

**¿El nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sigue siendo un acto institucional? A propósito del dictado del decreto PEN 222/03 y sus derivaciones respecto al control del procedimiento de designación de magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - [EDA, (02/10/2006, nro 11.605)]**

***A propósito del dictado del Dto. PEN 222/03 y sus derivaciones respecto al control del procedimiento de designación de magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.***

*Por Alonso, Diego Andrés*

Sumario: I.- Introducción. II.- La elección de magistrados de la CSJN como acto institucional. III.- El Decreto 222/03. Incorporación de elementos reglados. Aplicación de la ley 19.549. Control de su cumplimiento. IV.- La experiencia reciente. Las vacantes en la CSJN. V.- Conclusión. Nuestra opinión.

I

## Introducción

Con motivo del dictado del decreto 222/03 [EDLA, 2003-A-438](1), mediante el cual el Presidente de la Nación ha reglamentado la facultad que le asiste de nombrar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación prevista en el art. 99, inc. 4º de la Constitución Nacional(2), nos ha surgido el interrogante acerca de las implicancias de esta norma en torno al ejercicio de dicha facultad y la posibilidad cierta de controlar el procedimiento de nombramiento establecido en el citado decreto(3).

El interés en el análisis -aunque sea limitado- de esta cuestión, radica en que, como se verá, la designación de los integrantes del Máximo Tribunal de Justicia del país fue reputado tradicionalmente como un acto institucional de los Poderes Ejecutivo y Legislativo y, por ende, exento de control judicial; pero, ahora, debido a los procedimientos incorporados por la norma mencionada, surgen nuevos elementos reglados susceptibles de control en cuanto a su cumplimiento de cara a la normativa que los establece y a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos(4).

Y lo que es más interesante aún, no se establece ninguna limitación acerca de la legitimación de quienes pueden intervenir en la formulación escrita, fundada y documentada de objeciones o apoyos o simplemente comentarios respecto del candidato propuesto por el Poder Ejecutivo Nacional(5) y, consecuentemente, en el procedimiento de selección, cuyas presentaciones pueden plantearse tanto en el trámite previsto en el decreto 222/03 como en aquel estipulado en el Reglamento del Senado de la Nación para prestar acuerdo al nombramiento del Presidente de la Nación.

Entonces, desde esta perspectiva, luego de efectuar un breve comentario acerca de la histórica concepción doctrinaria y jurisprudencial de esta facultad perteneciente a dos de los poderes del Gobierno Federal, trataremos de desentrañar si la introducción de nuevos elementos de procedimiento, así como de parámetros de selección, ha modificado la naturaleza de dicha facultad y, aun cuando así no fuera, colegir las derivaciones de tales nuevas circunstancias a la luz del control administrativo y judicial del ejercicio de dicha facultad, deteniéndonos en la posible aplicación de la ley 19.549 [ED, 42-917] y su decreto reglamentario a este fin y en cómo ha sido la reciente aplicación de esta nueva norma.

## II

### La elección de magistrados de la Corte Suprema como acto institucional

En una tradicional distinción entre el acto político y el acto institucional, el profesor Marienhoff definía este último como aquel que no sólo se refiere al funcionamiento normal del Estado, como ocurre con el acto político o de gobierno, sino que tiene una mayor trascendencia, pues se vincula a la propia organización y subsistencia de dicho Estado(6).

Ahora bien, dentro de esta categoría de actos denominados "institucionales", se ha incluido el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación(7); que de conformidad con lo establecido en el art. 99, inc. 4º, de nuestra Constitución, es una atribución del Presidente de la Nación que requiere el acuerdo del Senado, el cual necesita contar para ello con una mayoría de dos tercios de sus miembros presentes obtenida en sesión pública convocada a tal efecto.

Pero lo relevante a destacar, en tanto es materia de este trabajo, es que la principal consecuencia que parte de la doctrina ha asignado al acto institucional, es la imposibilidad de que sea impugnado ante la autoridad jurisdiccional, en atención a que no afecta derechos subjetivos de los administrados(8).

Ciertamente, la referida atribución del Presidente no tenía limitación alguna para su ejercicio, como no ser alguna grosera violación de los requisitos establecidos en la Constitución para ser integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación(9), pues del texto del art. 99, inc. 4º, no surge ningún elemento que permita su control de cumplimiento(10).

No obstante ello, se plantea el interrogante acerca de si, eventualmente, podría llegar a impugnarse la selección de un magistrado que no cumpliera en forma manifiesta con el requisito de idoneidad previsto en el art. 16 de la Norma Fundamental.

Al respecto, el Alto Tribunal tiene dicho que ...lo atinente a las calidades de los magistrados para el desempeño de su ministerio es, como principio, cuestión que incumbe a los poderes públicos y no es debatible en juicio...(11).

Puntualmente en lo que atañe a la invocación del citado artículo 16 de la Carta Magna, pocos años atrás fue rechazado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, un planteo en tal sentido mediante el cual se pretendía la declaración de invalidez de la designación de un ministro que actualmente integra la Corte Suprema de Justicia de la Nación(12).

Se dijo allí que [el actor] no demuestra la violación de una regla constitucional concretamente establecida; ni la vulneración de una clara pauta susceptible de ser determinada o interpretada judicialmente sin afectar competencia propia de otros poderes de igual rango, ya que su cuestionamiento en cuanto a los alcances de la "idoneidad" exigible -conforme el art. 16 citado- llevaría a que los jueces debieran determinar una política en la materia, más allá de la regulación existente al momento de la decisión que impugna(13).

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, se advierte desde ya que este criterio jurisprudencial podría derivar en otra conclusión con la aplicación de los parámetros y procedimientos contenidos en el decreto 222/03.

Sentado lo expuesto, nos adentraremos directamente en el análisis de la nueva norma que, a nuestro entender, ha modificado sustancialmente el panorama sobre el control del ejercicio de esta atribución del Poder Ejecutivo.

### III

El decreto 222/03. Incorporación de elementos

reglados. Aplicación de la ley 19.549.

### Control de su cumplimiento

Haciendo uso de la facultad que le asiste como Jefe Supremo de la Nación, Jefe de Gobierno y responsable político de la administración general del país (art. 99, inc. 1º; Carta Magna), el Presidente de la Nación reglamentó la atribución que le es conferida en el art. 99, inc. 4º de la Constitución Nacional, en la parte de este acto de integración(14) que le es propia.

De esta manera, se estableció un procedimiento reglado para el ejercicio de la mentada atribución, incorporándose, además, diversos parámetros de selección que deben ser respetados mientras la norma se encuentre vigente.

Se advierte, entonces, que se presenta una situación similar a la que se da en relación a otro acto institucional, la declaración del estado de sitio, en donde existe una norma -ley 23.098 [EDLA, 1984-98]- que faculta a controlar ciertos aspectos(15) de tal declaración en el marco del procedimiento de hábeas corpus.

