para la atribución del Jurado de “decidir la destitución”.

4.2. La violación de los contenidos mínimos: la garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento

Más allá de las concreciones variables de cada desempeño específico de la Comisión Permanente de Juicio Político, puede afirmarse en términos generales que el desempeño simultáneo como juez y acusador de dos fracciones del mismo cuerpo legislativo, es indudablemente desequilibrado cuando la fracción que actúa como juez está integrada por un número inferior a la mitad y posee menor jerarquía funcional que la fracción que actúa como acusador.

Comentario [P4]: Flojo, acaso el juicio político no tiene el mismo sistema?

La norma que integra al Jurado con cinco jueces legisladores que forman –por su cantidad– mayoría decisiva en el fallo final, no ofrece garantías objetivas de imparcialidad en el enjuiciamiento, dado que deben abordar la causa a partir del prejuzgamiento explícito de doce fiscales legisladores que son elegidos del mismo modo y por los mismos electores legisladores en el cuerpo del que todos forman parte.

La doctrina sentada por la Corte Interamericana en el caso “Tribunal Constitucional del Perú” exige que el órgano de destitución de jueces sea imparcial, lo cual refuerza el principio de división de los poderes (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú”, sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas del 31 de enero de 2001, considerandos # 84 y # 94 a 96).

El antecedente de explícito prejuzgamiento del cual parte la instancia del juzgamiento final, no asegura la subsistencia plena de la presunción de inocencia, ya que en aquella instancia se sostendrá formalmente la acusación por la Comisión Permanente de Juicio Político cuya autoridad está jerarquizada en la Legislatura, y además el enjuiciamiento estará condicionado por una decisión que implica comprobación del hecho.

Al partir del juicio previo de que una cantidad mayor y más representativa de doce pares decide sostener una acusación fundada, esta norma coloca a la mayoría del tribunal formada por cinco legisladores en la predisposición a considerar al acusado como culpable, aun antes de hacer su propia valoración de los elementos de prueba con los que se cuenta.

Este “antejuicio” creado por la Convención reformadora no respeta los límites formales de la habilitación preconstituyente porque retuvo la facultad de acusar en manos de la Legislatura, a través de una comisión interna; porque en el antejuicio se agregó una facultad de decidir la acusación en primera instancia; porque el antejuicio fue instituido sin respetar la composición plural que es inherente al Jurado de Enjuiciamiento de magistrados y porque la superioridad numérica de la Comisión de Juicio Político sobre los legisladores que integran el Jurado no ofrece garantías de imparcialidad al acusado, ni según estándares políticos ni según estándares jurídicos.

5. La composición del jurado

La segunda cuestión que resulta claramente objetable en la norma tal como ha sido sancionada en la reforma, es la relativa a la composición del jurado.

Ya hemos dicho más arriba que una de las características elementales de un Jurado de Enjuiciamiento, o lo que es lo mismo, uno de sus contenidos mínimos y esenciales, es que el jurado se encuentre compuesto por representantes estamentales de los diversos sectores que se encuentran involucrados en la actividad judicial. Es decir, uno de los contenidos mínimos que puede asignarse a la expresión “Jurado de Enjuiciamiento” consiste en la participación plural de diversos sectores de la comunidad en su composición orgánica.

En suma, participación plural y participación equilibrada (o conjunta) son elementos claves en la organización de un Jurado de Enjuiciamiento

5.1. La violación a los contenidos mínimos: El predominio político.

Son –en la superficie– cuatro estamentos. Podría decirse que un estamento lo constituyen los legisladores; otro, el representante del Poder Ejecutivo; otro, un miembro de la Corte Suprema; el último, un abogado en ejercicio. Sin embargo, en el orden de la experiencia la verdad es que los estamentos que están involucrados no funcionan como cuatro sino que son verdaderamente tres, en atención a sus reglas de actuación, a la forma de reclutamiento de sus miembros y de sus representantes y a los criterios para su actuación: un estamento, proviene de la actividad política y se regula por principios de acción política (los cinco legisladores y el representante del Poder Ejecutivo); otro, de la función jurisdiccional (el miembro de la Corte Suprema de la Provincia); el último, del ejercicio de la actividad profesional (un abogado).

