



Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

DICTAMEN N° 10.352  
"Recurso de queja en autos SOBERON, Ana Dolores, imputado GORDILLO, Roberto Edgardo por averiguación de delito"  
Expte. FTU 29451/2012/8/RH2 Sala IV

## DESISTE RECURSO

Exma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4, en los autos caratulados: "Recurso de queja en autos SOBERON, Ana Dolores, imputado GORDILLO, Roberto Edgardo por averiguación de delito", Expte. FTU 29451/2012/8/RH2, de la Sala IV, me presento y digo:

I. Que vengo por este escrito a desistir fundadamente del recurso de casación interpuesto por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Tucumán, por los motivos que se expondrán a continuación.

Que el 28 de julio de 2015, la Cámara Federal de Tucumán dispuso que ese cuerpo colegiado (Acordada 68/15 en uso de las atribuciones conferidas por la Resolución n° 194/15 del Consejo de la Magistratura), a los fines de este expediente, quedará integrado, además de los magistrados Marina Cossio y Ernesto Clemente Waynar, por el Secretario de esa Cámara Federal, Dr. Marcelo Fabián Herrera, quien se encuentra en la lista de conjueces que a tal efecto confecciona el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, conforme surge del Decreto 324/2015.

Que el Fiscal General de Tucumán planteó la nulidad de la designación del Dr. Marcelo Fabián Herrera para intervenir como conjuez en las presentes actuaciones, la inconstitucionalidad de la ley 27.145, la resolución 194/15 y la Acordada 68/15, por la cual la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán dispuso que el tribunal esté integrado

por los Dres. Clemente Wayar, Marina Cossio y el conjuer Marcelo Herrera.

Que, el 26 de agosto de 2015, la Cámara Federal de Tucumán resolvió no hacer lugar al planteo de nulidad formulado por el Ministerio Público Fiscal, ratificó en todos sus términos la Acordada N° 68/15 de ese Tribunal por haber sido dictada conforme a derecho y en consecuencia, confirmó la providencia dictada el 28 de julio, por la cual se declaró integrado el Tribunal con el conjuer de esa Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, Dr. Marcelo Fabián Herrera.

Contra esta decisión, el Fiscal General ante ese tribunal interpuso un recurso de casación por los siguientes motivos: a) no existe el acuerdo del Senado exigido por la Constitución Nacional para que el Dr. Marcelo Herrera sea Juez de Cámara Federal de Tucumán y tampoco concurso de antecedentes y oposición; b) afectación de la garantía de juez natural; c) inconstitucionalidad de la ley 27.145 por contrariar los principios fundamentales que inspiran la forma republicana de gobierno (arts. 1, 29 y 33 CN), el diseño institucional del Poder Judicial (art. 116 CN), las garantías que aseguran la independencia e imparcialidad de los jueces (arts. 109 y 110 CN) y, el principio de juez natural.

Que el 22 de octubre de 2015, la Cámara Federal de Tucumán resolvió no hacer lugar al recurso de casación deducido por el Fiscal General.

Contra esa decisión, el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso la queja que ahora se me corre vista y la que habré de desistir por las siguientes precisiones.

**II.** En primer término, debo destacar que no desconozco el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Uriarte, Rodolfo M. y otro c. Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, del 4/11/2015, que declaró la



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

inconstitucionalidad del régimen de subrogaciones establecido en la ley 27.145. Ni tampoco la doctrina del leal acatamiento moral de los fallos de la Corte.

Sin perjuicio de ello, como jurídicamente los fallos de la Corte son llamados a ser cumplidos sólo en la causa en que se dictan y porque introduciré nuevos argumentos no contemplados en aquella sentencia de la Corte, me permito disentir con la aplicación de su doctrina esta causa y, por ende, habré de desistir del recurso interpuesto por el Fiscal General de Tucumán.

**III.** Los jueces permanentes no son iguales a los jueces interinos (sean llamados conjueces, subrogantes, interinos propiamente dichos, etc.). Pero ambos tienen la estabilidad y, con ello, la independencia que exige la Constitución. Si para la designación de jueces interinos se exigiesen los mismos requisitos que para los jueces permanentes, no tendría sentido que fuesen interinos. Esta verdad de Perogrullo ha sido soslayada por el fallo de la Corte y por el recurrente de autos.