Juzgamos acorde con las limitaciones de este trabajo, evitar extendernos demasiado en la transcripción de las partes pertinentes de la norma citada, por lo que, seguidamente mencionaremos aquellos elementos de interés a los fines de formular la reflexión que contiene el presente.

En primer término, queda claro que nada impedía al Presidente establecer las condiciones en que puede ejercer una atribución que, en su formulación constitucional, no contaba con restricción alguna por la naturaleza e importancia que reviste.

Se trata, pues, de una autolimitación administrativa(16)(17).

Ello así, comenzaremos por poner de relieve la finalidad de la reglamentación de la atribución presidencial que, según se expresa en sus considerandos, es alcanzar una "... mejor selección del candidato propuesto de modo que su designación contribuya a un aporte efectivo al mejoramiento del servicio de justicia, cuya garantía debe el Estado proveer a los ciudadanos, al fortalecimiento del sistema republicano y al incremento de la calidad institucional"(18).

Aclarado dicho objetivo genérico, se expresa en el art. 2º del decreto 222/03 que la finalidad del procedimiento que se reglamenta, a la luz de aquél, es "la preselección de candidatos para la cobertura de vacantes en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un marco de prudencial respeto al buen nombre y honor de los propuestos, 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".

Entendemos, entonces, que para el cumplimiento del fin consistente en la mejor selección del candidato deben respetarse los diversos parámetros a tener en cuenta en la selección que se mencionan en el referido art. 2º, así como los otros que se prevén en las normas siguientes, como por ejemplo, la diversidad de género, especialidad y procedencia regional(19), la presentación de las declaraciones juradas requeridas(20) y el informe solicitado a la Administración Federal de Ingresos Públicos, relativo al cumplimiento de las obligaciones impositivas de la persona propuesta(21).

Esto nos lleva a considerar una cuestión fundamental respecto de las consecuencias que se derivan del decreto 222/03. A nuestro entender, al emitir el Presidente un reglamento de los denominados autónomos, estableciendo un procedimiento con trámites, plazos y competencias determinados, así como también parámetros a considerar para la selección del candidato a cubrir una vacante en la Corte Suprema, se introduce necesariamente la aplicación de la ley 19.549 de Procedimientos Administrativos (LNPA) en orden al control de los elementos reglados incorporados por el decreto.

Ello es así, toda vez que se han incorporado deberes sustantivos y procedimentales(22) que deben respetarse en la actuación del Presidente y los demás funcionarios que intervienen en este trámite, de cara al cumplimiento de las exigencias contenidas en el decreto 222/03 pero bajo las pautas contenidas en la LNPA, cuyo ámbito de aplicación comprende a la Administración Centralizada que encabeza aquél.

Si bien con anterioridad al decreto en comentario se ha entendido que la LNPA no se aplica a actos institucionales(23), nos atrevemos a considerar -con el mayor de los respetos y conocedores de nuestras limitaciones- que la referida incorporación de elementos reglados podría abrir la posibilidad de tal aplicación, en tanto existe una norma emanada de la máxima autoridad de la Administración Centralizada que establece cómo debe realizarse esa selección, permitiendo así el control del procedimiento instaurado a tal fin.

Entendemos que tal aplicación se evidencia, si se advierte que, por ejemplo, se autoriza

expresamente a los ciudadanos a ejercer el derecho de observar fundadamente al candidato propuesto, lo cual da lugar a que si no se permite o si se limita tal facultad, se reclame por su cumplimiento a través de las vías administrativas que autoriza la LNPA, y, en su caso, de presentarse las excepcionales circunstancias previstas en el art. 43 de la CN y en la ley 16.986 [ED, 16-967], directamente ante el Poder Judicial mediante una acción de amparo o, asimismo, a través de una medida autosatisfactiva que persiga la remoción del obstáculo que impide la participación conferida a la ciudadanía.

Incluso -en el plano de las hipótesis- podría peticionarse el dictado de una medida cautelar autónoma por la cual se suspenda la ejecución del procedimiento de selección del magistrado, hasta tanto se resuelva un recurso administrativo interpuesto, por ejemplo, por la no aceptación con arbitrariedad evidente de una presentación en los términos del art. 6º del decreto 222/03(24).

Sentado lo expuesto, nos parece que el incumplimiento de los elementos que hemos mencionado y de los demás previstos en el decreto, puede dar lugar a su impugnación por vicios en los elementos del acto administrativo(25), como por ejemplo, en los procedimientos esenciales si no se respetaran los plazos(26) y trámites previstos -incluidos las presentación de las declaraciones juradas y el informe de la AFIP-, sin perjuicio de su eventual subsanación pues no sería un vicio grave(27); en la motivación, si no se fundara suficiente y razonablemente la desestimación de las eventuales observaciones efectuadas por los ciudadanos; en la causa, si se propusiera un candidato que no reuniera los requisitos previstos en el art. 2º del decreto en cuestión, como ser, si se tratara de un candidato procesado o condenado por delitos relacionados con los derechos humanos o con la democracia(28) -este supuesto también podría dar lugar a la existencia de un vicio en el objeto(29) o en la finalidad(30)-, o que se elevara la propuesta con un candidato apartándose de las constancias obrantes en el expediente formado para la consideración de las observaciones, o si se soslayara el incumplimiento de las obligaciones impositivas según se desprendería del informe previsto en el art. 8º;

Evidentemente, no todas las pautas estipuladas tienen la misma relevancia(31), por lo cual, su incumplimiento podrá derivar o no, en la nulidad absoluta de la propuesta elevada por el Presidente de la Nación o, en su caso, en su anulabilidad(32).

Ello así, se impone una aclaración necesaria: ¿existe una legitimación irrestricta para acudir a la justicia a hacer valer estas hipótesis de incumplimientos?

Al respecto, no creemos que sea posible con la legislación vigente y en el estado actual de la jurisprudencia una impugnación administrativa y/o judicial irrestricta(33), pues la legitimación irrestricta se confiere en la norma únicamente para participar en el procedimiento de selección instaurado por el decreto 222/03 de la manera prevista en el citado art. 6º del mismo.

En ese sentido, cabe efectuar una distinción.

Los ciudadanos en general, las asociaciones y demás entidades que convoca el decreto y las que se presenten espontáneamente, podrán impugnar el procedimiento administrativa o judicialmente a través de las vías mencionadas- si se restringe o condiciona arbitraria e ilegítimamente su participación, de acuerdo a los términos de la norma en comentario.

Para una intervención más amplia, en defensa de la legalidad, consideramos que sólo podría intervenir el Ministerio Público a quien tal función le es conferida en forma expresa en la Constitución(34). Más adelante volveremos sobre la actuación de este órgano y, asimismo, del Defensor del Pueblo.