Como si esto fuera poco, todavía hay que ponderar que ni la Constitución Nacional ni la constituciones provinciales incluyeron al Poder Ejecutivo en la composición del Jurado de Enjuiciamiento. La razón es sencilla. Además de tratarse del poder de mayor potencialidad política y jurídica en la historia y realidad actual argentina, es también el litigante que mayor cantidad de juicios tiene a su cargo en todos los tribunales nacionales y provinciales.

Si el Jurado de Enjuiciamiento se encuentra monopolizado por legisladores, que con una mayoría simple de cinco miembros sobre un total de ocho, se encuentra en condiciones de imponer una posición monocorde por encima de la opinión y de la voluntad de los otros miembros, la idea misma de Jurado de Enjuiciamiento y de modificación del sistema de destitución de jueces podría quedar desnaturalizada.

el mecanismo de Jurado de Enjuiciamiento supone un detrimento o reducción de las facultades de la Legislatura en beneficio de otro sistema, que se encuentra atravesado por otro paradigma y que supone el reparto equilibrado de la responsabilidad y de la competencia para juzgar el desempeño de un magistrado en actividad, a los fines de su remoción o de la imposición de una sanción disciplinaria

En efecto, si bien es cierto que existe una verdadera desproporción en la cantidad de legisladores que forman parte del jurado, y si bien es verdad que la inclusión de un representante adicional del Poder Ejecutivo termina creando una situación de absoluta preponderancia indebida del denominado “sector político” que integra el jurado, consideramos que existe un principio de acción democrática que –bien interpretado y bien utilizado– puede salvar la validez constitucional de la norma.

En consecuencia, más allá de un tipo ideal de jurado o un contenido ideal de la expresión Jurado de Enjuiciamiento (que excluye la participación política y que supone la participación equilibrada de todos los sectores), a nivel normativo real puede verificarse en nuestro derecho constitucional positivo que el mínimo admisible para que el Jurado de Enjuiciamiento no pierda identidad, es que se respete cuando menos el principio democrático de representación según el criterio mayoría-minoría u oficialismo-oposición.

No debe olvidarse que en el juzgamiento de un magistrado es imposible prescindir del análisis jurídico, por lo mismo que la actividad que se juzga está enmarcada legalmente. Tal objetivo no se cumple con la conformación mayoritaria de legisladores, pues representan al poder político por antonomasia y es difícil prever que al momento de juzgar puedan prescindir del criterio propio de la naturaleza de la función a la que representan. Dado que son los jueces quienes controlan la actividad de los legisladores a través del control de inconstitucionalidad de las leyes, se desvirtúa aquella regla áurea de independencia si el sistema de destitución otorga predominio a los legisladores para que controlen a sus controlantes. El modelo más equilibrado es el mixto, en el cual estén representados tanto los legisladores –que deben ser letrados– como los magistrados y abogados. Por ello, entendemos que tan delicada misión debe recaer en personas idóneas que hayan tenido una trayectoria incuestionable en cada ámbito (Ricardo Vergara, “Poder Judicial” en libro colectivo “La constitución de Córdoba comentada”, pag. 135, Ed. La Ley).

El ideal que debe guiar nuestra acción es el señalado en el preámbulo de “promover ... una democracia participativa y pluralista fundada en la libertad, la igualdad, la solidaridad

En consecuencia, debe desestimarse el planteo de inconstitucionalidad de los artículos 125, 126, 127, 128, 130 y 131 de la Constitución de la Provincia, pero simultáneamente, a fin de preservar el valor constitucional de su incorporación a la Constitución de acuerdo a la ley que declaró la necesidad de la reforma, debe establecerse como declaración de certeza que despeja la inconstitucionalidad del artículo 126 de la Constitución de la Provincia la siguiente:

“Los cinco legisladores que integran el Jurado de Enjuiciamiento no pueden formar parte del mismo bloque político ni tener la misma extracción política. Hasta un máximo de tres pueden provenir del partido con representación mayoritaria en la Cámara, pero debe asegurarse la participación de –al menos– dos miembros de la minoría parlamentaria opositora dentro del jurado, tanto en sus representantes titulares como en los suplentes”.