



Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
COMISIÓN DE SELECCIÓN DE JUECES, JUEZAS E INTEGRANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO

DICTAMEN Nro. 311/2008

(Actuación nro. 17.237/08)

1. Antecedentes

1.1. El Oficio N° 2919/2008 en el marco de la Resolución DG N° 142/2008 (Act. CM N° 17237/08), el Sr. Defensor General, Dr. Mario J. Kesteloboim solicitó al Consejo de la Magistratura la designación del Dr. Fernando Machado Pelloni como Defensor de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas interino en la Unidad 6.

2. Consideraciones

2.1. Que en atención a la inminente designación del Dr. Machado Pelloni como Defensor de Primera Instancia en la Defensoría General de la Nación, el Sr. Defensor General, solicitó que se arbitren las medidas tendientes para designar al Dr. Miguel Pablo Talento Bianchi, actual Secretario de Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 6, como Defensor interino de la referida sede.

2.2. Que cabe señalar que el Dr. Kestelboim en la Res. DG 142/08 solicitó la designación en el cargo del Dr. Fernando Machado Pelloni, luego reemplazado por el Dr. Miguel Talento Bianchi, hasta tanto se sustancie el concurso que cubra efectivamente el cargo.

2.3 Que basa su solicitud en que la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la ley 1903 atribuyen al Defensor general la facultad de implementar las medidas tendientes y necesarias para mejorar el desarrollo de las funciones concernientes al Ministerio Público de la Defensa; que tiene que garantizar, como deber del Estado, el cumplimiento de los Tratados Internacionales, a suministrar una adecuada y eficaz defensa técnica.

2.4. Que el Dr. Kestelboim manifestó que para que tales designios se cumplan acabadamente es necesario que la dotación de Defensores de Primera Instancia se vea cubierta en forma fehaciente y plena, y mencionó en tal sentido, que la Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 6, desde el 29 de junio de 2004 (conforme resolución del CMCABA N° 407/04) cuenta con un solo titular –la Dra. Marcela Paz-, en razón de que la restante magistrada, designada por Concurso renunciara al cargo en esa fecha.

2.5. Que en tal sentido, el anterior Defensor General, Dr. Víctor Eduardo Hortel, propuso en forma interina y hasta que se sustanciara el concurso respectivo para dicho cargo al Dr. Manuel Roberto Guinney; el que fue designado por el Consejo de la Magistratura, el día 9 de febrero de 2006.

///



Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
COMISIÓN DE SELECCIÓN DE JUECES, JUEZAS E INTEGRANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO

/// DICTAMEN Nro. 31/2008

2.6. Que posteriormente, y en oportunidad de crearse la Secretaría General de Relaciones Institucionales y Patrocinio del Ministerio Público de la Defensa, se designó al Dr. Guinney en esa dependencia; y en consecuencia, nuevamente, se encontró la unidad con otra vacancia; por lo que como medio alternativo de solución se han ido designando diversos magistrados que han ido subrogando por períodos de tiempo limitados; encontrándose a la fecha haciendo lo propio la Dra. Marcela Millán -Defensora de la Unidad N° 8- (Res. DG N° 126/08).

2.7. Que el Sr. Defensor General también menciona que ha sido anoticiado por la Dra. Millán que en razón de cuestiones de índole personal, no podrá continuar subrogando a la Defensoría N° 6; y es por ello que manifiesta que es necesario encontrar una solución de mayor permanencia hasta que se sustancie el concurso correspondiente.

2.8. Que también es importante destacar que se trata de una vacancia producida por una renuncia y no por una licencia; lo cual permitiría la designación desde la Defensoría General, conforme el armonioso juego de los artículos 16 y 18 de la ley 1903.

2.9. Que la Ley Orgánica del Ministerio Público, modificada por la Ley 2386, establece entre las facultades de los Sres. Titulares del Ministerio Público, la de disponer la cobertura, en forma interina, de Fiscales, Defensores/as y Asesores/as Tutelares que solicitaren licencia por el término de hasta noventa días.

2.10. Que toda vez que los plazos constitucionales, legales y reglamentarios del proceso de concurso para la cobertura de la vacante en cuestión se extenderán por un término superior al precedentemente señalado, corresponde hacer lugar a lo peticionado por el Sr. Defensor General.

2.11. Que es importante remarcar que existen diversos antecedentes en materia de designaciones interinas en el Ministerio Público por parte del Consejo de la Magistratura, entre las que cabe destacar en el ámbito del Ministerio Público Tutelar el caso de la Dra. María de los Angeles Baliero de Burundarena -designada por Resolución CM N° 60/2000- quien se desempeñó como Asesora Tutelar Adjunta interina ante todos los fueros e las instancias del Poder Judicial local entre el 25 de febrero de 2000 y el 16 de junio de 2006; y el del Dr. Carlos Eduardo Bigalli como Asesor Tutelar de Primera Instancia ante el Fuero Contravencional y de Faltas, de acuerdo a lo resuelto mediante Res. CM N° 480/2008.

