



*Superior Tribunal de Justicia
Corrientes*

.1S0300.271140.

STD 168/8

"SOTELO CESAR PEDRO-FISCAL GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE LA PCIA. DE CORRIENTES C/ PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA S/ ACCION CONTENCIOSA ADMINSTRATIVA"

En la ciudad de Corrientes, a los seis (06) días del mes de Marzo de dos mil nueve, estando constituido el Superior Tribunal de Justicia con sus miembros titulares Doctores Carlos Rubín, Guillermo Horacio Semhan, Fernando Augusto Niz, Juan Carlos Codello con la Presidencia del Doctor Eduardo Antonio Farizano, asistidos del Secretario Jurisdiccional Doctor Juan Ramón Alegre, tomaron en consideración el **Expediente N° STD 168/8** caratulado "**SOTELO CESAR PEDRO-FISCAL GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE LA PCIA. DE CORRIENTES C/ PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA S/ ACCION CONTENCIOSA ADMINSTRATIVA**". Efectuado el sorteo a los efectos del orden de votación resultó el siguiente: Doctores Carlos Rubín, Guillermo Horacio Semhan, Fernando Augusto Niz, Juan Carlos Codello y Eduardo Antonio Farizano.

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

SE PLANTEA LA SIGUIENTE

CUESTION:

¿QUE PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR EN AUTOS?

A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR CARLOS RUBIN, dice:

I.- A fs. 21/27 vta. el Sr. Fiscal General del Poder Judicial opone acción directa de nulidad parcial de la última reforma de la Constitución de la Provincia de Corrientes, en la medida que, por desdoblamiento y adiciones del texto del artículo 142 (actuales art. 182 y 183) se "privó al Ministerio Público de parte de su autonomía funcional", mediante la creación de las figuras del Defensor General y Asesor General.

Que esas figuras no estaban previstas ni eran parte del temario de las leyes de necesidad de la reforma N° 5692 y 5765, solicitando se "tengan por no escritas" las reformas de los arts. 182, 183 y la Cláusula Transitoria Décima.

Relata en los hechos que, en el año 2006 se inició el proceso constituyente que se concretó con el dictado de las leyes N° 5692 y 5765, que declararon la necesidad de la reforma, fijando los puntos y el temario que

habilitaba su revisión, estableciendo en su art. 10º, que son nulas las reformas que se realizaren apartándose de las disposiciones de dichas leyes.

En los temas habilitados no surge la inclusión del Ministerio Público entre ellos, procediéndose a sancionar una reforma al texto del art. 142, adicionando en el art. 182 las figuras mencionadas de Defensor General y Asesor General y atribuyendo al Superior Tribunal la facultad de designación de los funcionarios sustitutos del Ministerio Público (art. 183), considerando a la reforma realizada como sustancial y no accidental.

Desarrollando luego la posibilidad de la judiciabilidad del proceso de la reforma constitucional, que su ejercicio se apartó de los artículos 177, 178 y 179 de la anterior Constitución (actuales 237, 238 y 239), sin que hubiera correspondido a los “poderes implícitos” de la Convención.

Alude a una “gravedad institucional”, importando la reforma en los hechos “el peligro cierto de afectación del funcionamiento de los órganos del Ministerio Público, poniendo en crisis el sistema judicial”.

Dejándose de lado “un sistema que permitía proveer con eficacia y premura” los requerimientos del actuar del Ministerio Público, que responde a los principios democrático, republicano y pluralista.

A fs. 93/99 vta. la parte actora incorpora nuevo escrito con la aclaración de fs. 100 sobre nuevas especificaciones en los “hechos” el BO de la reforma constitucional.

Agrega que la Comisión de “Régimen electoral y del Poder Judicial” era la competente para tratar la reforma del art. 142, estando previsto su tratamiento en la sesión del 7/5/07.

Solicitando se imprima al presente el trámite de los artículos 55 y ss. de la ley 4106 y se declare la nulidad de las adiciones al texto de los artículos 182, 183 y 197 y la Cláusula Transitoria 10º.

A fs. 106/119 se presentan en el carácter de “Amicus Curiae” las Sras. Sonia López, María Esther Vera y Araceli Ferreira, formulando “argumentos de hecho y derecho” para la resolución de la cuestión planteada, proveyéndose se tenga presente (fs. 120).

A fs. 123/136 vta. el Sr. Fiscal de Estado de la provincia de Corrientes se presenta y opone excepciones de falta de legitimación activa, falta de acción y contesta la demanda; solicitando en primer término se “recaratule la causa”, entendiéndose que la demanda se debe dirigir contra el Estado Provincial y no contra el Poder Ejecutivo.

Que la impugnación a la reforma constitucional no es materia contencioso administrativa “sino política”, negando a la acción su naturaleza



*Superior Tribunal de Justicia
Corrientes*

-2-

Expte N° 168/8

administrativa.

Luego opone excepciones de “falta de legitimación por incompetencia funcional o falta de personería y falta de legitimación o falta de acción”; a fs. 146/151 (sentencia N° 639) el Superior Tribunal de Justicia rechaza las excepciones de “Falta de legitimación activa. Falta de personería. Falta de causa e incompetencia del mismo Tribunal”.

A continuación realiza el responde de la demanda y allí expresa que, la única mención al Ministerio Público por la Constitución anterior lo traía el art. 142 y la “única garantía constitucional” de dicho Ministerio fue su ubicación en el “ámbito del Poder Judicial”, pudiendo interpretarse la aplicación de sus derechos e inhabilidades, sin abrir juicio sobre su constitución.

Luego se dictó el decreto ley 21 que organizó dicho Ministerio, no siendo su autonomía un mandato constitucional, deduciendo que la inconstitucionalidad de los arts. 182/183 acarrearía la pérdida de su rango constitucional.

Entendiendo que la autonomía del Ministerio Público y el régimen de subordinación, son “meras creaciones legales”, modificables, arrastrando también la inconstitucionalidad del art. 183 la facultad del Superior Tribunal de Justicia de designar los sustitutos del Ministerio Público.

Que cuando la ley de necesidad de la reforma incluyó el art. 142 entre los posibles a reforma, “todos los capítulos y cláusulas incluidas en el mismo quedan sujetos a decisión del Poder Constituyente, sin limitaciones de ninguna naturaleza”.

“Nada hubiera impedido que el Poder Constituyente, v.gr., eliminara del texto constitucional las pocas referencias al Ministerio público..”, de donde hace surgir la facultad de decidir.

Sobre la necesidad de “mención expresa” de la creación de los cargos, estima que la necesidad de reformar el art. 142 es suficiente, aludiendo al caso “Rios” de la reforma de 1993, en relación al cargo de “vice intendente”, por la sola habilitación de los artículos a reformar; aludiendo también al fallo de la CSJN donde esa alusión comprende “de manera razonablemente implícita-la facultad de instituir los cargos en cuestión”.

Concluyendo que, de acuerdo a ese desarrollo, la causa carece de justificación jurídica.

A fs. 141/144, contesta el traslado de las excepciones el actor.

Resolviéndose las mismas a fs. 146/151.

A fs. 157 se expide el señor Fiscal Adjunto sobre la competencia del ST.

A fs. 159/160 vta. se declara la competencia originaria y exclusiva del Superior Tribunal de Justicia, declarando la cuestión de puro derecho.

A fs. 173/179 vta. presenta alegatos el actor y a fs. 180 el Sr. Fiscal de Estado renuncia al plazo que le corresponde.

II.- El cambio de carátula: El señor Fiscal de Estado solicita se entienda que la demanda ha sido dirigida contra el Estado Provincial, debido a su propia representación.

A fs. 93 la parte actora solicita se sustancie la acción con el Poder Ejecutivo, “como representante del Estado Provincial (art. 60 ley 4106)”.