Ello es así, por cuanto se entiende que la legitimación amplia para interponer una acción de amparo que contiene el art. 43 de la Constitución Nacional, debe interpretarse a la luz del art. 116 de dicha norma, no permitiéndose soslayar la presencia de un interés concreto, inmediato y actual por parte de quien accione(35) y descartándose así, la posibilidad de interponer una acción genérica en procura de la tutela de dicha legalidad.

Sin perjuicio de ello, en relación a este punto y a modo de opinión personal(36), nos parece que en cuestiones de gran relevancia institucional para la República y en determinadas condiciones(37) como entendemos se da en este caso-, resulta razonable promover una legitimación amplia que permita acudir a la justicia a petitionar el cumplimiento de las normas vigentes soslayadas con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, por acción u omisión(38), en tanto de ello se derivaría un mejor y más transparente ejercicio de la actuación pública(39). Más aún si no actuara quien tiene expresamente conferida la legitimación para accionar en tal sentido(40).

En esa inteligencia, quizás podría llegar a avanzarse un poco más respecto de los supuestos de legitimación que antes señaláramos: ¿acaso no tendría legitimación para acceder a la justicia quien denuncia fundadamente que un candidato no reúne los valores que se exigen en el art. 2º del decreto como dijimos, por ejemplo, por estar procesado por un delito contra el poder público y el orden constitucional-, y su denuncia no es tenida en cuenta?

Es decir, si el decreto fomenta la participación de la ciudadanía en general para preselección de un candidato que reúna las condiciones que se fijan en la norma y luego

se soslaya esa participación con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta siempre y cuando ésta sea válida y relevante-, parecería coherente entender que quien se encuentra en tales circunstancias resulta suficientemente afectado para accionar para que se cumpla con la norma vigente(41).

No se nos escapa, que siendo la atribución del Presidente en comentario directamente conferida por la Constitución Nacional, podría éste llegado el caso- dejar sin efecto el decreto 222/03 y retomar el ejercicio absolutamente discrecional de aquella, tornando así inútil la aplicación de los deberes allí impuestos y, asimismo, de una norma de inferior jerarquía como es la LNPA; pero ello provocaría un notorio desmedro en la seguridad jurídica que debe imperar en un Estado de Derecho, al no cumplirse con la normativa vigente(42) a la que voluntariamente decidió someterse el Poder Ejecutivo, a la vez que se daría por tierra con la citada intención de procurar el fortalecimiento del sistema republicano y al incremento de la calidad institucional expresada en los considerandos del decreto.

En relación a esta cuestión, consideramos de interés trazar un paralelismo con una autolimitación que se impuso el Poder Legislativo y su posterior devenir en la práctica parlamentaria y, asimismo, en la justicia.

Así, continuando con el criterio formulado en disposiciones anteriores(43), a través de la Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control 24.156(44) el Poder Legislativo restringió el contenido de las leyes de presupuesto, acotando sus disposiciones a cuanto se relacione con esa materia y vedando la inclusión de otro tipo de normas(45).

No obstante ello, es usual que en este tipo de leyes se incluyan esas otras disposiciones vedadas, sea mediante la inclusión directa de la norma a modificar o incorporar o, a través de la ratificación de decretos de necesidad y urgencia.

Pues bien, en lo que a nosotros interesa respecto del alcance que puede tener una autorestricción, el Alto Tribunal ha tenido ocasión de analizar el punto en lo que atañe a la aludida ley 24.156, afirmando que "...Las autolimitaciones que el Congreso ha emitido pueden ser modificadas o dejadas sin efecto, incluso en forma implícita. La ley de presupuesto es un acto de gran trascendencia política y la voluntad del Poder Legislativo no está limitada por actos preexistentes"(46).

Se advierte así, cuál podría ser el panorama judicial ante un planteo concreto como el que se enuncia.



Ello así, como conclusión de lo afirmado en este apartado, cabe destacar que no obstante que entendamos aplicable Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, parece claro que aun cuando no se aplicare dicha norma, subsistiría la posibilidad de controlar el cumplimiento de los deberes sustantivos y procedimentales contenidos en el decreto 222/03 -con las salvedades apuntadas-, pues tales deberes constituyen el marco legal vigente conforme al cual el Presidente de la Nación debe ejercer la atribución de designar a los magistrados de la Corte Suprema que se le ha conferido constitucionalmente(47).

#### IV

La experiencia reciente. Las vacantes

en la Corte Suprema

Habiendo transcurrido casi tres años desde el dictado del decreto 222/03, lapso en el cual se designó a cuatro Ministros(48) que integran actualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación luego de seguirse el procedimiento instaurado en dicha norma, se impone -aunque más no sea brevemente- referirse a la aplicación práctica de la misma en esos casos, a fin de permitir la confrontación de esa experiencia con algunas de las cuestiones anteriormente esbozadas.

Al respecto, recurrimos al muy completo informe que sobre cada designación ha efectuado la Asociación por los Derechos Civiles (ADC). En dichos informes, que se encuentran disponibles en la página de Internet de esa asociación(49), se refleja el avance de los procedimientos de designación, poniéndose de resalto el cumplimiento o no de los recaudos sustanciales y de forma establecidos en el decreto 222/03.

De tales antecedentes extraemos que se ha cumplido mayormente con los plazos fijados en la norma(50) y, asimismo, con la pautas establecidas en la misma(51). Reiteramos que aquellos parámetros fijados en el art. 3º del decreto, se ven relativizados al preverse en la norma que se tendrán presentes "en la medida de lo posible", con lo cual, no tendría mayor entidad la observación de que no se cumpliría adecuadamente con la procedencia regional en la elección de los candidatos propuestos(52).

Cabe destacar que se ha respetado la posibilidad de efectuar observaciones por parte de la ciudadanía y de las asociaciones y organizaciones especialmente convocadas a

emitir opinión sobre el candidato propuesto -las cuales se han manifestado en un importante número-, así como de aquellas que se presentaron espontáneamente.

El punto más relevante a ponderar es, seguramente, si se cumple con la obligación de motivar la decisión de elevar la propuesta al Senado de la Nación, haciendo mérito de las razones que abonaron la misma(53), pues esto marca una diferencia sustancial con el ejercicio de la atribución con anterioridad a la norma en comentario y permite advertir si tiene utilidad o no la participación ciudadana prevista o si ésta es soslayada.

Al respecto, los mensajes de elevación de la propuesta del Poder Ejecutivo al Senado contienen referencias específicas a determinadas objeciones formuladas pero soslayan o no tratan con suficiente profundidad otras observaciones realizadas.

Sería necesario mejorar en este aspecto, a efectos de mostrar al público en general la correcta aplicación de la autolimitación establecida y con ello, su utilidad frente a la finalidad que motivó la emisión de la misma.