///



Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
COMISIÓN DE SELECCIÓN DE JUECES, JUEZAS E INTEGRANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO

/// DICTAMEN Nro 317/2008

2.12. Que en cuanto al candidato propuesto, vale destacar que el Dr. Miguel Pablo Talento Bianchi reúne los antecedentes y condiciones de idoneidad requeridas para el caso, en tanto se desempeña como Secretario interino en la Defensoría de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas N° 6, y fue designado en forma interina como Defensor co-titular en la mencionada Defensoría por el término de 90 días, a partir del 10 de diciembre de 2007, por Res. DG N° 164/07.

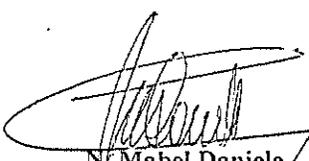
3. Conclusiones

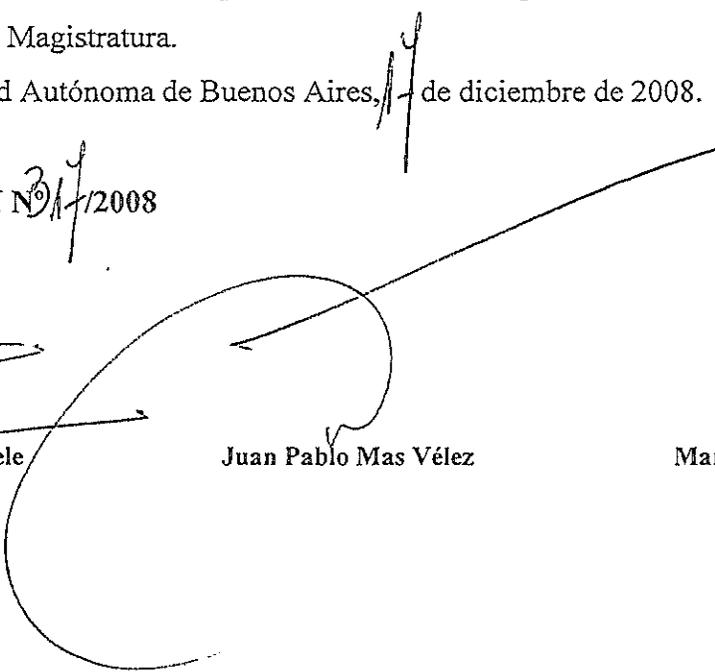
3.1. Por todo lo expuesto la Comisión propone al Plenario hacer lugar a lo solicitado por el Sr. Defensor General, Dr. Mario J. Kestelboim y designar en forma interina y hasta tanto se sustancie el correspondiente concurso, al Dr. Miguel Pablo Talento Bianchi (DNI 18.804.117) como Defensor co-titular en la Defensoría de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas N° 6.

Con el presente dictamen, la Comisión de Selección de Jueces, Juezas e integrantes del Ministerio Público eleva las presentes actuaciones para la consideración del Plenario del Consejo de la Magistratura.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 17 de diciembre de 2008.

DICTAMEN Nro 317/2008


N° Mabel Daniele
(en disidencia)


Juan Pablo Mas Vélez


María Teresa del Rosario Moya



Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
COMISIÓN DE SELECCIÓN DE JUECES, JUEZAS E INTEGRANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO

DICTAMEN Nro 317/2008

VOTO EN DISIDENCIA DE LA DRA. N. MABEL DANIELE

1. Antecedentes

1.1. El Oficio N° 2919/08 el señor Defensor General solicitó la designación *transitoria* del Dr. Miguel Pablo Talento Bianchi como Defensor de Primera Instancia ante el Fuero Contravencional y de Faltas –Defensoría N° 6- hasta tanto el cargo se cubra por concurso público de oposición y antecedentes.

2. Consideraciones

2.1. Que basó tal solicitud en la inminente designación del Dr. Fernando Machado Pelloni como Defensor de Primera Instancia en la Defensoría General de la Nación, en cuyo nombre fue solicitada la designación en dicha unidad N° 6, en el marco de la Resolución DG N° 142/08.

2.2. Que al momento de analizar el alcance de las atribuciones del Consejo de la Magistratura en la materia, resulta conveniente efectuar ciertas precisiones previas. Asimismo, es menester expresar que los argumentos del presente voto resultan análogos a la posición por mí adoptada ante un pedido de similar tenor al presente, oportunamente articulado por la Sra. Asesora Tutelar General mediante resolución AGT N° 68/08.