La carátula del expediente debe reflejar los sujetos que litigan; el art. 60 de la ley 4106 (inciso 1°) establece la obligación de notificar al Poder Ejecutivo; REVIDATTI (“Lo contencioso administrativo”-pag. 83) califica a este inciso como el caso cuando “la demanda (es) dirigida contra el Estado Provincial”, lo que habilita la solicitud de recaratular la causa.

El trámite procesal: La demandada critica la remisión al procedimiento contencioso administrativo cuando, “no es un acto administrativo, sino esencialmente de naturaleza política”, aunque sin definir cual sería este procedimiento que califica de político.

La sola afirmación que “no es materia contencioso administrativa” por tratarse de la reforma de Constitución Provincial no es suficiente argumento, el art. 1° de la ley 4106 califica de “administrativo” a todo “*derecho subjetivo, interés legítimo o derecho difuso*” establecido por la “*Constitución*” y el Dr. REVIDATTI (ob. cit. pag. 5/6) considera que, por *administrativo* puede entenderse a un sujeto (administración pública, un objeto o actividad (la prestación de servicios o funciones) o un cierto régimen jurídico (el constituido por las normas que establecen *prerrogativas públicas* a favor de un sujeto).

Definiendo, “*Cuando la Constitución, la ley, el decreto, la ordenanza, el reglamento, la resolución, el acto, el contrato o cualquier otra disposición establezcan a favor de uno de los sujetos, el sujeto activo, la posibilidad de utilizar prerrogativas públicas en forma directa, inmediata y ejecutoria para obtener la conducta querida y mentada en la misma, estaremos frente a una norma de carácter administrativo, de aquellas a que se refiere el artículo 1° de la ley*”.

El contenido predominantemente político de la reforma constitucional no es fundamento para evitar que sea revisada la reforma



Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

-3-

Expte N° 168/8

realizada; sobre esa categoría de actos FORSTHOFF (citado por LUQUI- "Revisión judicial de la actividad administrativa"-T. 1°-pag. 271) se expresa diciendo que resulta inapropiado sostener que existen "actos políticos" por su naturaleza, como si perteneciera a una categoría distinta de los actos legislativos, ejecutivos o jurisdiccionales, conformando una *cuarta especie*. "El Estado manifiesta su voluntad por leyes o por decretos y los actos políticos son leyes o son decretos". "No existe otra forma de actuación".

Como lo definió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso FAYT, no interesa la jerarquía de la norma tachada de inconstitucional, "si se configura una controversia definida y concreta entre las partes que sostuvieron derechos contrapuestos".

Desechado el carácter político como una categoría distinta de los actos de los poderes del Estado, el procedimiento aplicable para invalidar artículos constitucionales no cambia el carácter administrativo de esas "prerrogativas públicas", puesto que no existe –más que pretorianamente- un procedimiento especial (salvo el amparo) en la provincia de Corrientes, que contemple específicamente el procedimiento de estos casos.

El art. 55 de la ley 4106 establece como pretensión procesal "la anulación total o parcial de la decisión administrativa impugnada" (inciso a) y como lo expresó la CSJN, la jerarquía de la norma por sí no la sustrae de la revisión judicial, como tampoco se ha creado una categoría especial en esta provincia.

Cuestión que, por otro lado, también se entronca con la competencia originaria y exclusiva de este Superior Tribunal, que solamente puede ser establecida por preceptos constitucionales, sin ignorar que la jurisprudencia nacional permite atacar los actos administrativos de alcance general por la acción declarativa del art. 322 del CPCN y la acción de amparo.

III.- Control constitucional y poder constituyente derivado: La facultad judicial de ejercer el control en el ejercicio del poder constituyente ha sido consagrada fundamentalmente en "Fayt, Carlos c/ Estado Nacional", ratificando la índole judicial de la actividad de la Convención Constituyente, que dicho poder no se configura como absoluto sino que su judicialidad se sujeta al control de legitimidad que deriva del sistema republicano de gobierno.

En ese fallo el Dr. VASQUEZ expresó: "El juramento que la Corte Suprema de Justicia de la Nación brindó a la Constitución Nacional sancionada en 1994 no importa enervar el irrenunciable deber que le compete de ejercer el

control pertinente en los casos que requiera examinar la validez de las disposiciones sancionadas por la convención en ejercicio de su poder constituyente derivado ni, menos aún, el desempeño de la función legitimante que le confiere el propio ordenamiento que se manda jurar”.

Tanto el dictamen del procurador general en dicho caso, como el voto del Dr. René M. GOANE (CSJ de Tucumán en autos: “Colegio de Abogados de Tucumán v. Honorable Convención Constituyente de Tucumán”, 8/9/08) han mencionado el caso :”Recurso de hecho deducido por Antonio Jesús Ríos en autos: “Ríos, Antonio Jesús s/ Plantea nulidad parcial de la reforma constitucional, medida de no innovar”, en relación a la incorporación de la figura del vice intendente, caso con ribetes distintos pues la ley de necesidad de la reforma no limitaba la designación de órganos constitucionales.

El Dr. Goane enuncia uno de los fundamentos del Dr. Fayt cuando dice: “h) la tradición argentina y norteamericana no admite la soberanía absoluta de las convenciones reformadoras y la Corte Suprema de Justicia así lo reconoció en la causa “Ríos, Antonio” (Fallos: 316:2743), allí el Alto Tribunal se expidió sobre las facultades de la Convención Constituyente en el proceso de reforma constitucional de nuestra provincia.

Con respecto al planteo que nos ocupa, se debe recalcar la gravedad institucional que reviste el caso, al implicar la revisión de cláusulas constitucionales, incorporadas en un proceso de reforma en ejercicio del poder constituyente, que puede llevar la posibilidad de declarar la nulidad de las normas impugnadas.

Pero es de destacar también que el proceso reformativo tiene reglamentación constitucional, en los preceptos de la constitución a modificar, que por su naturaleza derivada debe ajustarse a la tramitación ya establecida.

Así LINARES QUINTANA (“Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”-T.III-pag.215) citado en el dictamen procuratorio aludido, clasifica a las convenciones constituyentes en “poder constituyente originario o fundacional” y “poder constituyente derivado o instituido”, con objetos y límites diferentes, siendo el primero “jurídicamente ilimitado” y en cuanto al segundo, en la doctrina nacional Linares Quintana, Estrada, Gorostiaga, Bidart Campos, Cueto Rúa, Vanosi y otros, admiten los límites que no puede traspasar el constituyente derivado y la revisión judicial del ejercicio de esas funciones, admitido por la CSJN en el precedente “Ríos”.

En este precedente se admite la limitación del poder constituyente provincial de nuestra provincia con cita de Manuel GOROSTIAGA: “Que, sentado ello, es menester poner de relieve que, de ningún modo, los poderes



Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

-4-

Expte N° 168/8

conferidos a la Convención Constituyente puedan reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquellos se halla circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia. En sentido coincidente vale destacar que, las facultades atribuidas a las convenciones constituyentes están condicionadas..al examen y crítica de los puntos sometidos a su resolución, dentro de los principios cardinales sobre que descansa la Constitución”.

Y debe ser así, porque de otra manera carecería de sentido establecer el dictado de la ley que prescribe la necesidad de la reforma; la doctrina de Hans KELSEN, en su armaje constitucional, fijaba el concepto de Constitución en “sentido formal”, considerando como tal el “documento denominado constitución” que, como constitución escrita, “no solo contiene normas que regulan la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como disposiciones según las cuales las normas contenidas en ese documento, la ley constitucional, *no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino solo bajo condiciones más difíciles, mediante un procedimiento especial*”.(Kelsen, Hans-“Teoría pura del derecho”-México-1995-pag.233).