En este sentido, debería seguirse el temperamento adoptado por la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN) al elaborar ésta los Informes de Evaluación de la Audiencia Pública(54), en tanto allí se efectúa un pormenorizado análisis de todos los antecedentes y presentaciones del caso, respondiéndose ampliamente a las observaciones formales y de fondo que se realizan en la Audiencia Pública(55).

Además, a la luz de las idas y venidas ocurridas en relación al informe requerido a la Administración de Ingresos Públicos(56), debiera exigirse una mayor claridad en el mismo, de modo que no quede duda alguna de que el candidato se encuentra libre de toda obligación fiscal pendiente. La importancia de la función a ejercer impone ser absolutamente transparente en todos los aspectos analizados, pero, según nuestro parecer, más aún en esta cuestión a efectos de dar ejemplo de conducta a la ciudadanía(57).

Sin perjuicio de lo manifestado, se destaca que la autolimitación impuesta por el Poder Ejecutivo muestra actualmente un flagrante incumplimiento de la obligación de publicar el nombre y antecedentes de la persona propuesta para cubrir la vacante suscitada luego del alejamiento del Dr. Augusto César Belluscio(58), para lo cual se contaba con el plazo máximo de treinta días (59).

Al menos en ese supuesto, no existen dudas acerca del incumplimiento del plazo comentado; en tanto que otras consideraciones podrían realizarse sobre la cobertura de la vacante que dejó la remoción ahora firme(60) del Dr. Antonio Boggiano. En este caso, el Poder Ejecutivo pudo haber considerado más prudente, aguardar a que se resuelva el recurso de queja interpuesto por el nombrado contra dicha remoción, antes de definir la propuesta de un candidato, evitando así que si el recurso finalmente prosperase se desate un escándalo jurídico y político. Producida finalmente esa circunstancia, no existe ningún justificativo para no cumplir con el procedimiento previsto por el propio Poder Ejecutivo en el decreto en comentario.

Ello así, creemos que mientras se mantenga en nueve el número de integrantes del Superior Tribunal conforme lo establecido en el art. 21 del decreto-ley 1285/58(61) y más aún a la vista de las nuevas obligaciones auto impuestas a través del decreto 222/03(62), no puede dejar de cumplirse con tan relevante atribución, de la cual depende el correcto funcionamiento de uno de los poderes del Estado.

Cabría plantearse, entonces, si es posible subsanar la omisión en que está incurriendo el Poder Ejecutivo.

A la luz de las normas aquí mencionadas, teniendo especialmente en cuenta el dilema que presenta la legitimación para peticionar en tal sentido(63) y sin perjuicio de lo afirmado al respecto en el capítulo anterior, podría pensarse -quizá- en una acción de amparo(64) por parte del Ministerio Público, quien, como vimos, tiene por función expresamente conferida por la Constitución promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad(65) o, más difícilmente frente a las pautas fijadas al respecto en la jurisprudencia, por parte de los integrantes del Senado de la Nación, quienes deben intervenir en la designación de la magistrados pero no pueden hacerlo por la falta de actuación del Poder Ejecutivo(66).

Deliberadamente excluimos al Defensor del Pueblo de la consideración como potencial legitimado a accionar en el supuesto en análisis, pues aun cuando se le reconoce legitimación procesal(67) y tiene por misión el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas (68), la Corte Suprema ha restringido su campo de acción, imposibilitando -según nuestro criterio- su eventual participación en la cuestión que se plantea(69)(70).

De cualquier manera, aun en la hipótesis de prosperar la actuación jurisdiccional, el principal obstáculo consistiría en lograr obligar al Presidente a hacer efectiva la designación(71), pues no es facultad de un juez determinar el contenido de una decisión discrecional como la que es objeto de comentario(72).

En consecuencia, podría llegar a comprometerse en tal supuesto, la responsabilidad política del Jefe Supremo de la Nación(73).

Asimismo, correspondería plantear aunque más no sea como hipótesis para la reflexión de autores más capacitados, si eventualmente podría encontrarse comprometida la responsabilidad penal del Presidente, en virtud de alguno de los tipos penales contemplados en los arts. 248 y 249 del cód. penal, teniendo presente el concepto de funcionario público aclarado en el art. 77(74) de dicho cuerpo normativo.

Así enunciada parecería un tanto exagerada la hipótesis, pero lo cierto es que tales tipos penales se refieren, respectivamente, a quien "no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere"(75) y al "funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio"(76); siendo el bien jurídico protegido en estos casos "...la administración pública, preservando la regularidad de su funcionamiento y la legalidad de los actos administrativos, que pueden verse comprometidos por el acto arbitrario en que el funcionario actúe más allá de su competencia, por la omisión de su actividad necesaria..."(77).

Sin ánimo de pretender agotar el tema y solamente como comentario, nos permitimos apuntar que, en nuestro criterio, seguramente influiría en la determinación o no de la configuración de dichos delitos, la naturaleza del acto de que se trata. Es decir, se discutiría si es pasible de configurarse este tipo de delitos cuando se trata de un acto como el aquí analizado (78).

Ahora bien, en el supuesto planteado y sin perjuicio de lo expuesto, ¿se encontraría quebrantado además un deber ético en los términos de la ley 25.188 [EDLA, 1998-B-164]?(79).

Al respecto, repárese en que el ámbito de aplicación de dicha ley se extiende a "...todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado"(80); fijándose como obligación cumplir con los deberes y pautas de comportamiento ético que se fijan en la norma(81), entre los que se encuentran "[C]umplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno"(82).

Vistos los términos de dichas definiciones y las normas comentadas en este trabajo, la

respuesta al último interrogante planteado parecería ser positiva.

V

Conclusión. Nuestra opinión

Como corolario de lo expuesto en el presente trabajo, nos inclinamos a sostener que el nombramiento de magistrados del Máximo Tribunal sigue siendo un acto de naturaleza institucional, en el sentido de que, sin dudas, hace a la organización y subsistencia del Estado, al permitir la integración del órgano superior de uno de los poderes que conforman el Gobierno Federal, el Poder Judicial.

No obstante ello, la reglamentación de la atribución prevista en el art. 99, inc. 4º de la Constitución Nacional, por el propio sujeto a quien le es conferida por dicho ordenamiento -mediante el tantas veces mencionado decreto 222/03-, incorpora numerosos elementos reglados que, teniendo en cuenta las limitaciones y condiciones expresadas, conforman un procedimiento susceptible de control, ante la propia Administración y el Poder Judicial(83) y mediando la aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

Ese mayor control que posibilita el decreto, en lugar de afectar el principio de separación de poderes o funciones como suele afirmarse cuando se trata de cuestionar judicialmente el procedimiento de selección de magistrados, más bien lo fortalece procurando el necesario equilibrio propio de dicho principio(84).

En esa inteligencia, entendemos que el decreto en cuestión implica un notorio avance en la transparencia del procedimiento de designación de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, asegurándose un muy importante piso de idoneidad de los candidatos propuestos.