Bien, sentado lo que precede, respecto del fallo de la Corte he de señalar que en ese caso el recurso extraordinario federal (ver consid. 3°) se abrió por considerarse que una ley del Congreso (de jerarquía inferior), se oponía a la Constitución Nacional (superior jerarquía), según los términos del art. 14, inc. 3°, de la ley 48. Pero la lectura integral del fallo permite ver que en realidad se trata de la contraposición de dos normas de igual jerarquía, lo cual no podría dar lugar a la declaración de inconstitucionalidad de una de ellas (porque no hay violación al art. 31 CN). Esas normas son: a) la ley que establece que el Consejo de la Magistratura debe contar con el voto de los 2/3 para seleccionar las ternas de candidatos a jueces, versus, b) la ley que establece que el Consejo puede designar a los jueces subrogantes o conjueces, por

simple mayoría de sus miembros. No hay contraposición de ésta última con la CN, porque el art. 114 CN no dice nada de mayorías y minorías para jueces de tribunales inferiores a la Corte. Simplemente, la Corte prefiere una ley a la otra. El problema se ve en detalle en los considerandos 23 y 24.

En segundo lugar, tanto la Corte, como el fiscal en el recurso de esta causa, citan jurisprudencia de DD.HH., pero omiten recurrir a sus reglas de interpretación, que también son mandatorias. Cuando entre dos sistemas legales, uno se acerca más al paradigma de un Estado democrático de derecho, por ejemplo, porque su composición es plural y asegura una mayor participación de todos los sectores involucrados, éste debe preferirse al que no lo prevé de esa manera. El sistema de la ley anterior no tenía participación de los tres poderes del Estado, ni de los abogados, ni de los académicos, etc. El nuevo sí.

Para poner un ejemplo: no sería posible invocar la jurisprudencia de los tribunales internacionales y constitucionales de derechos humanos para tachar la validez de la ley 25.779 que anuló las leyes de obediencia debida y punto final, porque la nueva ley, aún con defectos, es realización de los estándares internacionales de DD.HH. (Fallos: 328:2056 "Simón").

Uno de los propósitos de la ley de subrogancias es, por decirlo de manera sencilla: "un puesto, un juez". De modo que no es valioso que un juez cubra dos o más puestos. Ello así porque la garantía del juez natural (independiente e imparcial) no es de los jueces, sino de los justiciables, de la sociedad toda. De ahí que se prefiera que todos los puestos estén cubiertos, para que los magistrados tengan dedicación exclusiva en los asuntos del juzgado o vocalía a cargo del cual están. Si un juez ocupa dos despachos, tendrá un 50% menos de rendimiento en cada uno de ellos.

En los considerandos 15 y 16 se identifica, a mi modo de ver incorrectamente, estabilidad con permanencia. Los jueces subrogantes



o conjueces o interinos, también gozan de independencia e imparcialidad, porque también tienen estabilidad. Lo que ocurre es que ello es así mientras dure el mandato conferido por su designación, hasta que se cubra la vacante por el juez definitivo. Lo que aquellos no tienen es permanencia, pero porque la vacante no es permanente.

En el considerando 17 y también lo señala el fiscal en su recurso, se desliza un pensamiento preocupante. Se dice que los integrantes de las listas de conjueces son más vulnerables a las presiones que los jueces permanentes. Con ello se está diciendo que éstos últimos también son vulnerables, pero menos....

Este pensamiento permite deducir que se termina resolviendo la inconstitucionalidad de un sistema a "ojo de buen cubero", algo así como decir que se declara la inconstitucionalidad de una designación porque "este juez es un poco más vulnerable que aquél otro".

Más adelante se agrega que esas presiones pueden ser las de las autoridades de quienes dependen futuras designaciones o ascensos. Pero esto trae otros problemas:

1) si ello fuera así, los secretarios de juzgados y cámaras de apelaciones que fueron designados jueces subrogantes por años, se encuentran en la misma o peor situación que un abogado de la matrícula designado conjuetz, porque harán depender su desempeño de las expectativas de ascensos y nombramientos futuros.

2) Pero, además, se parte de un dato no corroborable en la realidad, consistente en creer que los conjueces abogados quieren ser designados jueces permanentes. Desde lo teórico se podría pensar exactamente al revés, esto es, que son menos vulnerables a las presiones, más independientes, porque lo único que les podría pasar a raíz del dictado de una sentencia inconveniente para los sectores de poder, es

volver a su estudio jurídico o función pública que desempeñaban antes de la designación.