Por eso el poder constituyente derivado debe ejercerse por el procedimiento previsto y sujeto a la constitución que se va a reformar, pues no se trata de la constitución fundacional que da inicio jurídico al Estado, sino una expresión posterior del sentido dinámico de la constitución.

Debiendo cumplirse acorde a las reglas preestablecidas, con subordinación a la constitución primigenia (Bidart Campos-“Derecho Constitucional”-T.I-pag.164).

Si bien se reconocen *facultades implícitas*, éstas existen en dependencia al objeto prefijado, no pudiendo ir más allá de los límites que le fueran asignados (caso FAYT), consagrando los poderes implícitos de la convención sobre el contenido de los puntos a reformar (“Romero Feris, José Antonio”-Fallos: 317:711).

De igual manera, para hacer efectiva esa limitación constitucional, no puede desconocerse que en este Estado de Derecho, el Poder Judicial es el encargado de resolver sobre la legitimidad jurídica y el ejercicio del cometido de la convención, como intérprete final de la Constitución (Fallos: 1-340).

Atento que la función más importante de este poder es el de preservar el imperio de los mandatos constitucionales, constituyendo materia

judiciable la determinación del contorno de la convención, pues la sola importancia del caso y la elección popular no puede invalidar las normas prefijadas para el acto a realizar.

Siendo resorte judicial (CSJN 210:1099; La Ley 51-91) juzgar “la existencia y límites de las facultades privativas a los demás poderes y el exceso” en que puedan incurrir (Fallos: 254:43).

El art. 177 de la Constitución Provincial establecía la obligación de ser declarada la necesidad de la reforma por la Legislatura y en su art. 178 le imponía la obligación –cuando se tratase de reforma parcial- de determinar los artículos, capítulos, partes e institutos de la constitución que se someterán para su reforma a la convención, “*la que debe limitarse a estos puntos en su cometido*”.

Habilitándose de esa manera la reforma, pero sin exceder los puntos fijados en la declaración.

IV.- Las leyes declarativas de la necesidad de la reforma: Para delimitar el contorno de la Convención y su labor, deberá realizarse la exégesis de las leyes que declaran la necesidad de la reforma y los temas a reformar e incluir.

La ley 5692 declara la necesidad de reformar, “conforme a lo preceptuado por el art. 178 de la misma”, y, en el “Artículo 2º: se indica como disposiciones de la Constitución que se someten a la Reforma las siguientes:”...”artículo 142”, “todos ellos del título Poder Judicial”.

Y como artículo 3º de la ley : “Facultase a la Convención Constituyente a instituir como *nuevos órganos con rango constitucional*: a) Fiscalía de Estado; b) Fiscalía de Investigaciones Administrativas; c) Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento y d) Defensorías del Pueblo..”

Por su parte, la ley 5765 amplía el texto de la ley 5692 e incorpora como “nuevo órgano con rango constitucional” al “e) Tribunal de Cuentas”.

En las dos leyes figura el art. 10º, ampliando la segunda el plazo a 90 días corridos, estableciendo ambas que la labor se realizará “*sin apartarse de las disposiciones constitucionales que se someten a revisión por los artículos 2º y 3º de la presente ley y conforme a lo preceptuado por el artículo 178 de la Constitución Provincial, siendo nula de nulidad absoluta todas las reformas, DESIGNACIONES Y AGREGADOS que se realizaren, apartándose de las disposiciones de la presente ley*”.

La redacción del art. 142, cuya mención fue expresamente indicada por las leyes que declaraban la necesidad reformativa, establecía que los “*funcionarios del Ministerio Público son nombrados por el*



Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

-5-

Expte N° 168/8

Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado”.

Convirtiéndose por la reforma realizada en dos artículos nuevos (hoy atacados), el 182 y 183; el actual 182 expresa: “*Los miembros del Superior Tribunal de Justicia, el Fiscal General, el Defensor General y el Asesor General son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado..*”, agregando así el rango constitucional a dos funcionarios, el *Defensor General* y el *Asesor General*.

El artículo 197 incluye dentro de los magistrados y funcionarios que no son juzgados por el Jurado de Enjuiciamiento al *Defensor General* y *Asesor General*.

Por su parte las Disposiciones Transitorias de la Constitución (10°) dicen: “En caso que el *Defensor General* y el *Asesor General* fueren designados con anterioridad a la modificación de la ley del Ministerio público, sus respectivas competencias serán las que el ordenamiento jurídico actual le asigne al Fiscal General en lo relativo a las funciones propias de los nuevos cargos”.

Previendo así un desmembramiento de las funciones del Fiscal General, como máxima autoridad del Ministerio Público (art. 15- decreto ley 21); creando los cargos superiores de Defensor General y Asesor General con rango constitucional y con funciones similares a la del Fiscal General, en relación a las “funciones propias” de los nuevos cargos, modificando así la estructura jerárquica establecida por el decreto ley 21.

Por su parte el art. 183-también atacado- expresa: “En el caso de vacantes o licencias prolongadas, el Superior Tribunal de Justicia puede designar temporalmente, previo sorteo público, jueces y funcionarios del Ministerio público sustitutos...”

Este artículo deroga el artículo 23 del decreto ley 21 y sus concordantes, que trata de la designación de Fiscales, Defensores, Asesores y Curadores sustitutos, que autorizaba al Fiscal General a confeccionar la lista de sustitutos y se designaban directamente por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado sobre toda la lista.

V.- El caso en cuestión: El Sr. Fiscal General solicita la nulidad parcial de la reforma constitucional, en relación a los artículos 182 y 183 de la constitución reformada, las adiciones del art. 197 y la Disposición Transitoria N° 10°.

Limitando su pedido de nulidad en relación a la creación de las

figuras de Defensor General y Asesor General; con respecto al art. 183 expresa a fs. 26 vta. que “la designación de los funcionarios sustitutos del Ministerio Público tal como ha quedado en el texto del actual art. 183 de la Constitución Provincial, afecta la independencia del Ministerio Público en la medida en que, como se explicó mas arriba, el sistema de la Ley Orgánica del Ministerio Público es utilizado no solo para cubrir vacantes, sino además para cubrir las subrogaciones legales con absoluta normalidad, premura y constitucionalidad. Su reemplazo inconsulto con las consecuencias que vengo señalando afecta, sin duda, el sistema judicial en su conjunto”.

Circunscribiendo las cuestiones planteadas por cada artículo, se debe tratar en primer término la creación de los cargos de rango constitucional, definiendo si debieron ser incluidos como “nuevos órganos con rango constitucional” en las leyes que declararon la necesidad de la reforma o, por el contrario, se hallan dentro de los “poderes implícitos” de la convención.

Como lo ha expresado BIANCHI (“Control de constitucionalidad” - T.I- pag.173), los tres poderes de gobierno poseen “poderes implícitos”, la CSJN en el caso “Lino de la Torre” dijo que ante la ausencia de disposición constitucional o ley que confiera el poder, es doctrina la existencia de “poderes implícitos” para el ejercicio de los que han sido expresamente conferidos”.

Esa posibilidad ha sido establecida como facultad necesaria para organizar determinada función, limitada a ese objeto, pero no para crear derechos u obligaciones o extender las facultades mas allá de lo previsto.

Los poderes “implícitos” tienen vinculación con la “discrecionalidad”, prevista en el art. 3° de la ley 4106 como “materia incluida” en lo contencioso administrativo y ese concepto puede servirnos para comprender el tema, diferenciando el comentarista (REVIDATTI- ob. cit. pag. 11) entre los actos “reglados” y “discrecionales”, atribuyendo a éstos últimos el límite de haber sido utilizados “dentro de los marcos que la ley autoriza”.