Desde antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que es principio de derecho común que el mandatario solo puede hacer aquello a que se halla expresa o implícitamente autorizado por su mandato, y que este principio es el mismo que sirve de base a la interpretación de los poderes en el orden constitucional (CSJN, *Fallos*. 32:135, autos “Sojo, Eduardo c. Cámara de Diputados de la Nación, del 22 de septiembre de 1887).

Más recientemente, se ha afirmado que el estado de derecho se caracteriza no sólo por su elemento sustantivo —el reconocimiento y la tutela de los derechos públicos subjetivos—, sino también por el modo en que este objetivo pretende hacerse realidad. En este sentido, un segundo elemento, de índole formal, el denominado principio de legalidad —integrado indivisiblemente con el de razonabilidad o justicia— resulta fundamental, y postula como tal el sometimiento del Estado moderno no sólo a la norma jurídica en sentido formal, sino a todo el ordenamiento jurídico. Tal concepción emana en forma indiscutida de nuestra normativa constitucional (arts. 19, 16, 17, 18 y 28 CN).

De tal modo, el ejercicio de la actividad estatal es producto, bajo este principio, de la utilización de las potestades atribuidas al Estado. Estas potestades-función —ejercitadas en interés ajeno al propio y egoísta del titular— son derivación de un *status* legal, por lo que resulta necesaria la existencia de una norma que, además de configurarlas, las atribuya en



Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
COMISIÓN DE SELECCIÓN DE JUECES, JUEZAS E INTEGRANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO

concreto (en este sentido, voto del Dr. AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO, en autos “Leiva, Amelia Sesto de c/ Poder Ejecutivo de la Provincia de Catamarca”, resueltos el 19 de septiembre de 1989, CSJN, *Fallos*, 312:1686).

De allí que se afirme que “en derecho público la competencia de los órganos no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente” (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, Parte General*, 8ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003, p. XII-6, en sentido coincidente se ha expedido el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, en autos Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires”, Expte. N° 575/00, resueltos el 12 de diciembre de 2000 —entre otros—).

En este orden, el artículo 2 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad —aplicable expresamente a la actuación del Consejo de la Magistratura por imperio de su artículo 1º—, dispone que “[l]a competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable (...)”.

Asimismo, conviene recordar que “no debe confundirse la *competencia* con la ‘aptitud de obrar’ de los órganos administrativos, o con el ‘complejo de atribuciones otorgadas al órgano’; en otros términos, la competencia no designa al conjunto de actividades que pueden imputarse a un órgano estatal, sino sólo el conjunto de actividades que el órgano puede legítimamente realizar. Se diferencia así al *ejercicio de la función* como género del *ejercicio de la competencia* como especie. Para que el acto sea *válido*, es necesario que además de ser realizado dentro de la función que corresponde al órgano, lo sea *dentro de la competencia del mismo*. La ley atribuye una función a un órgano y dispone que el ejercicio de la función sólo será legítimo cuando lo realice en su competencia: el que lo realice fuera de la competencia, pero dentro de la función, significa que el acto es irregular, *pero ello no quita que el acto sea estatal* y pueda acarrear la responsabilidad de la administración” (cfme., GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. XII-8).

2.3. Que, aceptado en forma indiscutida que la existencia de un estado de derecho implica aceptar un condicionamiento legal para los órganos estatales —producto de un régimen donde el derecho preexiste a la actuación del Estado y la actividad de éste se subordina al ordenamiento jurídico—, cabe analizar si el Consejo de la Magistratura, podría efectuar la designación solicitada ajustando su accionar a los citados principios de raigambre constitucional. Corresponderá en consecuencia a tal efecto, repasar las normas constitucionales, legales y reglamentarias atinentes.



Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
COMISIÓN DE SELECCIÓN DE JUECES, JUEZAS E INTEGRANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO

2.4. Que el constituyente porteño ha diseñado un complejo procedimiento de designación de jueces y juezas con rasgos originales y característicos en el marco de la República, que se aplica también a la selección y nombramiento de los magistrados del Ministerio Público por disposición del artículo 126 de la CCABA.

De la lectura de tales cláusulas constitucionales se advierte que el convencional de 1996 dedicó especiales esfuerzos a la tarea de acotar en gran forma el componente de discrecionalidad en la intervención de los poderes constituidos a lo largo del procedimiento de designación de magistrados judiciales, con la presumible intención de fortalecer su independencia e imparcialidad.

En este orden se destacan el diseño del órgano encargado de ello, el Consejo de la Magistratura, que excluye la participación del Poder Ejecutivo y coloca a los representantes del Poder Legislativo —que no pueden ser diputados en ejercicio en el curso de su mandato— en un pie de igualdad con la de los jueces y abogados (art. 115 CCABA), y la precisión en la mención de la composición de los jurados de los concursos, destacando su perfil técnico e independiente (art. 117 CCABA).