Por ello es que, asumiendo la necesidad de alcanzar el loable objetivo volcado en los considerandos del decreto, debe mejorarse en aquellos aspectos en los que es dable esperar un mayor cumplimiento de la norma limitativa, como ser la motivación de la propuesta elevada al Senado de la Nación, y resolverse en forma urgente acerca de las vacantes pendientes en el Alto Tribunal(85), sea reduciendo su número de integrantes o procediendo a cubrir las mismas conforme la normativa vigente.

La mejora de las instituciones involucradas en esta temática exigen obrar en tal sentido.

voces: constitución nacional - poder legislativo - corte suprema de la nación - poder judicial - poder ejecutivo - procedimientos administrativos - derecho administrativo

**1 - B.O. 20/6/03.**

**2 - Con acuerdo del Senado con mayoría de dos tercios de sus miembros presentes en sesión pública convocada a tal efecto.**

**3 - Sobre este tema, ver los muy interesantes trabajos de dos prestigiosos juristas como los son, Sabsay, Daniel A., en coautoría con Neimark, Sebastián, en *El control de la facultad presidencial de designación de magistrados, La Ley de fecha 5/7/05 y Comadira, Julio R. -recientemente fallecido- en Selección de jueces y control judicial, Suplemento de Derecho Administrativo de "www.eldial.com.ar".***

**4 - Como veremos más adelante, entendemos aplicable esta norma al procedimiento establecido por el decreto 222/03.**

**5 - Conf. art. 5º del decreto 222/03.**

**6 - Conf. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, t. II, pág. 765.***

**7 - Comadira, Julio R., *Derecho Administrativo, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot 2003, pág. 548; Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina, pág. 710, Buenos Aires, La Ley 2003; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, 1994, t. II, pág. 73, y Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad, Buenos Aires, Ábaco, t. II, pág. 194, 2002.******

**8 - Conf. Marienhoff, Miguel S., Tratado..., cit., págs. 765/766. Con la salvedad de que los actos de aplicación afecten derechos subjetivos, se pronuncia en igual sentido Comadira (Comadira, Julio R., Procedimientos Administrativos, Buenos Aires, La Ley, 2003, págs. 46/48). En contra se encuentra Gordillo, quien luego de un profundo desarrollo de la cuestión concluye que "... en el derecho argentino no existen, ni teórica ni prácticamente, los actos de gobierno los que antes asimila a institucionales -a los efectos de esta teoría-: porque todos los actos del Poder Ejecutivo están sujetos a revisión judicial en virtud de los arts. 18 y 116 de la Constitución y de hecho los tribunales ejercen su jurisdicción sobre ellos" (Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, t. 2, "La defensa del usuario y del administrado", Cap. VIII, Los "actos de gobierno", págs. 32-33, [www.gordillo.com.ar](http://www.gordillo.com.ar)). Por su parte, Mairal aclara que no es la naturaleza del acto lo que determina su no justiciabilidad, sino que "...son otros, y variados, los motivos que producen ese efecto ... que no tiene una causa única" (conf. Mairal, Héctor A., Control Judicial de la Administración Pública, Depalma, 1984, vol. I, pág. 559).**

**9 - Conf. arts. 55 y 111 de la Constitución Nacional.**

**10 - La otra posibilidad que, según nuestro criterio, podría dar lugar al control jurisdiccional del ejercicio de la atribución -en comentario prescindiendo del decreto 222/03-, sería un vicio en el procedimiento de designación del magistrado ocurrido durante el trámite ante el Poder Ejecutivo o ante el Senado de la Nación, como por ejemplo, si no hubiera habido sesión pública u obtenido la mayoría requerida por la Constitución. La legitimación para accionar en tal hipótesis -salvo que se verifique un agravio concreto de alguna persona- sería del Ministerio Público quien tiene a su cargo la defensa de la legalidad -luego volveremos sobre el tema-.**

**11 - Fallos, 248:400, citado por Comadira Julio R., Derecho Administrativo..., cit., pág. 549, nota 1402.**

**12 - Se trata de los autos "Padilla, Miguel c. Senado de la Nación", de fecha 23/9/03, dictado por la sala IV de la CNACAF, en los que se cuestionó la designación del Dr. Juan Carlos Maqueda.**

**13 - Conf. voto de la Dra. Jeanneret de Pérez Cortes (consid. 5º;).**

**14 - Conf. Gelli, María A., ob. cit., Buenos Aires, La Ley 2003, pág. 710.**

**15 - V. gr. la legitimidad de la declaración del estado de sitio, Conf. Comadira, Julio R., Procedimientos..., págs. 47/8.**

**16 - Conf. Grecco, Carlos M., Apuntes para una teoría de las autolimitaciones de la Administración Pública, R.E.D.A. N°14 (págs. 317/342). Según el esquema propuesto en el erudito trabajo de este autor, se trataría en el caso de una autolimitación formalizada, entendiéndose éstas como aquellas manifestaciones mediante las cuales queda exteriorizada la voluntad administrativa de disponer un autovínculo con sujeción a determinados recaudos consignados en el ordenamiento (v. gr. pág. 324).**

**17 - Comadira se refiere expresamente al decreto 222/03 como una autolimitación del Presidente de la Nación (conf. Comadira, Julio R., El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la Administración y a la selección de autoridades públicas), EDA, 2005-400.**

**18 - Conf. párr. 2°;**

**19 - Artículo 3°.**

**20 - Artículo 5°.**

**21 - Artículo 8°.**

**22 - Conf. Comadira, Julio R., Selección..., cit., pág. 3.**

**23 - Conf. Comadira, Julio R., Procedimientos Administrativos, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 1, nota 1.**

**24 - Partimos del supuesto de que se trate de una objeción y que sea de relevancia, de modo que permita tener por configurados los presupuestos necesarios para la concesión de una medida de esa importancia.**



**25 - Conf. art. 7º de la ley 19.549.**

**26 - Respecto de los plazos creemos que es necesario hacer una distinción pues, de cara a una eventual presentación administrativa y/o judicial, no tendría mayor incidencia que no se publiquen el nombre y los antecedentes curriculares durante los plazos previstos en el art. 4º del decreto -no cabría la vía judicial por no configurarse un caso, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público, a la que luego nos referiremos-; pero sí justificaría una presentación administrativa o judicial, por ejemplo, que no se acepte una observación efectuada en el plazo previsto en el art. 6º -con las formalidades correspondientes- por haberse elevado la propuesta con anterioridad a que se cumpla dicho plazo.**

**27 - Salvo que, obviamente, esas declaraciones juradas o el informe de la AFIP contengan elementos de relevancia que deriven en la objeción del candidato, a la luz de las pautas establecidas en el decreto 222/03, y no hayan sido dados a conocer oportunamente.**

**28 - V. gr. Los delitos tipificados en el Cap. I del Título X del Código Penal, "Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional".**