En el considerando 21 y el fiscal lo desliza en su recurso, se habla de transparencia lo cual, en realidad, aparece como mejor logrado en el régimen nuevo donde los representantes de los distintos sectores discuten públicamente y votan. Ello es más transparente que las elecciones de candidatos entre cuatro paredes en las cámaras de apelaciones, donde se designaron por años a los jueces subrogantes o abogados de la matrícula conjueces.

Como se adelantó, en los considerandos 23 y 24 (también lo señala el representante fiscal en su medio impugnativo) aparece el problema de las mayorías que la Corte considera que debería reunir el Consejo para designar subrogantes o conjueces. Pero esos son porcentajes de referencia que se extraen de otra ley, y no de la Constitución, que nada dice respecto de los jueces inferiores a la Corte. Y que el Consejo, debido a su composición plural, es de composición más democrática a los fines de la designación de magistrados transitorios, que los procesos de designaciones internos del Poder Judicial, léase, entre jueces.

En el considerando 24 la Corte preanuncia que su fallo tendrá alcances erga omnes, lo cual es contrario a los arts. 116 y 117 CN, y riesgoso en un asunto donde los accionantes no tienen un interés y agravio jurídico personal (caso), porque se escapa de la regla tantas veces enseñada por la propia Corte de que la misión más delicada de los jueces es la de saber mantenerse dentro de su competencia. En ese mismo considerando 24) se fulmina el sistema de designación de subrogantes por mayorías simples, porque se lo considera distinto del exigido para los jueces permanentes que, además, se dice, ni siquiera rindieron concurso. En este razonamiento hay dos afirmaciones cuestionables: una, porque los jueces permanentes tampoco requieren mayorías calificadas para ser elegidos por el H. Senado de la Nación, sino que esa mayoría lo es para integrar una



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

terna resultado de un concurso. Además, la ley anterior (que ahora la Corte va a declarar aplicable) tampoco exige mayorías calificadas en las cámaras de apelaciones para designar subrogantes. Y lo mismo ocurre con los secretarios. La otra es que todos los jueces hasta 1994 fueron designados sin concurso, y que los jueces de la Corte que están decidiendo este asunto tampoco fueron designados previo concurso, ni los nuevos lo serán, y eso no transforma sus designaciones en inconstitucionales.

En el considerando 28) se arriba a una conclusión que es la idea de la Corte de cómo debe ser el sistema, pero esa idea, por más valiosa que pudiera resultar y que quizás podamos compartir en teoría, no surge de las normas sancionadas por el Congreso de la Nación. Se sostiene que subrogar significa que el subrogante debe tener la misma calidad de efectividad que el de la vacante a cubrir. Y de allí, se pasa a predicar un sistema cerrado, endogámico, con reemplazos y designaciones cruzadas intra poder o sistema, entre jueces efectivos, inclusive jubilados.

En el considerando 30, con cita de leyes de facto, que en todo caso no podrían prevalecer al claro mandato del art. 114 de la Constitución Nacional (además, porque es posterior y de superior jerarquía), la Corte declara que sigue siendo la única cabeza del Poder Judicial también en cuestiones administrativas (superintendencia, designaciones, habilitación de tribunales, etc. etc.). Y es en uso de esas facultades que ella misma se arroga, que declara la inconstitucionalidad de toda la ley 27.145, sin determinar el gravamen que le causaba a los recurrentes, ni cuál era el caso concreto en que se lo hacía, ni la norma expresamente violada.

Luego, dicta una especie de reglamento a seguir, con indicaciones a los otros poderes del Estado y se toma la atribución de poner fecha para su comienzo de ejecución, lo cual nos lleva a un terreno donde expresamente no deseo ingresar.

#### **IV. Reflexiones finales**

El sistema de la ley vigente no es perfecto, pero ello no lo transforma en inconstitucional. Con el mismo baremo que emplea la Corte en esta sentencia y lo que propicia el fiscal en su recurso de casación, todas las designaciones de jueces subrogantes hasta hoy, han sido inconstitucionales. Sean de jueces efectivos que cubren interinamente las vacantes otros, sean abogados de la matrícula, sean secretarios, etcétera.

Este fallo llama la atención porque, como la misma Corte dice todos los días, la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional; y la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa escapa al control de constitucionalidad pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial (Fallos: 333:447 "Massolo", considerandos 12 y 13, entre cientos).

O que la pretensión de quien recurre implica solicitar que se emita una declaración general o un pronunciamiento abstracto sobre la norma penal aplicada, lo cual excede la competencia de la Corte, máxime si el remedio intentado persigue la declaración de inconstitucionalidad de una norma, materia en la que rige un criterio restrictivo por significar la última ratio del orden jurídico (Fallos: 331:2799 "Alsogaray", entre muchísimos más).