Asimismo refuerzan esta interpretación el hecho de que el Consejo proponga sólo un candidato por cargo a cubrir —no ternas— y que la Legislatura no pueda rechazar más de una propuesta por cada vacante, a lo que debe sumarse la exigencia constitucional de la necesidad de un pronunciamiento legislativo expreso dentro del plazo de sesenta días hábiles —excluido el período de receso—, so pena de aprobación ficta (art. 118 CCABA).

Lo expuesto no se ve desvirtuado por lo previsto en el primer apartado de la cláusula transitoria número doce de la CCABA, pues allí se prescribe que “[e]l Jefe de Gobierno, hasta que se constituya la Legislatura de la Ciudad, podrá: (...) b) Constituir los fueros Contencioso Administrativo y Tributario, Contravencional y de Faltas y los demás que fueren menester para asegurar el adecuado funcionamiento del Poder Judicial local, crear los tribunales que resulten necesarios y designar en comisión a los jueces respectivos. (...) c) Constituir el Ministerio Público y nombrar en comisión al Fiscal General, al Defensor General y a los demás integrantes que resulten necesarios.”

Si bien resulta una verdad de Perogrullo, corresponde tener presente que por propia definición las cláusulas transitorias constituyen normas cuya vigencia se encuentra condicionada al acaecimiento de algún suceso institucional o al transcurso de un período determinado de tiempo. De allí que, en principio, no puedan extraerse de ellas normas generales que rijan más allá del específico marco para el que fueron concebidas.

En este sentido, la cláusula transitoria décimo segunda en modo alguno puede ser fuente de una autorización a dicho órgano para efectuar designaciones “en comisión” de magistrados judiciales. En primer término, pues otorga esa facultad al Jefe de Gobierno y no al Consejo, y en segundo lugar pues tal posibilidad —en cabeza del Jefe de Gobierno— se



Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
COMISIÓN DE SELECCIÓN DE JUECES, JUEZAS E INTEGRANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO

extinguió con la constitución de la Legislatura de la Ciudad en diciembre de 1997. Allí agotó su razón de ser dicha cláusula por expresa disposición del convencional, sobreviviendo en el texto de la Constitución como una mera referencia histórica al momento fundacional del Poder Judicial local carente de toda fuerza normativa actual.

En este mismo sentido se ha afirmado que la designación de jueces *en comisión* fue “efectuada por necesidad del proceso de conformación institucional” en el cual fue “necesario admitir que determinadas cuestiones transiten por carriles que no habrán de ser los definitivos”. En la misma oportunidad se concluyó que “los jueces en comisión han sido jueces del Poder Judicial de la Ciudad y su participación en el proceso de conformación e integración del Consejo y del Jurado de Enjuiciamiento fue expresamente impuesta por el constituyente”, a la vez que “esa etapa inicial, transitada con las zozobras propias de un complejo de conformación institucional que, no obstante los problemas verificados, ha permitido llevar a cabo la selección de los nuevos jueces por medio de jurados imparciales propuestos por distintos ámbitos de la actividad jurídica de esta comunidad”, había quedado “superada” (considerando sexto del voto de la Dra. CONDE —al que adhieren con matices los Dres. CASÁS, VENTUREIRA y RUIZ, en autos “Gordillo, Agustín Alberto c/GCBA [Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires] y otro s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, resueltos por el Tribunal Superior de Justicia el 25 de noviembre de 2003).

2.5. Que la posición expuesta en el apartado precedente se ve robustecida y confirmada por las exposiciones vertidas por los convencionales constituyentes al momento de aprobar los textos que constituirían posteriormente los artículos 106 a 126 de la Constitución. Por tal motivo, conviene detenerse en su análisis, en cuanto resulta pertinente para resolver la cuestión. Sobre todo a la luz de las exhortaciones que los propios convencionales han hecho “a los futuros jueces de la Ciudad”, al afirmar que les enviaban -a través de sus debates- un “claro mensaje”, y que sus palabras tenían por objeto que “las lean y sepan que este grupo de representantes de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires ha querido estructurar una justicia distinta de la que tuvimos” (convencionales EUGENIO R. ZAFFARONI y JORGE J. CASTELLS, Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del año 1996, Actas II, Buenos Aires, TSJ – CPACF, 2004, p. 553 y 543).

