

La designación en comisión de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

POR ROBERTO MANUEL CARLÉS¹

*In questions of powers, then, let no more be heard of confidence in man,
but bind him down from mischief by the chains of the Constitution.*

Thomas Jefferson, *The Kentucky Resolutions*, 1798

Introducción

El 14 de diciembre de 2015, apenas cuatro días después de asumido el nuevo gobierno, se conoció la designación de dos jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La noticia tomó por sorpresa incluso a buena parte del propio gobierno: no se trataba de una nominación de candidatos que siguiera el procedimiento regular para designar jueces de la Corte, previsto en el artículo 99, inciso 4° de la Constitución Nacional, sino que se cubrían las dos vacantes existentes² mediante el nombramiento “en comisión”

1 Roberto Manuel Carlés es doctor en Derecho, presidente del Comité de Jóvenes Penalistas de la Asociación Internacional de Derecho Penal y secretario de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología.

2 Se trata de las vacantes producidas por las renunciaciones de Eugenio Raúl Zaffaroni y Carlos Santiago Fayt. Zaffaroni presentó su renuncia a fines de octubre de 2014, y fue efectiva a partir del 31 de diciembre de ese año, una semana antes de que alcanzara el límite de edad para el cargo. Este límite, que comparten todos los jueces de la Corte con los jueces de los tribunales federales inferiores, fue establecido por la reforma constitucional de 1994 (artículo 99, inciso 4° de la Constitución Nacional). Fayt presentó su renuncia en septiembre de 2015 para que fuera efectiva recién pasadas doce horas –según nuestro propio cómputo de los plazos constitucionales– de producido el vencimiento del mandato de la

previsto en el artículo 99, inciso 19 de la Constitución, a través de un simple decreto autónomo. Inmediatamente, la noticia causó una fuerte reacción negativa en todo el espectro político y, con distinto énfasis, entre los formadores de opinión. Incluso renombrados integrantes de la alianza gobernante se apresuraron en tomar distancia de la decisión presidencial.³

El decreto 83, de designación de jueces de la Corte Suprema, se publicó en el Boletín Oficial al día siguiente del anuncio, el 15 de diciembre de 2015. En el presente artículo realizaremos un análisis jurídico de esta decisión y de sus implicancias institucionales, aun cuando muchas de ellas puedan verse superadas en la realidad si, como todo parece indicar a fines de marzo de 2016, se abandona el mecanismo excepcional de designación en comisión y se reconducen los procesos de nombramiento dentro de los márgenes del procedimiento constitucional normal. Más allá de cuál sea el resultado en los hechos, la designación en comisión –que no ha sido revocada ni puesta en crisis por resolución judicial alguna– plantea varios problemas cuyo abordaje nos permitirá analizar cuestiones más generales, relativas al funcionamiento de nuestras instituciones. Para ello se impone referir al contexto político actual, el que desde luego incluye la situación en la que se encuentra la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El contexto político: la cuestión de la Corte durante la campaña electoral

La renuncia de Raúl Zaffaroni al cargo de juez de la Corte Suprema fue efectiva a partir del 31 de diciembre de 2014, con lo cual se produjo una vacante en el inicio de un año electoral, de renovación presidencial y con una presidenta imposibilitada por la Constitución para aspirar a la reelección.

Aun antes de que Zaffaroni presentara su renuncia, la oposición de aquel entonces anunció, a través de varios de sus más

expresidenta Cristina Fernández de Kirchner. Con el fallecimiento de Enrique Santiago Petracchi, el 12 de octubre de 2014, la Corte quedó con cinco miembros, que es el número que establece la ley 26.183. La jueza Carmen Argibay había fallecido el 10 de mayo de 2014.

³ Por ejemplo, esa fue la posición de Ricardo Gil Lavedra. Ver “Ricardo Gil Lavedra rechazó la designación de jueces en comisión para la Corte Suprema”, *Télam*. Disponible en: www.telam.com.ar/notas/201512/130130-gil-lavedra-designaciones-corte.html. Último acceso: 23 de marzo de 2016.

notorios exponentes, que sus senadores no prestarían el acuerdo exigido por la Constitución a ningún candidato que nominara el Poder Ejecutivo.⁴ Conocida la renuncia de Zaffaroni, esa postura se mantuvo⁵ hasta decantar en un acuerdo, que firmaron veintiocho senadores, por el cual se comprometían a “rechazar el tratamiento de cualquier solicitud de acuerdo para la designación de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” que propusiera el Gobierno nacional. En este acuerdo se establecía que esta posición se mantendría “hasta tanto finalice el próximo proceso electoral en virtud del cual se elegirá presidente”.⁶ Este acuerdo, refrendado por ese número de legisladores, vedaba a cualquiera que fuera nominado para cubrir la vacante la posibilidad de obtener los votos necesarios en el Senado.