Los autores como LUQUI (ob. cit. pag. 194) condensan el tema en que: “No existen facultades absolutamente discrecionales” y “siempre está sujeta a ciertas normas o principios que la limitan, porque la actuación de los órganos estatales se desarrolla dentro del orden jurídico”, siempre hay “discrecionalidad” cuando la ley confiere al Poder Administrador un ámbito de libertad dentro del cual ejerce su arbitrio para apreciar y decidir cual de todas las soluciones contenidas en la norma es la que mejor satisface el interés público”(pág. 199). No siendo revisable judicialmente en cuanto a la “mera oportunidad o conveniencia”, salvo arbitrariedad (art. 5°- b) ley 4106).

De allí que el contorno se halla fijado por la ley, pero el contenido



Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

-6-

Expte N° 168/8

puede ser realizado con la discrecionalidad de la “oportunidad o conveniencia” para poner en ejercicio lo determinado.

Las leyes que declaran la necesidad de la reforma limitan el alcance de la misma - en la materia del caso- al art. 142, circunscribiéndose por ello al nombramiento de los miembros del Superior Tribunal, jueces y funcionarios del Ministerio Público y al llenado de las vacantes correspondientes a estos magistrados y funcionarios.

Pero además las leyes aludidas imponen otra limitación, en cumplimiento del art. 178 la Legislatura determinó los límites de creación de “institutos” de la constitución y los puntos de su cometido.

Estableciendo en sus artículos 3° la lista de la institución de “nuevos órganos con rango constitucional”, dentro de la cual no se hallan el Defensor General y Asesor General, abarcándole así la nulidad absoluta establecida en el artículo 10° de ambas leyes.

No sería posible hacer oídos sordos a esta limitación, pretendiendo que el contorno del art. 142 habilita la creación de “nuevos órganos de rango constitucional” fuera de los determinados taxativamente por las leyes mencionadas.

Del examen que se realiza se pueden diferenciar las modificaciones que se autorizan (art. 142) de los agregados como “nuevos órganos”, no pudiendo quedar dentro de simples modificaciones ante la diferenciación específica hechas por las leyes, resultando necesaria su identificación determinada dentro del contexto diseñado por las normas.

Como lo desarrolló el fallo de la CS de la provincia de Tucumán, “no se puede asignar a *modificar* un alcance omnicompreensivo de *incorporar o agregar*. Si ambos han sido separadamente empleados en la ley con determinaciones precisas en cada caso, no parece adecuado tener por *implícito* en el término *modificaciones* lo que debió estar explícito en el otro (Agregados) previsto expresamente a tal fin. Es la propia ley la que distingue a aquellas dos actividades (modificar y agregar) como diferentes...”.

En nuestras leyes el art. 2° indica las “disposiciones” que se someten a la reforma y en el art. 3° las “incorporaciones” o “agregados” como “nuevos órganos constitucionales”, prohibiendo su art. 10° el apartamiento de las “disposiciones constitucionales que se someten a revisión por los artículos 2° y 3° de la presente ley”.

Debiendo interpretarse que las leyes no habilitan la

“discrecionalidad” en la creación de los “nuevos órganos”, sino la limitación a los expresamente mencionados; los poderes implícitos deben guardar correspondencia con la finalidad y alcance de la reforma constitucional y no pueden extender la competencia de la convención a cuestiones que no le fueron adjudicadas legalmente, careciendo ab initio de la declaración preconstituyente para dichos agregados.

El artículo 175 de la ley 3460 de “Procedimiento administrativo” califica de *vicio grave causante de nulidad* cuando la competencia ha sido legítimamente concedida “pero el órgano se excede manifiestamente en la misma”, calificándolo también el art. 187 de “inexistente” © si “adolece de incompetencia total”.

Al ejercer el poder constituyente de manera derivada, mal puede la convención llevar sus facultades mas allá de los términos de la convocatoria, extralimitándose en la competencia atribuida por las leyes 5692 y 5765.

Abarcando la nulidad exclusivamente la creación de los “nuevos órganos” del Defensor General y Asesor General del art. 182, su mención en el art. 197 y la Disposición Transitoria N° 10°, no así el resto del artículo al que no abarca la prohibición.

Con respecto al art. 183 la situación es distinta, el cubrimiento de las vacantes de los funcionarios del Ministerio Público ha sido establecido por ley, encuadrándose dentro de las modificaciones que se han previsto para el art. 142.

Los motivos del pedido de su nulidad se basan exclusivamente en la “oportunidad o conveniencia” de un sistema u otro, puesto que la “independencia funcional del Ministerio público” ha sido creada por el decreto ley 21 y no por la Constitución, sin haberse determinado de qué manera la modificación afectaría al Poder Judicial “en su conjunto”, máxime que el Ministerio público “forma parte del Poder Judicial” cuya cabeza es el Superior Tribunal de Justicia, como lo establece el art. 1° del decreto ley 21.

Razones que llevan al rechazo de esta nulidad.

Atento al vencimiento recíproco, las costas se imponen en el orden causado. Por ello. SE RESUELVE: 1°) Modificar la carátula del presente expediente, que quedará redactada así: “SOTELO, César Pedro-Fiscal General del Poder Judicial de la provincia de Corrientes c/ Estado de la provincia de Corrientes s/ Acción contencioso administrativa”. 2°) Hacer lugar parcialmente a la presente demanda contencioso administrativa, declarando la nulidad de la incorporación de los cargos de Defensor General y Asesor General con rango constitucional, dejando sin efecto su mención en los artículos 182, 197 y



Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

-7-

Expte N° 168/8

Disposición Transitoria N° 10 de la Constitución de la Provincia de Corrientes.
3°) Rechazar el planteo de nulidad en relación al nuevo art. 183 de la Constitución de la Provincia. Costas en el orden causado. Intimar a los letrados intervinientes que denuncien su posición ante la AFIP, dentro del término de cinco días, bajo apercibimiento de considerarlos como monotributistas.

**A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR
GUILLERMO HORACIO SEMHAN, dice:**

1°).- El Doctor César Pedro Sotelo, a fs. 93/99 de autos, en su carácter de máxima autoridad del Ministerio Público del Poder Judicial inicia acción de nulidad parcial de la reforma de la Constitución de la Provincia de Corrientes, de los artículos 182°, 183°, la parte pertinente del art. 197° y la totalidad de la cláusula transitoria DECIMA.-

Solicita la nulidad de la creación de los institutos del “Defensor General” y “Asesor General”, incluídos en el art. 182° y forma de designación de los “funcionarios del Ministerio Público sustitutos” incorporados en el art. 183°, la inclusión del art.197° de estas dos figuras y la totalidad de la cláusula transitoria décima de la Constitución Provincial, por haberse excedido la Convención Constituyente al no ser temario de reforma.-

La presente acción lo hace en su carácter de Fiscal General, máxima autoridad del Ministerio Público –art.1° y 15° del dec.ley 21/00.-

2°).- A fs. 123/136 se presenta el Estado de la Provincia de Corrientes, y opone excepción de falta de legitimación sustancial activa y falta de personería y falta de causa judicial, que es rechazada por auto n° 639 de fecha 14 de agosto de 2.008, obrante a fs.146/151, y contesta en forma supletoria la demanda (fs.130 vlto/136).-

En apretada síntesis la Provincia dice que las leyes de reforma incluía la reforma del - art. 142° - a los efectos de considerar la designación de los funcionarios del Ministerio Público, elevando los institutos a categoría constitucional y su división tripartita en: Fiscal General, Defensor General y Asesor General, es de buena doctrina, siguiendo los lineamientos del sistema acusatorio, del derecho procesal constitucional.-

La Convención Constituyente lo único que hizo fue dar jerarquía constitucional a la división en ramas del Ministerio Público, que ya estaba consagrado en el dec. Ley 21, y solicita que oportunamente rechace esta acción en todas sus partes.-