En tal ocasión, el Presidente de la Comisión de Justicia y Seguridad de la Convención, JORGE R. ENRÍQUEZ del bloque de la Unión Cívica Radical, destacó en primer término que el proyecto a tratar fue producto del consenso alcanzado entre los cuatro bloques políticos que integraron la Convención. Expresó que “[e]n respuesta al reclamo generalizado de los vecinos de la Ciudad de Buenos Aires ofrecemos el diseño de un Poder Judicial que permita dotar a la ciudad de una administración de justicia independiente, integrada por jueces



Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
COMISIÓN DE SELECCIÓN DE JUECES, JUEZAS E INTEGRANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO

designados sobre la base del requisito de la idoneidad, que actúa con absoluta independencia y celeridad y que otorga real seguridad jurídica a la población” (op. cit., p. 530 y ss.).

Afirmó que “[e]s cierto que tampoco a lo largo de [la] historia ha existido una cultura de la Justicia en nuestro país, porque tampoco ha habido una práctica de la justicia independiente” y que “[s]ólo durante algunos breves períodos de nuestra historia, que la memoria popular aún guarda con nostalgia, tuvimos un Poder Judicial independiente”, pues “no se designaron amigos políticos o correligionarios en la Corte Suprema”. De allí concluyó que “[e]stos son los males que pretendemos que no padezca nuestro Poder Judicial”

Más adelante se refirió al artículo 114 de la Constitución Nacional que consagró el Consejo de la Magistratura a nivel nacional, al señalar que su “redacción bastante confusa provocó lo que estamos padeciendo actualmente; es decir, que existan juzgados vacantes y que se pretenda designar jueces por mecanismos no adecuados a los resortes constitucionales”. Inmediatamente a continuación aclaró que “[a]hora establecemos claramente en el proyecto ... cómo será la integración de ese Consejo de la Magistratura y cuáles serán sus misiones y funciones para que no haya ningún tipo de dudas”.

En relación a los mecanismos de selección y nombramiento destacó que “[l]os concursos abiertos y públicos serán el único medio que los candidatos tendrán para demostrar su idoneidad y que el cargo se lo deben sólo a sus méritos y no a tal o cual concejal, diputado, senador o político”, “que la designación de los magistrados esté sujeta a estrictos parámetros que garanticen la imparcialidad” y “que exista transparencia en la Justicia y absoluta independencia en los mecanismos de selección y en los criterios de designación de los jueces”.

Finalmente hizo referencia a la posibilidad del nombramiento “en comisión” de diversos magistrados, precisando expresamente que “[a]já no se está tratando de buscar una ventaja sino que nos encontramos ante un proceso constitutivo y de instalación del Poder Judicial” (pág. 537, op. cit.).

Específicamente sobre el Ministerio Público destacó que “otra nota que lo debe tipificar es su independencia funcional, [y] la estabilidad de sus integrantes”.

A su turno, el convencional JORGE M. A. ARGÜELLO –del bloque del Partido Justicialista– sostuvo que “[e]n cuanto a la independencia del Poder Judicial se la ha asegurado mediante un proceso de selección de jueces, y además de los integrantes del ministerio público, a través de un jurado de evaluación” y que “a ello se añade la celebración de una audiencia pública en la Comisión de Acuerdos del Poder Legislativo”, agregando que “dicha independencia se complementa con el jurado de enjuiciamiento, encargado de la remoción de jueces, integrado por tres abogados, tres jueces y tres legisladores” (op. cit. p. 548).



Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
COMISIÓN DE SELECCIÓN DE JUECES, JUEZAS E INTEGRANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Con mayor énfasis aún, el convencional, y actual ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, EUGENIO R. ZAFFARONI —del bloque del FRE.PA.SO— afirmó que *“vamos a echar las bases de una justicia despartidizada, vamos a echar las bases de una justicia que ninguno de nosotros en el futuro pueda manotear”* (op. cit. p. 551).

La representante NILDA GARRÉ —del mismo bloque— señaló que *“[h]ay otro elemento fundamental previsto en este dictamen con vistas a garantizar la independencia del Poder Judicial. Es la realización de los concursos públicos para la designación de jueces y miembros del ministerio público. La importancia de esto es, a mi juicio, esencial, porque sólo la idoneidad, la capacitación, los antecedentes verificados en un concurso transparente, inobjetable, neutral, con todas las garantías, van a asegurar la imparcialidad y la objetividad de los magistrados que van a surgir de esos concursos. Esta imparcialidad, esta objetividad, esta independencia sólo se garantizan así. Con estos mecanismos no hubiéramos tenido Trovatos, Wowes o Rogosky Tapias, por nombrar los casos más recientes, aunque probablemente no sean los más grotescos”* (op. cit., p. 559/60).