Con todo, la presidenta decidió cumplir con su obligación constitucional de nominar a un candidato, y en ejercicio de la atribución que le confiere la Constitución Nacional (artículo 99, inciso 4º), el 28 de enero de 2015 postuló al autor de estas líneas para el cargo. A partir de esa fecha se inició el procedimiento previsto en el decreto 222 de 2003, por el cual el expresidente Néstor

4 A mediados de octubre de 2014, el por entonces senador por la provincia de Mendoza, Ernesto Sanz, de la Unión Cívica Radical, sostuvo: “Desde el radicalismo pensamos que es una atribución que le cabe al próximo gobierno y que debe ser fruto de un acuerdo institucional, algo que con este gobierno es imposible”. Ver “Se enciende la disputa para cubrir el espacio vacante que dejará Zaffaroni en la Corte Suprema”, *Infobae*, martes 14 de octubre de 2014. Disponible en: www.infobae.com/2014/10/14/1601531-se-enciende-la-disputa-cubrir-el-espacio-vacante-que-dejara-zaffaroni-la-corte-suprema. Último acceso: 23 de marzo de 2016.

5 El exsenador por la provincia de Jujuy, Gerardo Morales, de la Unión Cívica Radical, sostuvo: “Tenemos una definición de que con este gobierno no queremos trabajar ningún consenso sobre la composición de la Corte Suprema. Hemos tomado esa decisión. (...) No queremos sentarnos a dialogar con este gobierno, sino con el próximo gobierno, sobre cómo se conforma la Corte y cómo se forma el Ministerio Público Fiscal, entre otros”. Ver “La oposición no habilitará el nombramiento del reemplazo de Zaffaroni en la Corte”, *La Nación*, sábado 1º de noviembre de 2014. Disponible en: www.lanacion.com.ar/1740590-la-oposicion-no-habilitara-el-nombramiento-del-reemplazo-de-zaffaroni-en-la-corte-con-este-gobierno-no-queremos-consensos. Último acceso: 23 de marzo de 2016.

6 Ver “Senado: La oposición rechazó discutir la designación de jueces en la Corte que impulse el gobierno”, *La Nación*, miércoles 19 de noviembre de 2014. Disponible en: www.lanacion.com.ar/1745331-senado-la-oposicion-rechazo-discutir-la-designacion-de-jueces-en-la-corte-propuestas-por-el-gobierno. Último acceso: 23 de marzo de 2016.

Carlos Kirchner limitó sus propias facultades en beneficio de la transparencia y la pública deliberación.⁷ Luego de completado este procedimiento, con amplia participación ciudadana,⁸ el pliego fue enviado al Senado, donde tuvo lugar un nuevo proceso de consulta pública⁹ y la audiencia ante la Comisión de Acuerdos, que emitió un dictamen favorable.¹⁰

El proceso de designación para cubrir el cargo vacante se vio atravesado por la lamentable controversia en torno de la salud del juez Fayt. El oficialismo, sin contar con el número de senadores necesario para su remoción mediante el procedimiento previsto en la Constitución,¹¹ en mayo de 2015 intentó iniciar, a través de la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados, un proceso de investigación con el fin de evaluar su capacidad psicofísica para el pleno ejercicio de sus funciones como juez de la Corte Suprema.¹²

7 El decreto 222/03 recoge algunas propuestas de las seis organizaciones no gubernamentales reunidas en el colectivo "Una Corte para la democracia", luego de la crisis de 2001. El decreto establece un procedimiento de preselección de candidatos para la cobertura de vacantes en la Corte Suprema de Justicia de la Nación para "la correcta valoración de sus aptitudes morales, su idoneidad técnica y jurídica, su trayectoria y su compromiso con la defensa de los derechos humanos y los valores democráticos que lo hagan merecedor de tan importante función". Contiene disposiciones para aplicar al candidato la Ley de Ética de la Función Pública, y otras vinculadas a la transparencia, a la participación ciudadana en el proceso de preselección, y a la finalidad de considerar eventuales conflictos de intereses.