3°).- Teniendo en cuenta nuestro sistema federal, las provincias

que también son estado, disponen del poder constituyente para organizarse, siendo la reforma de 2.007 “derivada”, recibe los límites de los artículos 5º y 123º de la Constitución Federal, de los Tratados de Derechos Humanos – art.75º inc.22º - y de las dos leyes que declararon la necesidad de la reforma: a) ley nº 5692, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia nº 24.764 de fecha 02 mayo de 2.006 y luego se amplía el temario con el dictado de la ley 5765, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia nº 24.919 de fecha 15 de diciembre de 2.006.-

La ley 5692 somete a consideración para la reforma los artículos: 142º, 144º, 145º inc.2º, 9º y 13º y artículos. 152º al 155º de la Constitución de la Provincia, en lo que respecta al Poder Judicial y bajo apercibimiento de nulidad del art. 178º.-

La ley nº 5765, en su art. 1º amplía el texto e introduce Institutos con rango constitucional: a). Fiscalía de Estado, b) Fiscalía de Investigaciones administrativas, c) Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento, d) Defensoría del Pueblo, y e) Tribunal de Cuentas y luego amplía a otros temas.-

El art. 178º de la Constitución de 1960, dice:”Para la reforma parcial, aparte de la declaración, la legislatura determinará artículos, capítulos, partes e institutos que se someterán para su reforma a la Convención la que debe limitarse a estos puntos en su cometido”.-

Ambas leyes que declaran la necesidad de la reforma incluye en forma expresa la reforma del art. 142º –del Capítulo I - y art. 152 al 155, y el Capítulo III “Justicia de Paz” todos estos del Poder Judicial.-

A partir de 1983, con el nuevo ciclo de reformas de las Constituciones provinciales, se vislumbró la apertura de la justiciabilidad de distintos aspectos de los procesos constituyentes reformadores, llegándose a pronunciar la Corte Nacional en el caso “Rios” del 02/12/93 (Fallos 316:2743) verdadero anticipo del caso “Fayt”, expresando el carácter limitado de los poderes de las convenciones constituyentes.-

El art. 142º (incluído en el temario de reforma) dice en su primera parte:”Los miembros del Superior Tribunal de Justicia, Jueces de Cámara, Jueces de Primera Instancia y funcionarios del Ministerio Público son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.- El Superior Tribunal de Justicia puede proponer al Poder Ejecutivo uno o más candidatos para ocupar las vacantes y el Senado escuchará al Colegio de Abogados de la circunscripción judicial correspondiente”.-

Este artículo trata la forma de elección de los ministros del



*Superior Tribunal de Justicia
Corrientes*

-8-

Expte N° 168/8

Superior Tribunal de Justicia, jueces y miembros del Ministerio Público, la Convención estaba autorizada a considerar la forma de selección de jueces y funcionarios del Ministerio Público, y al considerar la designación de los funcionarios del Ministerio Público, con buen criterio sigue los lineamientos del proceso constitucional penal, dividiendo la cabeza del Ministerio Público en Fiscalía General, Asesoría General y la Defensoría General, son dos órganos más que crea.-

El art. 182º actual establece la forma de elección de los Ministros del Superior Tribunal de Justicia y a los funcionarios del Ministerio Público: Fiscal General, Asesor General y Defensor General, son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.- Los demás jueces y funcionarios del Ministerio Público, son propuestos en terna vinculante por el Consejo de la Magistratura al Poder Ejecutivo, y designado por éste con acuerdo del Senado. En todos los casos, el Senado escuchará en audiencia pública las impugnaciones de los ciudadanos sobre la persona del propuesto, otorgando a éste la oportunidad de responderlas -

También el actor ataca de inconstitucional el art. 183º dónde la Convención incluye a los funcionarios sustitutos del Ministerio Público, de la misma forma que a los jueces y dando ésta facultad del Superior Tribunal de Justicia.-

El art. 183º quedó redactado de la siguiente forma: "En caso de vacantes o licencias prolongadas, previo sorteo público, jueces y funcionarios del Ministerio Público sustitutos. El sorteo se realizará en orden preferente, entre quienes hayan concursado y aprobado los exámenes para el fuero y circunscripción de que se trate, luego entre jueces y funcionarios judiciales jubilados y, por último, entre abogados con más de quince (15) años en el ejercicio de la profesión. La nómina de jueces y funcionarios del Ministerio Público sustitutos, en el orden señalado, es confeccionado anualmente por el Superior Tribunal de Justicia y remita al Senado para su aprobación.-

La forma de designación de Jueces y funcionarios del Ministerio Público, se encontraba en forma expresa incorporado como temario de reforma – art. 142º - por lo que también debe ser rechazado.-

También ataca la inclusión de las nuevas figuras en el art. 197º, sobre juicio político, corriendo la misma suerte que los planteos anteriores, por encontrarse incluidos la forma de designación y remoción.-

Como también la cláusula transitoria DECIMA, que trata para el

supuesto que el Defensor General y Asesor General fueren designados con anterioridad a la modificación de la ley de Ministerio Público, sus respectivas competencias serán las que el ordenamiento jurídico actual le asigna al Fiscal General en las funciones propias de los nuevos cargos.-

Siendo la cláusula DECIMA una consecuencia lógica y razonable de la división de funciones del Ministerio Público, para el hipotético caso que fueran designado antes de la nueva ley que sustituya al dec.ley 21, por lo que este planteo también deber ser rechazado.-

La Convención constituyente tenía facultad para modificar en todo o en parte, o bien no modificar los artículos sometidos a consideración, y siendo la Convención Constituyente, “un poder derivado”, y su ejercicio radica “en razón de la eficacia” en quienes dentro del mismo pueblo, están en condiciones en un momento dado, de determinar con suficiente consenso social la estructura fundacional del estado y de adoptar la decisión fundamental de conjunto. Son las condiciones socialmente determinadas en razón de lugar y de tiempo, las que espontáneamente confieren eficacia histórica a la voluntad de un hombre o de un grupo con suficiente base de participación y de consenso de toda la comunidad” Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tº 1, Bidart Campos, pag. 479 ed.2.000.-

La reforma de la Convención Constituyente de la provincia de Corrientes de 2.007, en lo que respecta a estos puntos atacados por inconstitucionales, por haberse excedido la misma, se encuentran conforme a la constitución y se realizaron dentro de sus límites, y siendo el poder constituyente, representación más genuina de la voluntad popular, y el contenido de esta reforma tuvo y tiene un amplio consenso de la sociedad, por encontrarse representada en el órgano todos los sectores y pensamientos de Corrientes, su análisis e interpretación debe ser literal, finalista, armónica y contextual, teniendo en cuenta en este tema la fuerte presunción de constitucionalidad de la temática en crisis en la presente causa, estos planteos deben ser rechazados.-

Que, el primer método de interpretación al que debe acudir el juez es el literal, conforme al cual debe atenderse a las palabras de la ley. La Címero Tribunal ha señalado que la primera fuente de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzos de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que exceden las circunstancias del caso contempladas por la norma, y ello es así pues no cabe apartarse del principio primario de sujeción de los jueces a la ley, ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por ésta, pues de hacerlo podría arribarse a



*Superior Tribunal de Justicia
Corrientes*

-9-

Expte N° 168/8

una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto (Fallos:313:1007).