Al referirse al modo en que se conformaría la primera magistratura de la Ciudad el convencional ENRIQUE RODRÍGUEZ —del Bloque Nueva Dirigencia— expuso: *“hay dos normas transitorias en nuestro despacho. No encontré ninguna mejor, pero la integración del Poder Judicial por primera vez no va a ser conforme a las normas de la totalidad respecto del Consejo de la Magistratura. Creo que en esto hay que ser claro y terminante —agregó—. Considero que esto es así por necesidad, porque se constituyó primero la elección del Poder Ejecutivo sin poder constituir el Legislativo ... esto es así porque no hay otra manera de hacerlo ... No se permitió que primero funcionara esta Convención y que luego se eligieran los poderes clásicos del Estado, lo que nos hubiese permitido integrar también el sistema judicial con las nuevas normas de nuestra futura Constitución”* (op. cit. p. 565/66).

Vemos así, que los convencionales de todas las bancadas hicieron hincapié en la necesidad de la independencia del Poder Judicial, cuestión que vincularon *directa y expresamente* con el modo de designación de sus magistrados. Al mismo tiempo destacaron *también expresamente y sin margen para las dudas*, que el nombramiento de jueces *“en comisión”* y por fuera del procedimiento de selección ordinario que ellos mismos diseñaron, constituye una circunstancia absolutamente excepcional vinculada con el momento fundacional de las instituciones autónomas de la Ciudad y con la particular circunstancia que se vivió respecto a la secuencia de instalación de los nuevos poderes constituidos locales.

2.6. Que a continuación corresponde examinar la normativa de rango legal.

a) Cláusula transitoria séptima de la ley 7

Sin perjuicio de las consideraciones generales ya desarrolladas en relación a las cláusulas transitorias, corresponde señalar en primer término que la cláusula en cuestión



Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
COMISIÓN DE SELECCIÓN DE JUECES, JUEZAS E INTEGRANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO

otorga la facultad de efectuar designaciones en comisión al Poder Ejecutivo, con acuerdo del Legislativo, y sólo hasta que se constituya el Consejo de la Magistratura.

Esto es, la interpretación literal de la norma es clara. Quien podía realizar ese tipo de designaciones era sólo el Jefe de Gobierno, siempre con la venia de la Legislatura, y sólo hasta la constitución del Consejo de la Magistratura. Finiquitada esa posibilidad en cabeza del Ejecutivo no renace en otro órgano. A la luz del contexto constitucional ya explicitado, no podría pretender extraerse fundamentos para una facultad *permanente* de semejante calibre institucional, de una norma *transitoria* claramente enderezada a reglar una puntual y excepcional situación fundacional de la autonomía de la Ciudad. En este sentido, adviértase que el párrafo siguiente de la misma cláusula transitoria contiene una referencia temporal expresa, al afirmar que “[I]a totalidad de estas designaciones en comisión caducan cuando los candidatos designados por la Legislatura, siguiendo el procedimiento constitucional, presten juramento o compromiso, conforme lo establecido en el artículo 12 de la Ley N° 7 y el artículo 9° de la Ley N° 21, los cuales se efectivizarán antes del 1° de diciembre de 2003”.

Asimismo, la cláusula transitoria siguiente detalla los cargos que el Poder Ejecutivo debe designar en comisión, y se ocupa de resaltar que “[I]os jueces, fiscales y defensores nombrados en comisión tienen exclusiva competencia en materia contravencional”.

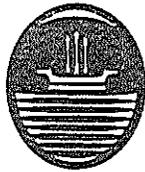
La interpretación coherente con el resto del plexo normativo indica que el legislador extendió la posibilidad del Poder Ejecutivo de realizar designaciones de magistrados “en comisión” hasta el momento de la constitución del Consejo de la Magistratura, pues de allí en adelante tales nombramientos deberían realizarse con la intervención de dicho órgano y conforme a lo previsto en los artículos 116 a 120 de la CCABA.

b) Ley 31

No surgen de su articulado facultades para efectuar la designación solicitada y tampoco pueden extraerse de las funciones detalladas en su artículo 1°.

Ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en reiteradas ocasiones, que sin duda quien tiene poderes para realizar un cometido, debe contar con las facultades implícitas necesarias para llevar a buen término la misión referida. Mas predicar la presencia de poderes de dicha naturaleza es únicamente reconocer ciertas atribuciones que son imprescindibles para el ejercicio de las expresamente concedidas, que puedan considerarse adecuadas y compatibles con el diseño original de la Constitución, pero que no son sustantivas ni independientes de los poderes expresamente concedidos, sino auxiliares y subordinadas (CSJN, Fallos, 300:1282, 301:205).

Bajo ese prisma, una vez más habrá de señalarse que no resultaría posible inferir que de una fórmula tan laxa como la de “*garantizar la eficaz prestación del servicio de administración de justicia*” pueda derivarse la posibilidad de apartarse del régimen constitucional de designación de magistrados. Y, por otra parte, tales funciones deben ser



Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
COMISIÓN DE SELECCIÓN DE JUECES, JUEZAS E INTEGRANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO

ejercidas por este Consejo *dentro de los límites celosamente fijados por el constituyente*, sin que la “celeridad” o la búsqueda de una presunta “eficacia” puedan oponerse al respeto escrupuloso de la Constitución.

c) Ley 1903, Orgánica del Ministerio Público.