8 Ver "El pliego de Carlés con más apoyos que impugnaciones", *La Nación*, martes 3 de marzo de 2015. Disponible en: www.lanacion.com.ar/1772945-el-pliego-de-carles-a-la-corte-con-mas-apoyos-que-impugnaciones. Último acceso: 23 de marzo de 2016.

9 Ver "El nombramiento de Carlés para la Corte sumó apoyo nacional e internacional", *Infobae*, domingo 12 de abril de 2015. Disponible en: www.infobae.com/2015/04/12/1721883-el-nombramiento-carles-la-corte-sumo-apoyo-nacional-e-internacional. Último acceso: 23 de marzo de 2016.

10 Ver "Dictamen favorable para Carlés en la Comisión de Acuerdos del Senado", *Clarín*, martes 31 de marzo de 2015. Disponible en: www.clarin.com/politica/Dictamen-Carles-Comision-Acuerdos-Senado_0_1330667272.html. Último acceso: 23 de marzo de 2016.

11 El artículo 59 de la Constitución Nacional establece que corresponde al Senado "juzgar en juicio político a los acusados por la Cámara de Diputados (...). Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes".

12 Para ello, la comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados dio curso a una presentación presentada en diciembre de 2014 por el entonces senador Aníbal Fernández. Ver "Aníbal Fernández pidió que se evalúe la capacidad psicofísica de Fayt", *Página/12*, viernes 12 de diciembre de 2014. Disponible

A fines de octubre de 2015, luego de que el juez Fayt presentara su renuncia y esta fuera aceptada, y sin que el pliego del candidato anterior fuera tratado nunca por el pleno de la Cámara de Senadores, la presidenta decidió postular a otros dos candidatos, cuyos procesos de designación completaron la preselección prevista por el decreto 222/03, y sus pliegos fueron enviados al Senado, aunque no llegaron a la instancia de la audiencia pública ni a obtener el dictamen de la Comisión de Acuerdos del Senado.

Salvo por compromisos unánimes, y unánimemente vagos, en torno de la necesidad de una “justicia independiente”, la cuestión de las vacantes de la Corte –y, en general, del funcionamiento del Máximo Tribunal y del Poder Judicial– estuvo ausente durante la campaña electoral, a pesar de haber sido, como hemos desarrollado, un tema presente en la agenda política desde la renuncia del juez Zaffaroni, y a lo largo de todo el año. En el propio debate electoral, previo a la segunda vuelta, los dos candidatos se abstuvieron de brindar mayores precisiones.¹³

Finalmente, en su discurso de asunción, el presidente Macri dedicó algunas palabras a la Justicia, del mismo tenor de las reiteradas durante la campaña electoral, en particular sobre la necesidad de una justicia independiente “que se limpie de vicios políticos”.¹⁴

Cuatro días después se anunciaba la designación en comisión de dos jueces de la Corte.

El nombramiento de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en nuestra Constitución Nacional

El procedimiento para la designación de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación está previsto en el artículo 99, inciso 4° de la Constitución Nacional, que establece entre las atribuciones del presidente de la Nación la de nombrarlos “con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto”. Esta facultad se encuentra reglamentada por el decreto 222/03, que garantiza la participación de la sociedad

en: www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-261831-2014-12-12.html. Último acceso: 23 de marzo de 2016.

13 Ver Transcripción completa del debate presidencial entre Macri y Scioli, *La Nación*. Disponible en www.lanacion.com.ar/1845904-transcripcion-completa-del-debate-presidencial-entre-macri-y-scioli. Último acceso: 23 de marzo de 2016.

14 Ídem anterior.

civil, la transparencia del proceso de preselección y postulación del candidato, y la evaluación exhaustiva de su idoneidad ética y técnica, con el alcance que ya hemos explicado.