La situación de los jueces permanentes no es similar a la de los jueces transitorios. Las abundantes citas jurisprudenciales y de decisiones de órganos del sistema internacional de derechos humanos que se invocan para explicar la situación de los jueces permanentes, no son aplicables sin las debidas aclaraciones para los casos de jueces designados





*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

en puestos transitorios. Y tampoco lo son, estrictamente, para los casos de jueces no vitalicios (como en los jueces estatales en los Estados Unidos de América, cuya constitución es molde de la nuestra).

Es que no existe la garantía de juez "subrogante natural". La estabilidad de los jueces permanentes no es igual a la de los subrogantes. Ello está muy claro en las sentencias de la Corte Interamericana cuando sostiene que la provisionalidad en cargo no puede extenderse indefinidamente en el tiempo (Corte IDH, caso Apitz Barbera y otros ("Corte primera de lo contencioso administrativo") vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie CN° 182, párr. 43).

Cuando se recurre al sistema internacional de los DD.HH. para apoyar una idea, debe tenerse en cuenta que se impone su interpretación de conjunto y de buena fe (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, párrs. 47 y ss. En aquella opinión consultiva la Corte interpretó el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece que "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin"). No es posible aplicar su jurisprudencia de manera desconectada del sistema que les dio origen, que tiene sus principios propios y de los casos concretos que resuelven (de jueces desplazados o de justiciables concretamente perjudicados por tal o cual magistrado designado ad hoc, etc.). En ese ámbito desde siempre se ha interpretado que cuando un sistema con mayor legitimidad democrática reemplaza a uno existente, aquél debe aplicarse inmediatamente. Eso juega como "condición resolutoria" (En el citado precedente Apitz Barbera y otros, la Corte IDH expresamente sostuvo que la duración en el cargo de los jueces provisionales "debe estar sujeta a una condición resolutoria").

Y eso es lo que ha ocurrido en la Justicia Nacional Argentina. El sistema de designación de interinos o subrogantes anterior no cumplía los estándares de un estado democrático de derecho, ya que las designaciones lo eran entre pares (es decir, un sistema interno del Poder Judicial, endogámico). La ley 27.145 instaura un sistema que puede no ser perfecto, pero que goza de muchísima mayor legitimidad democrática y republicana. Ello así porque ahora las designaciones de conjueces, subrogantes, etc., son producidas por un organismo que es una de las cabezas del Poder Judicial, el Consejo de la Magistratura, que constitucionalmente tiene esa potestad, conformado por la confluencia, intervención y contralor, de los tres poderes del estado, las distintas fuerzas políticas, además de instituciones externas a él pero con injerencia en el servicio de justicia (universidades y colegios de abogados) (En este sentido, la Corte IDH señaló que "el estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no sólo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática" (ver Corte IDH, Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie CN° 197, párr. 67). El nuevo régimen de subrogancias viene a realizar este mandato al instrumentar un sistema que goza de mayor legitimidad democrática. Lo que se busca, precisamente, es evitar el alto nivel de discrecionalidad que el antiguo régimen habilitaba. En este sentido la Corte IDH ha dicho que "cuando los Estados establezcan procedimientos para el nombramiento de sus jueces, debe tenerse en cuenta que no cualquier procedimiento satisface las condiciones que exige la Convención para la implementación adecuada de un verdadero régimen independiente. Si no se respetan parámetros básicos de objetividad y razonabilidad, resultaría posible diseñar un régimen que permita un alto grado de discrecionalidad en la selección del personal judicial de carrera, en virtud de lo cual las personas escogidas no



serían, necesariamente, las más idóneas" (véase Corte IDH, Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, Sentencia de 30 de junio de 2009, párr. 74).

Debe primar la idea de que la garantía de juez natural no es personal de los jueces involucrados (designantes y designados) sino de los justiciables y de la sociedad toda (Para la Corte IDH la garantía asiste a "toda persona sometida a proceso" (véase Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie CN° 52, párr. 131.) En el precedente Herrera Ulloa, la Corte IDH explicó que el derecho a ser juzgado es una garantía fundamental del debido proceso. Es con ese fin que debe garantizarse que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. "Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática" (Corte IDH, Caso Herrera Ulloa. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N° 107, párr. 171).