Mediante la reforma operada a la ley 1903 por la ley 2386 se suprimió la facultad de las cabezas del Ministerio Público de “*disponer la cobertura, en forma interina, de los cargos de Fiscales, Defensores/as y Asesores/as Tutelares que se encontraren vacantes por creación o por renuncia, fallecimiento, jubilación o remoción de sus titulares*” (artículo 21, inciso 5, del texto original de la ley 1903).

Por su parte, se incorporó como inciso 5 del artículo 18 la facultad de “*disponer la cobertura, en forma interina, de Fiscales, Defensores/as y Asesores/as Tutelares que solicitaren licencia por el término de hasta noventa (90) días*”, aclarándose que “*se deberá cubrir los cargos por funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.*”

2.7. Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al declarar la inconstitucionalidad de un decreto del Gobernador de la Provincia de San Juan que había designado jueces subrogantes de la Corte provincial sin respetar el procedimiento legalmente expreso para ello, afirmó “que el sistema constitucional de designación y remoción de los jueces y las leyes que reglamentan la integración de los tribunales ha sido inspirado en móviles superiores de elevada política institucional, con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley. Tal sistema se ha estructurado sobre un pilar fundamental: la independencia propia del Poder Judicial, requisito necesario para el ejercicio del control que deben ejercer los jueces sobre los restantes poderes del Estado, y esa independencia se refleja en la eliminación de los tribunales especiales *ad hoc*, de modo que los magistrados se vean libres de toda presión o influencia provocada por los intereses que operarían en su designación” (CSJN, *Fallos*, 310: 809, *in re* “Recurso de hecho deducido por los actores en la causa Sueldo de Posleman, Mónica R. y otra s/acción de amparo – medida de no innovar – inconstitucionalidad”, del 22 de abril de 1987).

Si bien aquí se solicita la designación de un magistrado del Ministerio Público y no de un juez, el hecho de que la Constitución de la Ciudad ubique al Ministerio Público dentro del Poder Judicial (art. 107) y les asigne el mismo modo de designación e idénticas inmunidades (arts. 116, inciso 1, y 126), permite considerar aplicables al caso los preceptos del máximo tribunal de la nación.

Del escrutinio de las normas aplicables surge claramente que ni la Constitución de la Ciudad ni las leyes dictadas en consecuencia otorgan facultades en forma expresa al Consejo de la Magistratura para efectuar una designación en los términos solicitados.



Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
COMISIÓN DE SELECCIÓN DE JUECES, JUEZAS E INTEGRANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Por otra parte, en virtud del contundente valladar constitucional cuidadosa y detalladamente construido alrededor de la independencia, idoneidad y transparencia del Poder Judicial, no es posible, considerar *razonablemente implícita* dicha atribución de efectuar designaciones “*interinas o en comisión*” de magistrados (en este caso un integrante del Ministerio Público, pero casi los mismos argumentos podrían haberse invocado para nombrar a un juez) de un modo que no asegura la independencia —al tratarse de cargos “provisorios”, “interinos” o “en comisión”—, no tiende a la idoneidad técnica —pues no tramitó concurso previo de oposición y antecedentes—, ni resguarda la transparencia, pues se desconoce en base a qué procedimiento o reglas generales se efectuó, no se realizaron audiencias públicas, no se explicitó a qué motivos o razones obedece la propuesta de determinado individuo y no de otro, no se publicaron las alternativas de dicho trámite en el Boletín Oficial, etc.

2.9. Que no obsta a lo expuesto el hecho de que la designación que se requiera sea de carácter “*transitorio*”.

Ello por cuanto, la inamovilidad de los magistrados —como el resto de las garantías e inmunidades que la Constitución nacional y de la Ciudad les acuerdan— constituye una garantía *de la función*. No se trata de un privilegio, sino de las condiciones necesarias del buen funcionamiento judicial a fin de resguardar los derechos de los justiciables, mediante el dictado de sentencias justas en los conflictos de intereses que se les presenten. El alcance y extensión de ambas garantías debe medirse en relación a la independencia e idoneidad que buscan asegurar, a fin del librar a los magistrados judiciales de las influencias indirectas sobre las decisiones que ellos toman (en este sentido, GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina —Comentada y Concordada—*, 3ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 905).