Así, el procedimiento normal de designación de un juez de la Corte Suprema consta de las siguientes etapas: 1) publicación de la candidatura, de los antecedentes del candidato y de las declaraciones juradas que exige el decreto 222/03;¹⁵ 2) escrutinio público de la candidatura durante quince días, con participación abierta y consultas a organizaciones civiles, plazo durante el cual pueden presentarse adhesiones o impugnaciones ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; 3) evaluación por parte del Poder Ejecutivo del escrutinio realizado, luego de lo cual el presidente resuelve enviar o no el pliego al Senado, “haciendo mérito de las razones que abonaron la decisión tomada”; 4) si el presidente decidió enviar el pliego del candidato al Senado, comienza allí un nuevo proceso de evaluación pública, durante el cual nuevamente pueden presentarse adhesiones o impugnaciones, además de preguntas para realizarle al candidato en la audiencia pública; 5) audiencia pública en la Comisión de Acuerdos del Senado; 6) tratamiento del pliego por parte de dicha Comisión, que deberá producir un dictamen; 7) obtenido el dictamen favorable de la Comisión, el voto positivo de los dos tercios de los miembros presentes del Senado.¹⁶

La designación en comisión prevista en el artículo 99, inciso 19, de la Constitución

El artículo 99, inciso 19 de la Constitución Nacional, incorporado en la reforma de 1860,¹⁷ establece que el presidente “puede llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramien-

15 Cfr. nota nro. 6.

16 Cfr. artículos 22, 22 bis, 22 ter y 23 del Reglamento de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación.

17 El artículo 86, inciso 22, en rigor de verdad, venía a limitar el alcance de la disposición prevista en el artículo 83, inciso 23 de la Constitución de la Confederación Argentina, del 1º de mayo de 1853, que decía: “En todos los casos en que según los artículos anteriores, debe el Poder Ejecutivo proceder con acuerdo del Senado, podrá durante el receso de éste, proceder por sí solo, dando cuenta de lo obrado a dicha Cámara en la próxima reunión para obtener su aprobación”.

tos en comisión que expirarán al fin de la próxima Legislatura”. Esta norma puede ser interpretada de diversas maneras y, según cómo se lo haga, distintas serán las respuestas a los interrogantes que plantea el texto.¹⁸ Analizaremos algunos de ellos.

¿Puede el presidente designar jueces en comisión?

Se ha dicho que el artículo 99, inciso 19 de la Constitución Nacional solo habilitaría al presidente a nombrar en comisión a embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios, y a cubrir de igual modo los “empleos o grados de oficiales superiores de las Fuerzas Armadas” (artículo 99, incisos 7 y 13 de la Constitución Nacional), siempre que los cargos estuvieran vacantes, y las vacantes ocurrieran durante el receso del Senado, que, en el procedimiento normal de designación, debe prestar acuerdo. Ello sería así puesto que la Constitución emplea el vocablo “empleos”, y no podría considerarse a los jueces como “empleados”. A ello se ha respondido que el artículo 110 de la Constitución establece que “los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta”. La postura mayoritaria en la doctrina constitucional sostiene que el presidente puede cubrir, con designaciones en comisión, las vacantes de todos los empleos que requieran el acuerdo del Senado y que ocurran durante su receso.¹⁹ Coincidimos con esta interpretación: no existen fundamentos para excluir de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 19 de la Constitución a los jueces de tribunales federales inferiores, ni a los jueces de la Corte Suprema, como veremos. Esta postura, además, ha sido convalidada por la propia Corte Suprema.²⁰ Por otro lado, la fuente directa del artículo 99, inciso 19 de nuestra Constitución es el artículo II, sección 2, cláusula tercera de la Constitución de los Estados Unidos, y la interpretación de esa norma, que han hecho tanto los tribunales como la práctica constitucional de ese país, comprende a los jueces entre las posibles

18 Para una respuesta a los mismos interrogantes, en la doctrina estadounidense, cfr. Harnett, Edward A., *Recess Appointments of Article III Judges: Three Constitutional Questions*, 26 *Cardozo Law Review* 377 (2004).

19 Cfr., por todos, Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II-B, Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 334.