**29 - Por violación de lo expresamente establecido en la normativa vigente que circunscribe el accionar del Presidente de la Nación.**

**30 - Por no cumplirse con el propósito fijado en la norma que limita la competencia del Presidente de la Nación.**

**31 - P. ej. las pautas fijadas en el art. 3º del decreto aparecen como menos rigurosas en su exigencia, al afirmarse que las mismas se tendrán presentes "en la medida de lo posible". Es decir, en estos aspectos la autolimitación es más flexible.**

**32 - De acuerdo a las pautas establecidas en los arts. 14 y 15 de la LNPA.**

**33 - Como, por ejemplo, se confiere respecto de la interposición de la acción de**

***hábeas corpus en el art. 43 de la Constitución Nacional.***

***34 - Conf. art. 120 de la Constitución Nacional. A este respecto, corresponde asimismo plantearse cómo juega lo dispuesto en el art. 23 de la ley 24.946 [EDLA, 1998-A-113], en tanto prevé que la relación del Ministerio Público representado por el Procurador General de la Nación -conf. art. 33, inc. s) de la ley 24.946- con el Poder Ejecutivo es a través del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, quien es, a su vez, la autoridad de aplicación del decreto 222/03 (conf. art. 10). Pareciera, entonces que debería existir una instancia administrativa previa similar a la situación que se verifica en un conflicto interadministrativo -entre entes de una misma esfera de gobierno-, antes de acudir a la vía judicial; pero, por otra parte, si se dan los supuestos para iniciar la acción de amparo ello no sería necesario.***

***35 - En representación de los innumerables precedentes que resuelven en el sentido expresado, se cita uno bastante reciente. Se trata de los autos "Galantini Miguel Alfredo c. Asociación Correntina Amateur de Hockey sobre Césped y Pista s/amparo", fallados por la Corte Suprema con fecha 1/6/04, en donde se afirma que: "... según una pacífica jurisprudencia de esta Corte, la carencia de legitimación se configura cuando alguna de las partes no es titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, con prescindencia de que ésta tenga o no fundamento (Fallos, 311:2725; 312:985, 2138; 317:687, 1598, 1615 ; 318:1323, 2114; ver el dictamen del señor Procurador General al que adhirió la mayoría de la Corte en el precedente "Ortiz Almonacid" registrado en Fallos: 322:385). Asimismo, con especial referencia a la legitimación que requiere el art. 43 de la Constitución Nacional, el Tribunal ha establecido que aun cuando la reforma constitucional de 1994 importó un ensanchamiento de la protección constitucional, lo cual ha sido consagrado en el segundo párrafo de aquella norma con relación a determinados sujetos y materias, ello no enerva la exigencia que para todo tipo de causas consagra el art. -10- 116 de la Constitución Nacional, acerca de que quien -como ocurre en el caso- alegue padecer una afectación de sus derechos, demuestre un interés concreto, inmediato y sustancial a fin de viabilizar la acción de amparo -Fallos, 324:2381, consid. 4º; 324:2388, consid. 4º y 6º; ver en este sentido, en el Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Santa Fe, Paraná, 1994, t. IV, Secretaría Parlamentaria, Dirección Publicaciones, lo expresado por los convencionales Díaz (pág. 4050), Barcesat (págs. 4056 y 4259) y, muy particularmente, las intervenciones de los convencionales Cullen, García Lema y Ortiz Pellegrini, de las que resulta que al incorporar al texto constitucional la palabra "afectado", se continuaba con la "...enorme y reiterada doctrina de la Corte, que manifiesta que para que exista juicio debe haber un interés afectado", o bien que '...el particular damnificado podría promover la acción [de amparo] pero no daría lugar a una acción popular' (págs. 4259 y 4260)- (consid. 5º) -la negrita es del original-***

***36 - En modo alguno original, pues, como se verá seguidamente, acudimos a Gambier, entre otros que se pronuncian acerca de este tema.***

**37 - Nos parece muy útil el standard fijado en el precedente "Padilla" antes citado, voto de la Dra. Jeanneret de Pérez Cortés, en tanto alude a la violación de una regla constitucional concretamente establecida; la vulneración de una clara pauta susceptible de ser determinada o interpretada judicialmente sin afectar competencia propia de otros poderes de igual rango". Adicionalmente, sería necesario que pudiera determinarse que no habrá otros sujetos con intereses igualmente válidos a quienes pudiera perjudicarse con el pronunciamiento judicial, que no pudieran ser parte del litigio. Ello así, pues, salvando la cuestión de la legitimación, uno de los principales problemas que presenta admitir una acción de esta naturaleza radica en los efectos de la sentencia que se dicte, que podría perjudicar a otros sujetos que no han sido parte en el juicio (por ejemplo, la existencia de intereses contrapuestos en relación al rebalanceo telefónico). Pero queda claro que en otros supuestos tal problema no se verifica o es pasible de atenuarse interviniendo la otra parte, auspiciándose entonces una legitimación amplia a la vista del art. 43 de la Constitución Nacional. Además, no debe olvidarse que partimos de la base de que existe una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.**

**38 - No se pretende sustituir al órgano competente en su criterio de oportunidad, mérito y conveniencia, pero, como es sabido, a veces ese criterio puede resultar claramente arbitrario e ilegítimo, por acción u omisión.**

**39 - En este sentido, acudimos a los argumentos elaborados por Gambier -sin perjuicio de aclarar que este autor deja a salvo que no pretende la aplicación de su postura a los actos políticos o a las cuestiones no justiciables-, quien se hace cargo del criterio tradicional expuesto acerca de la legitimación, propiciando un rol mucho más activo de los ciudadanos en la vida pública en supuestos en los que su relación con el objeto del comportamiento u omisión administrativo no es personal y directa, para lo cual postula que cuando se verifique un interés público cualificado -cuestiones de relevancia- y se den las condiciones del obrar administrativo que explica -que exista una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta-, se entienda que el perjuicio se ha configurado y se permita la tutela judicial de ese interés (conf. Gambier, Beltrán, La acción de amparo en defensa del principio de legalidad y del interés público: un replanteo en torno a la legitimación de los ciudadanos, publicado en , Suplemento de Derecho Administrativo). Asimismo, se pronuncian por un enfoque amplio de la legitimación para promover el control constitucional, Bidart Campos y Jeanneret de Pérez Cortes (conf. Bidart Campos, Germán, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Buenos Aires, Ediar, 1999-2000, t I-A, n° 131 y sigs, pág. 788 y sigs., en esp. n°134, pág 790, citado por Jeanneret de Pérez Cortes, María, quien adhiere a esta postura en Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo, en la obra colectiva en homenaje al profesor Jesús González Pérez sobre Proceso y Procedimiento Administrativo, Buenos Aires, 2004, t. 1, cap. 3, pág. 479, nota 60).**