Si bien la doctrina judicial se inclina en su gran mayoría por la judicialidad de todos los actos de gobierno, como así también de una reforma constitucional, la Corte Suprema de Justicia, al decidir el caso “Fayt” del 19 de agosto de 1999 – Fallos 322:1616 – por el voto de los ministros Julio Nazareno, Eduardo Moliné OConnor, Augusto Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo López y Adolfo Vázquez declara la nulidad del art. 110 (antiguo 96) y establecer la Convención un límite de edad para el desempeño de la magistratura judicial, se introdujo en un tema sobre el cual no medió la declaración de necesidad de la reforma por parte del Congreso. De tal manera y regulando la cláusula referente al nombramiento de los jueces (art.99º inc.4) elípticamente procedió a alterar el principio de la inamovilidad de los magistrados contenido en otra disposición constitucional.- La Convención Constituyente incorporó una cláusula extraña a las atribuciones del presidente de la Nación, puesto que todo o concerniente a la inamovilidad de los jueces es inherente a la naturaleza del Poder Judicial conforme a la Ley Fundamental.- Sobre la base de tales argumentos, la Corte entendió que la limitación temporal incorporada al art.99º inc.4º era inaplicable al accionante por padecer de un vicio de nulidad absoluta.- ... “no se analiza la conveniencia o inconveniencia de la norma impugnada, sino una comprobación de que aquella era una consecuencia de un ejercicio indebido de la competencia, que en forma limitada, se le había otorgado a la Convención Reformadora”.- Badeni, Gregorio. Tratado de Derecho Constitucional. T.I, pag.175 y sig.. Edic. 2004.- Bidart Campos, German. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Nueva Edición ampliada y actualizada a 1.999-2000. Tomo I-A.- Ed 2.000.- “El mandato de la Constitución Nacional que pesa sobre el Poder Judicial es el de descalificar todo acto que se oponga aquella” (Fallos: 32:1209).-

“El constituyente originario quiso que el procedimiento del art. 30 reflejase verdaderamente la voluntad soberana del pueblo en cada una de sus etapas y que toda reforma fuese el fruto de una reflexión madura. Por ello, al órgano donde naturalmente está representado ese poder soberano le compete declarar la necesidad de la reforma e incluir las partes o puntos cuya revisión justifica la convocatoria y a otro cuerpo legislativo distinto también representativo de la soberanía, le corresponde llevar a cabo la actividad reformadora dentro de ese marco (conf. Juan A González Calderón, Derecho

Constitucional Argentino, T.1, Bs.As. 1917, pag. 330, 334, 335 y 340).-

En síntesis y siguiendo el razonamiento del fallo “Fayt” y del Dr. Bidart Campos hay que partir de dos principios: a) “limitación del poder constituyente derivado” y b) el “control judicial de la reforma para verificar si respecto a esa limitación hubo o no exceso violatorio”.- Ekmekdjian, Miguel Angel, “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional”. La ley, 17/XI/99, Ventura Adrián, “Inamovilidad de los jueces y la nulidad de un punto de reforma constitucional”, Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley, 8/IX/99, Sanchez, Maríncolo Miguel A., “De la Constitucionalidad y nulidad” en la sanción de una modificación de una norma constitucional. La Ley Actualidad, 2 y 4/XI/99. Bidart Campos, German, ob. Cit..

El Ministerio Público que actualmente se encuentra regulado por el dec. Ley 21/00, y ahora con la conformación del Ministerio Público Fiscal, que se ocupe de todo lo atinente a la acusación penal y a la existencia del Ministerio Público de la Defensa, que se ocupe de la defensa y representación penal de los Pobres y Ausentes, pero acordando siempre al Fiscal General o Procurador General como cabeza de toda la organización, liderando el proceso penal constitucional argentino y doctrina judicial vigente, siendo congruente con mi postura, cuando como Ministro de este Superior Tribunal de Justicia de la Provincia voté a favor de la remisión a la Legislatura de los ante proyectos de reforma de la ley de Ministerio Público y del Código Procesal Penal, conteste con toda la doctrina nacional e internacional en esta materia.-

4º).- A fs. 106/119 se presentan ciudadanas argentinas, legitimadas por el Instituto “Amicus Curiae”, en la persona de las señoras Sonia López, Maria Esther Vera y Araceli Ferreyra – y ex convencionales constituyentes - instituto expresamente reconocido por este Tribunal – Acuerdo nº 33/08, vigente al momento de emitir el presente voto, con legitimación para colaborar, ofrecer estudios, experiencias, y opiniones que sin parte, pueden llegar a ser útiles al Juez para la solución de casos, manifestándose a favor de la constitucionalidad de la reforma de la Convención Constituyente de 2.007, en la creación de los organismos del Fiscal General, Asesor General y Defensor General, y que se encontraba dentro del temario de reforma, fundándose en la teoría de las facultades implícitas del órgano y que la misma es reconocida por la doctrina y votada por casi la unanimidad de los constituyentes.-

Llego a la conclusión que la convención constituyente, no se extralimitó en sus funciones, cuando sancionó la norma en cuestión, por que se encontraba dentro de los temas a reformar – art. 142º - otorgadas por la Legislatura correntina, al momento de disponer la necesidad de la reforma



Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

-10-

Expte N° 168/8

Constitucional.

Pero si aún, se admitiera por vía de hipótesis que la situación pueda ser dudosa, considero que debe preferirse a la interpretación que asegure la plena vigencia de la voluntad del constituyente, máxime cuando las disposiciones reformadas e introducidas no afectan directamente materias expresamente vedadas a su conocimiento y decisión, al menos, con arbitrariedad manifiesta.-

En nuestro derecho público provincial, se encuentra en cabeza del Fiscal General la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades provinciales. En cumplimiento de tan alta e ineludible misión, entiendo que la máxima manifestación de la legalidad se encuentra representada en la Constitución, fruto de la libre expresión del pueblo soberano, representado por los convencionales constituyentes, que todos los poderes constituídos juraron respetar. Y es por ello, que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes es una cuestión de máxima gravedad institucional que constituye la última ratio del orden jurídico, cuanto mayor es la obligación de obrar con prudencia en el juzgamiento de la posible declaración de nulidad de una norma constitucional, pues la zozobra e inseguridad que provocaría tal declaración en la sociedad, obliga a actuar con suma cautela y al extremar los recaudos interpretativos coherentes para preservar la salvaguarda de la armonía entre sus disposiciones. (Dictámen del Dr. Nicolás Eduardo Becerra. Procurador General en el caso Fayt.-).-

En consecuencia por todas las razones expuestas voto: 1º) No hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad de los artículos 182º, 183º, la inclusión de las nuevas figuras en el art. 197º y cláusula transitoria Décima de la Constitución provincial.-

A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR FERNANDO AUGUSTO NIZ, dice:

I.- En autos, el Doctor César Pedro Sotelo, en su carácter de Fiscal General del Poder Judicial, promueve acción de nulidad parcial de la reforma de la Constitución de la Provincia de Corrientes en tanto modifica sustancialmente el órgano cuya titularidad ejerce privándolo de parte de su autonomía funcional, sin haber sido habilitada en la etapa preconstituyente por las leyes N°5692 (B.O., 02/05/2006) y N°5765 (B.O., 15/12/2006), solicitando se tengan por no escritas las adiciones al texto del artículo 142 (actuales artículos

182 y 183), al igual que las adiciones concordantes introducidas en el artículo 197 y la Cláusula Transitoria Décima del nuevo texto constitucional (fs.93/99vta.).

Funda su legitimación en los artículos 27 y 238 de la Constitución Provincial y 1 y 15 de la Ley Orgánica del Ministerio Público – Decreto Ley N°21, promulgado el tres de abril de dos mil.

Señala que en el año dos mil seis se inicia el proceso de reforma de la Constitución con el dictado por la Legislatura Provincial de las leyes N°5692 y N°5765 fijando los puntos y el temario cuya revisión se habilitaba a la Convención Constituyente, autorizando al Poder Ejecutivo a convocar a elecciones al efecto, fijando el plazo para la concreción de la tarea reformadora y estableciendo que la Convención no puede apartarse de las disposiciones sometidas a revisión de conformidad con los términos del artículo 178 de la misma Constitución bajo pena de nulidad absoluta.