20 Cfr. *Fallos*: 313:1232, del 23 de noviembre de 1990, y la resolución 1494/90 de la Corte Suprema, por la que dispuso la toma de juramento a jueces nombrados en comisión.

vacantes que puede cubrir el presidente por medio de designaciones en comisión.²¹ En *El Federalista* No. 67, Alexander Hamilton escribe que se trata de designaciones conjuntas del presidente y el Senado, pero que, considerando improbable que el Senado pueda permanecer continuamente en sesión, la Constitución permite al presidente realizar designaciones temporarias cuando el Senado se encuentra en receso. Claro que en aquel entonces el Senado sesionaba solo durante cinco meses, y los legisladores empleaban mucho tiempo en comunicarse y recorrer largas distancias. Estos obstáculos ya no existen, y de hecho por esa razón es que nuestra Constitución, en la reforma de 1994, modificó el período de sesiones ordinarias, que ya no son de mayo a octubre sino del 1° de marzo al 30 de noviembre de cada año. Por otra parte, ante una eventual convocatoria a sesiones extraordinarias, los legisladores pueden llegar a Buenos Aires en cuestión de horas, lo que pone aún más de manifiesto cuánto de producto de la época tiene esta norma.

Cabe destacar, sin embargo, que el nombramiento de jueces en comisión no solo elude el acuerdo del Senado sino también, a partir de la reforma constitucional de 1994, la participación previa del Consejo de la Magistratura de la Nación.

¿Pueden designarse en comisión jueces de la Corte?

Como hemos anticipado, no habría motivos —en principio— para considerarlos fuera del alcance de la atribución presidencial prevista en el artículo 99, inciso 19 de la Constitución. A favor de esta interpretación se han citado precedentes estadounidenses y nacionales.²² En efecto, como se ha recordado en varios artículos de doctrina que analizaron favorablemente el decreto 83/2015,²³ el presidente de los Estados Unidos Dwight D. Eisenhower fue el último en recurrir a esta atribución, y designó en comisión (*recess appointment*) a tres jueces de la Corte Suprema: Earl Warren, William J. Brennan y

21 El artículo II, sección 2, cláusula tercera de la Constitución de los Estados Unidos, dice: "The President shall have power to fill up all vacancies that may happen during the recess of the Senate, by granting commissions which shall expire at the end of their next session".

22 Además de lo establecido por los artículos 1° y 2° del decreto ley 1285/58, ratificado por ley 14.467 sobre la designación de jueces en comisión.

23 Cfr., entre otros, Sola, Juan V., "La designación de jueces en comisión", *La Ley*, Año LXXIX, nro. 236, p. 4 (AR/DOC/4462/2015).

Potter Stewart.²⁴ Los tres se integraron a la Corte estadounidense antes de que el Senado evaluara sus credenciales y confirmara su designación. Sin embargo, este mecanismo, que no se ha vuelto a seguir desde entonces para designar jueces de la Corte en los Estados Unidos, no se utilizaba desde 1862: en efecto, las nueve designaciones en comisión precedentes tuvieron lugar en el período comprendido entre 1791 y 1862. Más aún, cuando se citan estos precedentes se omite señalar que de estos nueve jueces designados, solo dos (John Rutledge en 1795 y Benjamin Curtis en 1851) ocuparon el cargo y participaron en decisiones de la Corte antes de que el Senado los confirmara.²⁵ También se omite la resolución del Senado de los Estados Unidos por la que, en 1960, se decidió desalentar que los presidentes recurrieran a este tipo de designaciones para nombrar jueces de la Corte Suprema. En la resolución se establece que este tipo de designaciones durante el receso del Senado “no son plenamente consistentes con los mejores intereses de la Corte Suprema, del nominado involucrado, de los litigantes ante la Corte, ni con los del pueblo de los Estados Unidos”, y que “tales designaciones deberían ser evitadas” y proceder “solo bajo inusuales y urgentes circunstancias”.²⁶ Por lo demás, no creemos que contribuya al debate acerca de la razonabilidad de esta decisión la consideración de las designaciones en comisión de jueces de la Corte Suprema que, en nuestro país, fueron realizadas en etapas predemocráticas de nuestra historia, o en situaciones de interrupción institucional.²⁷

Por último, si bien la designación en comisión de los cargos mencionados está prevista en nuestra Constitución desde sus orí-

24 Fisher, Louis, *Recess Appointments of Federal Judges*, Congressional Research Service, CRS Report RL31112, en *CRS-14* (Sept. 5, 2001), The Library of the Congress, p. 15.