**40 - Cabría plantearse si existe la posibilidad de instar la participación del Ministerio Público.**

**41 - En atención a las condiciones a que antes nos refiriéramos para propiciar una legitimación amplia y aun cuando el criterio es restrictivo en materia de amparo, creemos que en la hipótesis comentada debería citarse como tercero al candidato objetado de modo de permitir su derecho de defensa. Más aún, cuando el eventual pronunciamiento lo afectaría principalmente.**

**42 - Conf. Vanossi, Jorge R., La "seguridad jurídica" y el "Estado de Derecho" en una democracia constitucional: las "condiciones" y los "condicionamientos", ED, 214-973, quien se refiere a la relevancia de garantizar la eficiencia del cumplimiento de las leyes y reglas del sistema jurídico, a fin de consolidar la seguridad jurídica.**

**43 - Art. 20 de la ley 12.961 y art. 18 del decreto-ley 23.354/56.**

**44 - B.O. 29/10/1992.**

**45 - El art. 20 dispone que "Las disposiciones generales constituyen las normas complementarias a la presente ley que regirán para cada ejercicio financiero. Contendrán normas que se relacionen directa y exclusivamente con la aprobación, ejecución y evaluación del presupuesto del que forman parte. En consecuencia, no podrán contener disposiciones de carácter permanente, no podrán reformar o derogar leyes vigentes, ni crear, modificar o suprimir tributos u otros ingresos...".**

**46 - Conf. CS, 20/9/2002, "Zofracor S.A. c. Estado Nacional s/amparo", consid. 9º y 10º; Ver asimismo, los consid. 10 y 11.**

**47 - A fin de corroborar esta afirmación resulta útil confrontar, a modo de ejemplo, el criterio seguido en el fallo de la sala IV de la CNACAF ("Padilla"), a que antes nos refiriéramos, dado que allí se pone de manifiesto la ausencia de reglas y pautas claras susceptibles de ser determinadas o interpretadas judicialmente; lo cual se ve modificado con la vigencia del decreto 222/03.**

**48 - Los doctores Eugenio Raúl Zaffaroni, Elena Highton, Carmen María Argibay y Ricardo Luis Lorenzetti.**

49 - [www.adc.org.ar](http://www.adc.org.ar).

50 - V. gr. arts. 4º, 6º y 9º.

51 - V. gr. arts. 2º, 3º y 5º.

52 - Salvo en el caso del Dr. Lorenzetti.

53 - Conf. art. 9º;

54 - Conf. art. 38 del Anexo I del decreto 1172/03 [EDLA, 2003-B-152].

55 - Ver los informes publicados en [www.uniren.gov.ar](http://www.uniren.gov.ar).

56 - Conf. art. 8º;

57 - Al respecto, resulta interesante citar un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación en relación al Código de Ética de la Función Pública, en el que se afirmó que "[Q]uien se desempeñe en la función pública, sea como funcionario de carrera o como funcionario político, debe encaminar su obrar siguiendo estándar de comportamientos adecuados a la regla moral y a la finalidad ética que sustenta al Estado" (Dictámenes 227:240).

58 - La renuncia elevada por el Dr. Belluscio a su cargo fue aceptada por el Presidente de la Nación a través del decreto 620/05, publicado en el Boletín Oficial de fecha 14/6/05, haciéndose efectiva la misma a partir del 1/9/05.

59 - Conf. art. 4º; del decreto 222/03.

**60 - Al menos en el plano interno ha quedado firme la decisión del Senado de la Nación, al rechazarse con fecha 16 de agosto de 2006, un recurso de queja interpuesto por el Dr. Boggiano contra la denegatoria del recurso extraordinario planteado contra dicha decisión (Expte. 2286/05) (v.gr. [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)).**

**61 - Texto según la ley 23.774 [EDLA, 1990-66] (B.O. 16/4/90). Acerca de la reducción del número de integrantes de la Corte Suprema existen varios proyectos de ley, como por ejemplo, aquel presentado con fecha 29/9/04 por los diputados José R. Falú y Nilda Garré, entre otros firmantes.**

**62 - Mientras se encuentre vigente el decreto 222/03 existe un plazo máximo para comenzar el procedimiento destinado a cubrir la vacante originada en el Alto Tribunal. Aun cuando esa norma existiera, nos atrevemos a considerar que tampoco podría incumplirse sine die con la atribución del Poder Ejecutivo de designar un Ministro de la Corte Suprema, lo cual incide negativamente en el funcionamiento del Tribunal y, en tanto éste integra el Gobierno Federal, en el funcionamiento de la República.**

**63 - Pues como vimos anteriormente, se exige que exista un caso o controversia en el que se debata un perjuicio concreto y directo.**

**64 - Creemos que no sería procedente la interposición de un amparo por mora, al no darse en el caso la existencia de un sujeto legitimado que fuere parte en un expediente administrativo; presupuesto que es establecido por el art. 28 de la LNPA. Al respecto, recientemente el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires ha interpuesto un amparo por mora en virtud del incumplimiento apuntado en este apartado, pero debe aclararse que el mismo tiene por objeto únicamente que el PEN responda el pedido de informes que esa institución realizó en relación a esta cuestión con anterioridad (conf. diario *Ámbito Financiero* del 9/6/06, pág. 17 y diario *La Nación* de la misma fecha, pág. 8). No se persigue en esta acción remover la inercia del PEN en cubrir las vacantes del Alto Tribunal.**

**65 - Conf. art. 120 de la Constitución Nacional. Acerca de la exclusión del Ministerio Público como uno de los legitimados expresamente incluidos en la enumeración contenida en el art. 43 de la Constitución Nacional y la posible y consecuente veda para interponer la acción de amparo prevista en dicha norma, se ha pronunciado Sagüés, quien se inclina por considerar que dicho órgano se encuentra autorizado para promover la acción, procurando una interpretación armónica y sistemática de la Norma Fundamental (conf. Sagüés, Néstor P., *El amparo constitucional a diez años de la reforma de 1994*, *Jurisprudencia Argentina* de fecha 25/8/04, JA 2004-III,**

**fascículo N°8, págs. 76/77).**

**Por otra parte, entendemos que la claridad del texto constitucional (a la que se añade la de la ley reglamentaria v.gr. arts. 25, incs. a y g) exige flexibilizar el criterio tradicional de la jurisprudencia sobre la existencia de caso, causa o controversia (v. gr. Fallos, 321:1252, 321:1352, entre muchos otros), de modo de no tornar vacía de contenido la previsión de la Carta Magna y procurar la interpretación armónica de ésta que pregona Sagüés.**

**66 - Al la luz de las pautas señaladas por la Corte Suprema en los autos "Gómez Diez Ricardo y otros c. PEN congreso de la Nación s/proceso de conocimiento" [ED, 183-1165], de fecha 31/03/99 -entre otros-, un eventual planteo de los integrantes del Senado debería acreditar que se afecta el ejercicio de sus prerrogativas legislativas (v. gr. consids. 14 a 16). A diferencia de la situación fáctica que se presentaba en el caso citado, en dónde los legisladores habían intervenido en el debate de una ley que posteriormente cuestionaron, en este caso no podrían ejercer la función que les es propia por la inactividad del Poder Ejecutivo.**