Sostiene que, no obstante la precisión de las leyes que habilitaron la reforma al enumerar los puntos sujetos a revisión, entre los que – insiste - no se halla el Ministerio Público y lo enfático de la sanción prevista para cualquier extralimitación, se procede a sancionar una reforma del artículo 142 adicionando las figuras del Asesor General y Defensor General, atribuyendo al Superior Tribunal la facultad de designar funcionarios sustitutos del Ministerio Público, consagrando una reforma sustancial del órgano y un claro retroceso en su autonomía funcional.

Cita jurisprudencia favorable a la “judiciabilidad” del proceso de reforma constitucional tanto nacional como provincial (Fallos 256:556, 317:335, 317:716 y 322:1616 y Sala II, Cám. Apel. Cont. Adm. de Tucumán, sent. del 05/02/2008 en autos “Colegio de Abogados de Tucumán vs. H. Convención Constituyente de Tucumán s/Inconstitucionalidad”) y destaca la doctrina del caso “Fayt” como aplicable al caso por la similitud existente entre las situaciones fácticas.

Destaca que no surge de la lectura de las actas de sesiones en que se debatieron los proyectos de ley de convocatoria y ampliatoria ni del capítulo referido al Poder Judicial en la “Plataforma de Reforma de la Constitución de la provincia de Corrientes” elaborada por el Coordinador Provincial Dr. Aquino Britos, alusión alguna, explícita o implícita, a una novedosa y sustancial conformación tripartita del Ministerio Público ni a la designación de funcionarios sustitutos, limitándose la revisión habilitada al mecanismo de designación y remoción de jueces así como a la incorporación de institutos destinados a asegurar y optimizar la independencia de los mismos.



Expte N° 168/8

Además, observa que al tratarse los distintos proyectos de reforma del Poder Judicial no se discutió la designación de los funcionarios sustitutos del Ministerio Público incorporándose el supuesto mediante una moción de reconsideración aprobada por la mayoría de los dos tercios exigida por el artículo 76 del Reglamento de la Convención, pero incluyendo un tema nuevo nunca debatido ni considerado por las comisiones ni el plenario. Y defiende la facultad legal del Fiscal General de designar dichos funcionarios argumentando que se trata de una decisión de suma gravedad institucional pues afecta la independencia funcional del Ministerio Público.

Finalmente, invoca el derecho que entiende lo asiste, plantea la cuestión federal y ofrece pruebas.

II.- A fojas 106/119 consta la presentación efectuada por un grupo de ex convencionales constituyentes en calidad de “amicus curiae”, figura cuyo reconocimiento por el Tribunal tuvo lugar mediante Acuerdo N°33/08, manifestándose a favor de la constitucionalidad de la reforma llevada a cabo por la Convención Constituyente que integraron, aportando datos concretos relativos al tratamiento de las modificaciones al artículo 142, destacando que estaban dentro del temario habilitado además, de invocar las facultades implícitas de la H. Convención.

III.- En tiempo y forma, a fojas 123/136vuelta, el Señor Fiscal de Estado opone excepciones de falta de legitimación por incompetencia funcional o falta de personería y falta de acción o incompetencia y contesta la demanda en mérito al principio de eventualidad.

En esta última tarea, destaca que la única garantía que el artículo 142 anterior a la reforma daba al Ministerio Público era su ubicación dentro del Poder Judicial y la designación de sus funcionarios con el mismo sistema de designación de los Jueces puesto que nada decía sobre su organización y autonomía, dispuestas mediante un decreto ley, esto es, una norma de rango legal que, en rigor, debe ajustarse al texto constitucional. Y, observa que el pedido de nulidad formulado por el Fiscal General implica, necesariamente, la pérdida de rango constitucional de su propio cargo si llegara a determinarse la inconstitucionalidad de las modificaciones efectuadas por la H. Convención Constituyente por considerar que se ha excedido en sus facultades.

Respecto de la facultad del Superior Tribunal de Justicia, establecida en el artículo 183, de designar los sustitutos en el Ministerio Público señala que el problema no radica en la norma constitucional como pretende el

actor al agravarse sino que se trata de un claro caso de inconstitucionalidad sobreviniente del decreto ley que otorga dicha facultad al Fiscal General.

Agrega que la división en tres ramas del Ministerio Público ya estaba consagrada en el Decreto Ley N°21/00 toda vez que estructura el Ministerio Público en Fiscal (Penal), Pupilar (Menores e incapaces) y de la Defensa (Pobres y ausentes), solo que estableciendo una jefatura unificada. Por lo que, manifiesta, la reforma lo único que hizo fue dar jerarquía constitucional a esa división por ramas.

Finalmente, sostiene que establecida la necesidad de reformar el artículo 142, el Poder Constituyente queda habilitado para resolver sobre todas las cuestiones previstas en el mismo, aún la creación de nuevos cargos. Y, se apoya para así concluir, en el pronunciamiento de éste mismo Tribunal, aunque con distinta composición, en la causa "Ríos" posteriormente convalidado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

IV.- A fojas 146/151 por Resolución N°639 del catorce de agosto de dos mil ocho, se desestiman las excepciones, imponiéndose las costas a la demandada vencida.

Y, a continuación, el Tribunal declara su competencia. Por el mismo acto tiene por producida la prueba documental, desestima la testimonial ofrecida por el actor y proclama la cuestión de puro derecho, ordenando un nuevo traslado a las partes para que aleguen (Res.N°802, fs.159/160vta.). Firme la resolución que rechaza el recurso de revocatoria deducido en su contra por el actor (fs.166/168) y agregados los alegatos, se llaman autos para sentencia a fojas 181.

V.- En primer lugar, está claro y así lo he sostenido al propiciar la procedencia de las excepciones formuladas por el Estado, a cuyos argumentos me remito y doy por reproducidos por razones de celeridad y economía procesal, que habiéndose presentado el actor, en su carácter de Fiscal General, carece de legitimación en tanto no existe, en el caso concreto, ningún deber legal que le imponga el ejercicio de esta acción.

Sin embargo, admitida la legitimación por la mayoría y declarada la competencia del Superior Tribunal para entender en la causa, resulta pertinente ahora indagar acerca de la pretensión ejercida en autos.

VI.- La Corte Suprema fue sentando su doctrina respecto del control judicial de constitucionalidad de la reforma a través de sus fallos.

Por ejemplo, en "Soria de Guerrero c. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos." (Fallos 256:556) si bien la mayoría entendió que la cuestión no era justiciable, dejó aclarado que, bajo determinadas condiciones, era viable el



Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

-12-

Expte N° 168/8

control de constitucionalidad de los actos de una Convención Constituyente.

Conclusión que fue posteriormente enriquecida en la causa “Ríos” (Fallos 316:2743) donde también se planteó la inconstitucionalidad parcial de una reforma a nuestra Constitución provincial en el entendimiento que la Convención se había apartado del temario establecido por la ley declarativa de la necesidad de la reforma y este mismo Superior Tribunal, aunque con distinta composición a la actual, consideró que aquella había actuado dentro del marco fijado por la ley, rechazando la Corte Suprema el recurso extraordinario por tratarse de una cuestión local resuelta sin arbitrariedad en mérito a los fundamentos expuestos por el Tribunal después de considerar, citando a Gorostiaga, que los poderes conferidos a la Convención no son ilimitados, hallándose circunscriptos por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia y agrega, que las facultades atribuidas están condicionadas a los puntos sometidos a su resolución, “dentro de los principios cardinales sobre que descansa la constitución”.

En líneas generales, doctrina y jurisprudencia son contestes en admitir el control judicial de constitucionalidad de la reforma constitucional, ya sea sobre el acto preconstituyente o sobre el acto constituyente, pero siempre de los aspectos formales.