25 Cfr. *Recess Appointments to the Supreme Court – Constitutional But Unwise?*, 10 *Stan. L. Rev.* (1957), pp. 124, 125 y 131.

26 Cfr. 106 Cong. Rec. 12761 (1960).

27 Se cita erróneamente el precedente de los jueces designados por Bartolomé Mitre para conformar la primera integración de la Corte Suprema. En rigor, estas designaciones recibieron un acuerdo previo del Senado, aunque se trató de un acuerdo genérico, sobre todas las designaciones que realizara el presidente. Los otros precedentes serían: la designación de Luis V. Varela y Abel Bazán, en 1889 y 1890, respectivamente (por Miguel Ángel Juárez Célman), Benjamín Paz (por Carlos Pellegrini, en 1892), Dámaso Palacio (por José Figueroa Alcorta, en 1910) y José Federico Bidau (por José María Guido, en 1962, con el Congreso Nacional disuelto. Bidau renunció a la Corte el 30 de septiembre de 1964, cuando finalizó el primer período de sesiones del Congreso que tuvo lugar tras su designación).

genes, y ha sido mantenida en la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que en esta reforma se decidió diferenciar la designación de jueces de la Corte Suprema de los demás nombramientos que realiza el presidente y que requieren acuerdo del Senado, al establecer la exigencia de una mayoría calificada de dos tercios de los miembros presentes. Y esto, cuanto menos, debería ser un dato para tener en cuenta al momento de considerar de qué modo debe interpretarse el artículo 99, inciso 19 de la Constitución Nacional.

¿Pueden designarse en comisión jueces para cubrir vacantes que ya existían al momento del receso parlamentario?

Nuestra Corte ha dicho, en el precedente citado,²⁸ que para interpretar la norma en cuestión –artículo 99, inciso 19 de la Constitución Nacional, por entonces artículo 86 inciso 22– lo que importa no es el momento en que la vacante sucede sino el momento en que el presidente debe actuar. La doctrina constitucional mayoritaria es coincidente en este punto.²⁹

En apoyo de esta interpretación se recuerda también un dictamen de Joaquín V. González, entonces senador por la provincia de La Rioja, del 24 de agosto de 1917. En 1916 se produjo la vacante del cargo de embajador en Francia, e Hipólito Yrigoyen designó en comisión a Marcelo T. de Alvear, quien regresaría al país como presidente electo. Ante la impugnación de un senador, se requirió el dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales, que consideró que también podían cubrirse con designaciones en comisión los cargos que se encontraran ya vacantes al comienzo del receso. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha interpretado de igual modo su Constitución en 2014, en el fallo *National Labor Relations Board v. Noel Canning*.³⁰

28 Cfr. nota nro. 19.

29 Cfr., a modo de ejemplo, Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Tomo II, Buenos Aires: *La Ley*, 2008, pp. 410 y 411.

30 En este fallo, la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que el presidente no puede realizar designaciones en comisión (*recess appointment*) a menos que el Senado se encuentre en receso y no pueda ejercer sus funciones. La Corte sostuvo que la cláusula en cuestión permite al presidente hacer designaciones tanto durante recesos intra-sesión como en recesos inter-sesión, pero solo si el receso tiene una duración suficiente y si el cuerpo no está disponible para deliberar. La Corte también estableció que toda vacante en un cargo puede ser cubierta durante un receso, sin importar cuándo esta se hubiere producido.

¿Jueces “a tiro de decreto”? La cuestión de la estabilidad en el cargo y, luego, de la independencia e imparcialidad de los jueces

Se dijo que un juez nombrado en comisión por decreto podría ser removido por otro decreto.³¹ Esto se vería respaldado por el principio de “paralelismo de las competencias”, según el cual el órgano que tiene competencia para emitir un acto o una norma es el que tiene la competencia *paralela* para dejarlos sin efecto. Esto no es correcto en este caso, toda vez que la designación en comisión expira “al fin de la próxima Legislatura” (artículo 99, inciso 19 de la Constitución Nacional), es decir, las designaciones habrían expirado el 30 de noviembre de 2016, y hasta entonces los jueces designados solo podrían ser removidos por juicio político.³² Como hemos explicado, para buena parte de la doctrina,³³ los designados en comisión también cesarían en sus cargos si el Senado rechazara sus nombramientos antes de que se cumpliera el plazo previsto en la Constitución (es decir, antes de que finalizara el siguiente período de sesiones ordinarias). Si bien esto no surge claramente de la letra de la Constitución, es la interpretación más razonable, toda vez que de otro modo se estaría permitiendo la continuidad en el cargo a pesar del rechazo del Senado, que debe prestar acuerdo para confirmar la designación. Si el Senado no presta el acuerdo durante el período de sesiones ordinarias sucesivo, debe entenderse que ha rechazado las designaciones.