En una república, la existencia de funcionarios públicos con estabilidad en el cargo mientras dure su buena conducta requiere de procesos de designación que gocen de elevada legitimación democrática. La permanencia de un magistrado en un cargo transitorio, salvo renuncia a él, depende de hechos exteriores a su persona, como una enfermedad, destitución por mal desempeño o comisión de delito, porque se cubre la vacante de modo definitivo por los mecanismos constitucionales y legales correspondientes, porque es recusado, porque desaparece el juzgado o tribunal del que formaba parte y su servicios no son más requeridos, o pasa a formar parte de otra estructura, etc. Tan claro es esto que, bajo la vigencia del régimen anterior que habilitaba a los jueces de la Cámara a designar a jueces subrogantes, se sucedían los acuerdos de los miembros de la misma Cámara para decidir si las subrogaciones se prorrogaban o no. Es que para ese entonces se tenía en claro que no podían existir las

subrogaciones permanentes. Los jueces de la Cámara fueron decidiendo periódicamente las renovaciones o ceses de esas designaciones.

Tampoco tiene relevancia alguna el asunto de que conforme la nueva ley los miembros de una lista de abogados designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, no hayan dado concurso para cubrir las vacantes de que se trata. Ello así porque se trata de jueces transitorios y no permanentes, de modo que no existe nada novedoso en el sistema, que sigue la misma línea de la tradicional inteligencia del sistema infraconstitucional por el cual, durante años, se ha designado como jueces subrogantes a secretarios de primera y segunda instancia (Hasta existen fallos de la Corte suscriptos por secretarios designados jueces federales subrogantes, procedimiento de sorteo mediante, ante la excusación de los jueces del máximo tribunal. Así ocurrió en la causa M.70 –XLI– (RHE), "Martínez Ríos, Alicia y Galante, Ernesto s/ abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público" -causa N° 1865/01-), a abogados de la matrícula o a otros jueces que no tenían concurso o que, si lo tenían, no lo era para la vacante que pasaban a subrogar.

Como se ve, todo el régimen al igual que el anterior, no genera ningún asunto constitucional y ello es así, porque no supera el nivel de una reglamentación legal para solucionar situaciones de coyuntura producto de la propia realidad y de la necesidad de mantener funcionando el servicio de justicia.

En cualquier caso la ley 27.145 estableció un sistema con legitimidad democrática por el cual los interinatos son decididos por el Consejo de la Magistratura. Esa es la "condición resolutoria" a la que se refiere la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DD.HH.

#### **V. Finalmente, algunas cuestiones de la realidad.**

Muchos jueces permanentes que subsisten en sus cargos hoy en día fueron designados conforme el sistema viejo, sin concurso



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

alguno, por propuesta del Poder Ejecutivo y acuerdo del H. Senado de la Nación, sin contralor de otros estamentos sociales vinculados a la profesión y al Servicio de Justicia.

Y cientos de jueces en todo el país han sido designados subrogantes para cubrir vacantes en otros tribunales para los que no dieron concurso, ni tienen designación del Poder Ejecutivo ni acuerdo del H. Senado de la Nación para ese segundo cargo.

Desde un punto de vista de política judicial, como parte legitimada en el asunto, es sencillo vislumbrar que el problema actual de la gran cantidad de puestos sin cubrir, difícilmente tenga solución con los postulados de la sentencia de la Corte en "Uriarte", y que persistirá mucho más allá de los tres meses que establece el fallo, ya que se pasa por alto el estado actual de intemperancia, intolerancia, agresividad y falta de ubicación democrática (en una democracia, en los cuerpos colegiados, las minorías deberían acatar las decisiones de las mayorías) de muchos de los actores llamados a tomar decisiones en estos asuntos. Será prácticamente imposible que se reúnan los 2/3 requeridos al Consejo de la Magistratura para elegir jueces subrogantes o conjueces, cualquiera sea la facción que tenga la mayoría en su seno. Y este es un dato de la realidad actualmente existente que, como repitió la Corte en esta misma sentencia, debió ser considerado para decidir en este expediente.

En definitiva, considero que debería imperar cierta prudencia al juzgar el sistema de la ley 27.145, que todos debemos tener presente la realidad centenaria del sistema de justicia argentino y convenir en que esa ley, no será perfecta, pero es una interpretación razonable de la cláusula constitucional.

**VI.** Por lo expuesto, y en orden a las facultades que me

confiere el artículo 443 del Código Procesal Penal de la Nación, desisto del recurso de casación interpuesto por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Tucumán.

Fiscalía N° 4, de febrero de 2016.