Resulta conveniente recordar lo expresado por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad al declarar la inconstitucionalidad del cuarto párrafo del artículo 9 de la ley 7 —conforme ley 935— que pretendió reglamentar el cómputo del plazo previsto en el artículo 118 de la CCABA. Allí se afirmó que “*la regulación del procedimiento de designación de magistrados en el ámbito de la Ciudad constituye una verdadera ‘garantía institucional’ del sistema democrático previsto por la CCABA. Su principal objetivo es el de asegurar la transparencia, celeridad e idoneidad en la conformación del Poder Judicial, de modo tal de fortalecer su independencia y el desempeño eficiente en la prestación del servicio de justicia*” (del voto del Dr. CARLOS BALBÍN, al integrar el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en ocasión de resolverse los autos “*Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad*”, el 20 de octubre de 2004).

Asimismo, se ha afirmado de modo contundente que “*la condición de juez se obtiene, sin ambages, si se han satisfecho los requerimientos constitucionales establecidos al efecto; por lo que resulta imposible sostener que ‘sólo’ es necesario seguir el procedimiento*



Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
COMISIÓN DE SELECCIÓN DE JUECES, JUEZAS E INTEGRANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO

establecido en la Constitución Nacional en caso de designaciones definitivas, en tanto las transitorias quedarían salvadas mediante el régimen de subrogaciones. El Judicial es uno de los tres poderes constitutivos del Estado y es inaceptable sostener —a extramuros de la Ley Fundamental— que aceptase la titularidad de la magistratura en algunos casos, mediante el procedimiento constitucional y en otros, fuera de sus márgenes” (considerando 21 del voto del Dr. CARLOS FAYT, en autos “Rosza, Carlos Alberto y otro s/recurso de casación” del 23 de mayo de 2007).

2.10. Que en función de lo expuesto resulta menester extremar los recaudos para acelerar los procedimientos constitucionales de selección y designación de magistrados para evitar situaciones como la que aquí se presenta y a efectos de evitar la situación descrita por los Dres. ARGIBAY y ZAFFARONI al fallar en los autos “Rosza”. En tal ocasión se afirmó que “[el] sistema de reemplazos se ha visto claramente desvirtuado, convirtiéndose en regla la excepción, lo que conlleva una clara afectación del desarrollo regular de la administración de justicia” (considerando 17, voto de la mayoría), y que “reconocido el régimen de subrogancias como un sistema accesorio que viene a complementar, más no a reemplazar, al procedimiento constitucional de designación de jueces, no puede ignorarse —en base a las estadísticas que practica regularmente el Consejo de la Magistratura— que dicho mecanismo funciona actualmente en franco exceso de su carácter auxiliar.”

Por todo lo expuesto, habida cuenta que el Consejo de la Magistratura carece de facultades para realizar la designación solicitada corresponde no hacer lugar a la petición del Sr. Defensor General.

2.11. Que la ley 1903 y su reforma le brinda un marco jurídico en el cual podía haber regulado algún sistema objetivo de vacancia o sustitución. Cabe aclarar que ese fue el camino que eligió otro de los titulares del Ministerio Público para la designación de un magistrado —y si que esta mención signifique pronunciarme sobre el mentado procedimiento-, el que sirve para ilustrar que estaba en las propias manos del Sr. Defensor General el generar una solución de mayor compatibilidad con el régimen constitucional y las consideraciones que surgen del citado caso Rozas de la CSJN.

2.12. Que, por último, resulta oportuno poner de resalto que en la causa “Skiba” —sentencia del 12 de marzo de 2008- el Tribunal Superior, en la conformación del voto mayoritario en modo alguno se pronunció sobre la legalidad de la designación interina allí cuestionada, limitándose a examinar los procedimientos articulados en el marco de dicho expediente. Únicamente la jueza Alicia Ruiz ingresó en el fondo de la cuestión en debate, expresando con claro énfasis y admirable fundamentación la ilegalidad de la designación de



Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
COMISIÓN DE SELECCIÓN DE JUECES, JUEZAS E INTEGRANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Defensor Oficial que fuera desconocida por magistrados de la primera instancia, con base en argumentos insoslayables como el siguiente, a los que no puedo dejar de adherir: "La práctica, la tradición, la situación consumada, las prácticas burocráticas reprobables, la poca diligencia en la tramitación de los concursos para la designación de magistrados y funcionarios no pueden abrogar normas constitucionales. La CCBA establece e impone para la designación de los miembros del Ministerio Público un procedimiento específico (conf. arts. 116.1, 116.2, 120 y 80.24 de la CCBA)."

3. Conclusiones

3.1. Por estos fundamentos es que voto por la negativa.

Con el presente dictamen, la Comisión de Selección de Jueces, Juezas e integrantes del Ministerio Público eleva las presentes actuaciones para la consideración del Plenario del Consejo de la Magistratura.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *H* de diciembre de 2008.

DICTAMEN N° *34*/2008


N. Mabel Daniele