Lo que sí resulta evidente es que la independencia de los jueces designados en comisión será siempre débil, ya que podrían estar hasta la fecha del cese en el cargo, a la espera del acuerdo parlamentario y en ejercicio de sus funciones.³⁴

31 Ver “Gil Lavedra: ‘Esos jueces no son independientes, están a tiro de decreto’”, *Página 12*, martes 15 de diciembre de 2015. Disponible en: www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/subnotas/288311-75711-2015-12-15.html. Último acceso: 28 de marzo de 2016.

32 Bidart Campos consideraba que las designaciones en comisión eran “irrevocables por el propio Poder Ejecutivo”, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Ediar, Tomo II-B, 2005, p. 335.

33 Cfr. Gelli, op. cit.

34 Estos riesgos fueron advertidos en un informe de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos, que elaboró en 1959 el House Committee on the Judiciary, luego de las designaciones realizadas por Eisenhower. Cfr. “*Recess Appointments of Federal Judges*” (1st sess. III, Comm. Pint, January 1959).

Aunque en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de independencia judicial no haya expresas referencias al caso de los jueces designados en comisión, resulta difícil abstraerse de la doctrina sentada, dadas las fuertes vinculaciones con el tema. Así, en los fallos "Rosza", "Rizzo", "Aparicio" y "Uriarte", la Corte ha sentado una doctrina de defensa de la independencia de los jueces como reaseguro del conjunto de los derechos y las garantías de todos los habitantes de nuestro suelo, para lo cual, y así lo ha dicho, deben respetarse los mecanismos previstos por la Constitución para la designación de los jueces. La falta de estabilidad en el cargo es un claro obstáculo a su independencia, que se verifica no solo en los casos de jueces temporales o subrogantes, sino también en aquellos que —como en el caso de los designados en comisión— tienen una permanencia temporal pero con posibilidad de acceder a la estabilidad. En este último caso, por ejemplo, sus decisiones podrían verse condicionadas por el hecho de que serían posteriormente evaluadas por el Senado al momento de discutir la confirmación en el cargo. Desde luego, no puede sostenerse que esos jueces sean independientes del poder político cuando su confirmación está pendiente en el Senado.

Algunas conclusiones

La cuestión de la designación en comisión de jueces de la Corte Suprema ha puesto de manifiesto una tensión acerca de cómo debe interpretarse la Constitución y sobre qué nivel de control requieren los actos de un poder del Estado cuando estos implican decisiones que expanden sus atribuciones sobre los demás poderes. En este caso, además, la designación en comisión socavó innecesariamente la integridad de las postulaciones.

En otro plano, la designación en comisión de jueces de la Corte Suprema fue un duro golpe a la credibilidad del discurso institucionalista del gobierno, uno de los ejes de su campaña electoral. Las designaciones se realizaron a dos meses y medio del comienzo de un nuevo período de sesiones ordinarias, y con un mes de feria judicial en el medio, y se prefirió recurrir al mecanismo excepcional de las designaciones en comisión antes que convocar a sesiones extraordinarias, lo que hubiera sido razonable en virtud de la necesidad y urgencia alegada por el gobierno.³⁵ En efecto, no es la conve-

35 El gobierno convocó a sesiones extraordinarias recién en el mes de febrero.

niencia política sino circunstancias objetivamente excepcionales, de urgencia y emergencia, las que podrían justificar el recurso a un mecanismo de excepción como el previsto por el artículo 99, inciso 19 de la Constitución Nacional. Deben ser circunstancias objetivas, no meras hipótesis como la posibilidad de que la Corte no pueda resolver una causa por el desacuerdo de uno de sus miembros, en un contexto en el que, como se ha visto, la regla es la unanimidad.