**En ese sentido, cabe traer el voto en disidencia del Dr. Antonio Boggiano en la causa "Polino Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo s/ amparo" (Fallos, 317:335), en tanto allí se reconoce "un interés suficientemente concreto" al legislador actor, en tanto se entendió que con el modo en que se sancionó la ley objeto de impugnación, se le había privado el derecho que le confiere la Constitución de concurrir o no con su voto a integrar las mayorías exigidas por dicha Norma Fundamental (v. gr. consid. 4º). Asimismo, entendemos que resultarían aplicables al caso las consideraciones vertidas al respecto por Bidart Campos, en tanto ha expresado que "...cada vez que un legislador, o varios, entienden que se está sustrayendo al Congreso en el ejercicio de una competencia que le incumbe, como órgano colegiado y complejo, ese legislador y esos legisladores disponen de legitimación para acudir a la justicia para reivindicar la posibilidad de participar en la decisión congresional impedida u obstruida por interferencia del Poder Ejecutivo..." (Bidart Campos, Germán J., La legitimación procesal activa de los legisladores, LL, 1997-F-564 - comentario al fallo "Terragno"-, citado por Jeanneret de Pérez Cortes, María, Proceso y procedimiento administrativo, cit., pág. 476, nota 56).**

**67 - Conf. art. 43 de la Constitución Nacional.**

**68 - Conf. art. 86 de la Constitución Nacional.**

**69 - Así, en Fallos, 321:1352 ("Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/amparo"), la Corte Suprema resolvió que el Defensor del Pueblo no se encontraba legitimado para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes, pues tal situación**

***implica un daño en abstracto, en oposición al perjuicio concreto que exige la presencia de un caso o controversia susceptible de habilitar el conocimiento del Poder Judicial (v. gr. consids. 9º y 10).***

***70 - Acerca del control del ejercicio de las funciones administrativas públicas atribuido al Defensor del Pueblo, ha dicho Colautti que "esta legitimación, en un primer enfoque, puede considerarse de excesiva amplitud, pero en un sistema democrático siempre es conveniente que un funcionario público tenga competencia y la responsabilidad de defender los intereses constitucionales de los ciudadanos y nuestra Constitución indica hoy para esta función al Defensor del Pueblo..." (Colautti, Carlos E., Incógnitas de la acción de amparo en la reforma constitucional, La Ley, 29/9/98, pág. 2).***

***71 - Lo expuesto alude a una mera disquisición teórica, pues parece hartamente improbable que se llegue a tal extremo. No obstante ello, adviértase la repercusión pública que tendría semejante planteo y más aún si llegara a prosperar en la justicia.***

***72 - Conf. Perrino, Pablo E., La inactividad administrativa y su control judicial, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP) N° 269, págs. 21/22; Comadira, Julio R., La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial en Derecho Administrativo, cit., págs. 517/520. Al respecto, este último autor rechaza que el juez pueda reemplazar al Administrador en la elección del curso de acción a seguir, afirmando que "una actuación jurisdiccional así concebida sería violatoria del principio de división de poderes, porque con ella la Justicia asumiría una función valorativa que no le es propia".***

***73 - En los términos de los arts. 53, 59 y 60 de la Constitución Nacional.***

***74 - Se dispone que: "Por los términos 'funcionario público' y 'empleado público', usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente".***

***75 - Art. 248 del cód. penal.***

***76 - Art. 249 del cód. penal.***



**77 - Conf. Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, 4ª ed., Astrea, 1993, t. 2, pág. 256.**

**78 - Precisamente ese análisis se ha efectuado en los autos "Pou, Pedro s/procesamiento", fallados con fecha 7/7/00 por la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (elDial- AJAA3 www.eldial.com.ar), en donde los defensores de los procesados en la causa plantearon que los hechos investigados constituían supuestos de actividad discrecional (se discute si hubo omisión en los deberes de los integrantes del Directorio del BCRA y asimismo de otros funcionarios, respecto de los procedimientos seguidos al Banco Patricios S.A. y el Banco Mayo Coop. Ltda.). A ello el Tribunal respondió, entre otras argumentaciones, que "En autos, no se cuestiona en absoluto la atribución de competencias asignada por la Constitución a los poderes constituidos, sino el control sobre la legalidad de su ejercicio. Es decir, no está en juego la atribución en sí misma sino la evaluación de las consecuencias de su ejercicio. Es que la discrecionalidad no es un supuesto de libertad de la administración frente a la norma; por el contrario es un caso típico de remisión legal. No hay pues discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente sólo en virtud de la ley y en la medida que la ley lo haya dispuesto. Así, no existe en el sub iudice como se pretende, una cuestión o materia política, sino que se investiga la presunta existencia de hechos delictivos en el ejercicio de la función pública y en consecuencia, si se produjeron lesiones a bienes jurídicos que deben ser objeto de protección judicial...".**

**79 - Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (B.O. 1/11/99).**

**80 - Conf. art. 1º, entendiéndose por función pública "...toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos".**

**81 - Art. 2º.**

**82 - Conf. art. 2º, inc. a).**

**83 - Según nuestro criterio, la intervención del Poder Judicial sólo sería procedente en los supuestos que nos hemos referido.**

**84 - Conf. CS, voto en disidencia del Dr. Belluscio in re "Leiva, Amelia Sesto de c. Poder Ejecutivo de la Provincia de Catamarca", de fecha 19/9/89 (consid. 9º). En igual sentido, Tawil afirma que el principio de separación de poderes se viola "no sólo cuando los tribunales ejercen funciones que no le son propias, sino también cuando omiten las que le competen, tal como acontece cuando no fiscalizan la actividad administrativa, evitando poner en funcionamiento el sistema de contrapesos que tal principio implica. En tales ocasiones consagran, sin advertirlo, una verdadera inmunidad administrativa" (Tawil, Guido S., Administración y Justicia, Buenos Aires, Depalma, 1993, t. I, pág. 305, nota nº 90).**

**85 - Esta cuestión ha generado incluso, que se pronuncien públicamente sobre la necesidad de cubrir las vacantes en el Alto Tribunal o reducir el número de miembros del mismo, dos miembros de ese Tribunal: los Dres. Enrique Petracchi (v. gr. [www.lanacion.com.ar](http://www.lanacion.com.ar) del día 8/6/06) y Carmen Argibay (v. gr. [www.clarin.com](http://www.clarin.com) del día 12/5/06); además de solicitarse ello desde los medios de prensa (v.gr. nota suscripta por el Dr. Adrián Ventura en el diario La Nación del día 15/6/06).**