Es indudable que la Corte se encuentra actualmente en una situación crítica, obligada a fallar por unanimidad, lo que es sumamente grave; sin embargo, esta emergencia no parece implicar la urgencia necesaria como para recurrir a un mecanismo excepcional como el de la designación de jueces en comisión, puesto que, si en el exiguuo período comprendido entre el inicio del año judicial y el inicio del nuevo período de sesiones ordinarias, se hubiera presentado un caso en el que la Corte no hubiera podido fallar, bien podría haberse integrado con conjueces, de acuerdo con el mecanismo previsto para situaciones de este tipo. O bien podría el presidente haber convocado a sesiones extraordinarias para cubrir las vacantes lo antes posible. Es decir, el recurso a un mecanismo excepcional como el que hemos analizado solo podría ser considerado como un medio razonable, un recurso legítimo pero de *ultima ratio*, si la Corte Suprema efectivamente no pudiera funcionar, en el estricto sentido de ejercer la jurisdicción prevista en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, y una vez que se hubieran agotado todas las posibilidades alternativas de integración del tribunal³⁶ y las demás alternativas con que cuenta el presidente para favorecer la decisión conjunta con el Poder Legislativo.³⁷

Lejos estamos de poder llegar a una conclusión sobre este tema porque, como se ha expuesto, sus implicancias constitucionales, institucionales y políticas son muchas. En modo alguno podemos tachar de ilegal o inconstitucional la decisión del presidente Macri de designar jueces en comisión, aun cuando entendamos que la Constitución no debe ser interpretada del modo en que se lo hizo. Pero la legalidad no puede ni debe ser el único límite al poder.

La Constitución permite un amplio margen de discrecionalidad para que los poderes políticos decidan —según sus convicciones o las circunstancias— qué acciones realizar. Así, por ejemplo, nada

³⁶ Cfr. artículo 22 del decreto 1285/58.

³⁷ El artículo 99, inciso 9 de la Constitución Nacional prevé la atribución presidencial de convocar al Congreso a sesiones extraordinarias.

dice la Constitución acerca de la posibilidad o no de financiarse mediante el crédito externo, si bien el endeudamiento externo tiene también un marco constitucional, por cierto bastante descuidado por la doctrina. Pero en otras materias, casi todas, desde las que conciernen a los derechos y las garantías individuales y colectivos, o a las atribuciones de las autoridades de la Nación, las reglas son las que están escritas y no otras que puedan resultarle más convenientes al poder. Claro está, el problema se presenta cuando las reglas no son tan claras, o aparecen en contradicción con otras o con el sentido integral del texto constitucional. Hay modos de interpretar la Constitución que se apegan más a ese sentido, o a determinados valores que no son extraños al plexo axiológico constitucional, como la participación popular y los controles cruzados entre los distintos poderes del Estado (dos valores que caracterizan el procedimiento normal de designación de jueces de la Corte, previsto en el artículo 99, inciso 4° de la Constitución y por el decreto 222/03, que el decreto 83/15 ha pretendido eludir). La Constitución debe ser interpretada respetando esos valores, y el pueblo merece que esos valores sean respetados. Lo que no merece la Constitución, ni el pueblo organizado bajo ese pacto fundamental, es que entre sus disposiciones haya una norma como la que permite la designación en comisión de jueces, o, por caso, la que le dio legitimidad constitucional a los decretos de necesidad y urgencia, sea cual fuese la intención del constituyente al incluirla.

Aunque no suene demasiado académico, y no lo es puesto que no lo enseñan en las universidades sino que lo aprendí por medio de la experiencia, una buena técnica al momento de redactar una norma es pensar en todas las interpretaciones perversas, y esforzarse por imaginar la más perversa de todas las interpretaciones que de esa norma pueda hacerse, para evitarlas. Nuestra Constitución permite unas cuantas aberraciones. Desde luego, a pesar de que el texto ambiguo permita interpretaciones perversas, admitir esta posibilidad no implica convalidarlas sino, antes bien, señalar que otras interpretaciones son posibles, deseables y necesarias hasta tanto se reforme el texto constitucional.

El respeto por las instituciones de la República no puede ser un valor eternamente declamado por la oposición de turno y consistentemente bastardeado por los sucesivos oficialismos.