Ahora bien, en autos el Fiscal General sostiene que la Convención Constituyente se apartó del temario establecido por el Poder Legislativo al habilitar la reforma y ello torna esas disposiciones en particular, nulas de nulidad absoluta por aplicación del artículo 10 de la ley N°5692, éste es un aspecto formal, por lo que, siguiendo la doctrina del Máximo Tribunal, cabe efectuar aquel control.

VII.- La reforma constitucional es un proceso que comienza con la actuación del Poder Legislativo, quien declara la necesidad de la reforma y determina los artículos, capítulos, partes e institutos de la Constitución que se someterán para su reforma y sigue con el Poder Constituyente, ejercido por la Convención convocada al efecto, a la que compete exclusivamente la facultad de hacer o no aquellas reformas, debiendo limitarse a esos puntos (arts. 177 y 178, actuales 237 y 238).

Así, el texto constitucional es absolutamente claro, deben determinarse los artículos, capítulos, partes e institutos que han de ser materia de la reforma, lo que, de ninguna manera implica, determinar el contenido de la reforma, no admitiéndose otra interpretación, ni literal ni sistemática. Además,

pretender que la Legislatura pueda imponerle a la Convención el contenido de la reforma o modificación, importaría reconocerle un poder constituyente que, obviamente, no tiene.

Como señala Gregorio Badeni “[...] El Congreso está limitado por la Convención porque en ejercicio de la función preconstituyente no puede efectuar la reforma constitucional y, a su vez, la Convención está limitada por el Congreso porque no puede reformar parte alguna de la Constitución que no esté incluida en la declaración de necesidad propuesta por éste último.” (Tratado de Derecho Constitucional, T.I, 2da.ed., pág.205).

Por tanto, la cuestión radica en determinar si la Convención estaba o no habilitada para incluir las figuras del Asesor General y Defensor General y establecer el sistema de designación de los funcionarios sustitutos del Ministerio Público.

El Poder Legislativo dicta la ley N°5692 (B.O. 02/05/06) sometiendo a consideración para su reforma los artículos 142, 144, 145 incisos 2), 9) y 13) y 152 a 155, todos referidos al Poder Judicial, la creación de nuevos órganos – Fiscalía de Estado, Fiscalía de Investigaciones Administrativas, Consejo de la Magistratura, Jurado de Enjuiciamiento y Defensoría del Pueblo y la incorporación de nuevos artículos que establezcan la imprescriptibilidad de los bienes inmuebles del Estado en zonas con recursos naturales y un pacto de crecimiento que fije las bases sobre políticas de Estado con diez años de duración. Luego, la ley N°5765 (B.O. 15/12/06), amplía los puntos sometidos a reforma, previendo también la creación del Tribunal de Cuentas y la incorporación de institutos como los derechos de la mujer trabajadora del hogar, de la familia, el niño y la ancianidad, protección de los recursos naturales y medio ambiente, intervenciones federales, amparo y hábeas corpus y autarquía financiera del Poder Judicial, entre otros.

El artículo 142 establecía el nombramiento por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado de los miembros del Superior Tribunal de Justicia y demás magistrados y funcionarios del Ministerio Público. El actual artículo 182 mantiene esa forma de elección para miembros del Superior Tribunal y también para el Fiscal General, Asesor General y Defensor General mientras establece que los demás jueces y funcionarios del Ministerio Público serán propuestos en ternas vinculantes por el Consejo de la Magistratura y designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado y el 183 prescribe la designación por el Superior Tribunal de Justicia de jueces y funcionarios sustitutos en caso de vacantes o licencias prolongadas, a partir de una nómina que deberá ser anualmente confeccionada por el Tribunal y aprobada por el Senado.



*Superior Tribunal de Justicia
Corrientes*

-13-

Expte N° 168/8

¿Importan esas reformas una extralimitación respecto de los puntos sometidos a consideración? Entiendo que no y comparto los fundamentos expuestos al respecto en su voto por el Doctor Semhan, adhiriendo a la solución que propone.

Empero, estimo conveniente efectuar algunas consideraciones a mayor abundamiento.

La Honorable Convención Constituyente tenía la competencia suficiente para admitir o rechazar la necesidad de reformar los artículos referidos al Poder Judicial sometidos a consideración y aceptada la necesidad, decidió el contenido del tema habilitado - formas de elección de jueces y funcionarios del Ministerio Público - de la forma que consideró más conveniente, debidamente consensuada y aprobada por los constituyentes. Extremos que han sido destacados claramente por los ex – convencionales constituyentes que se presentaron a fojas 106/119 invocando la calidad de “amicus curiae” del Tribunal.

Es erróneo sostener que la Convención debió ajustarse al decidir el contenido de la reforma a lo debatido por los legisladores al tratar los proyectos de ley de convocatoria y ampliatoria o al capítulo referido al Poder Judicial de la “Plataforma de Reforma de la Constitución de la Provincia de Corrientes” elaborada por el Coordinador Provincial Dr. Aquino Britos. Como también lo es pretender que se ha extralimitado en su cometido porque la inclusión de las figuras del Asesor General y Defensor General importa, como se sostiene en el primer voto, la creación de “nuevos órganos con rango constitucional” en franca violación de la habilitación contenida en el artículo 3 de la ley N°5692 ampliado por ley N°5765.

Primero, las sugerencias que eventualmente puede manifestar el Poder Legislativo sobre los contenidos de la reforma o las efectuadas en aquella “Plataforma...”, no son vinculantes para la Convención Constituyente. Sirve como ejemplo a contrario sensu, lo ocurrido con la “cláusula cerrojo”, es decir, la cláusula 5ta. de la ley N°24.309 que imponía a la Convención Reformadora de la Constitución Nacional el deber de votar en forma conjunta la reforma del articulado incluido en el Núcleo de Coincidencia Básicas, la Corte entendió en el caso “Romero Feris” (Fallos 317:711) que la cuestión se había tornado abstracta e inoficiosa porque la misma Convención incluyó esa modalidad de votación en el artículo 127 de su reglamento interno, distinta hubiera sido la solución si al momento de pronunciarse el Máximo Tribunal la

Convención no hubiera aceptado en forma expresa el criterio sugerido por el Congreso, pues la cláusula era claramente inconstitucional en tanto fijaba un límite al ejercicio del poder constituyente derivado.

Segundo, al hablar de órgano solo podemos referirnos al Ministerio Público, en nuestra provincia un ente de origen legal que forma parte del “órgano constitucional” Poder Judicial, estructurado en tres ramas, Ministerio Público Fiscal (Penal), Ministerio Público Pupilar (Menores e Incapaces) y Ministerio Público de la Defensa (Pobres y Ausentes) con distribución taxativa de funciones y deberes entre sus miembros. En síntesis, un órgano con marcadas diferencias respecto del nacional con rango constitucional. Si bien el Decreto ley N°21/00 – Ley Orgánica del Ministerio Público – actualmente vigente, designa al Fiscal General y demás funcionarios como “órganos del Ministerio Público”, va de suyo que, se trata, en rigor, de las personas físicas llamadas a ejercer la función que constituye el órgano jurídico, esto es, funcionarios del ente u órgano. Entonces, que por carácter transitivo, se llame al Asesor General y al Defensor General “órganos” no implica, como pretende el actor y se sostiene en el primer voto, la creación de nuevos órganos no previstos en el artículo 3 de la ley sino, lisa y llanamente, el ejercicio de facultades implícitas de la Convención con el claro fin de resguardar la autonomía funcional de las tres ramas del órgano legal en consonancia con los modernos lineamientos del proceso penal y la necesidad de evitar eventuales conflictos de intereses preservando el principio de legalidad y la garantía de la defensa en juicio de innegable raigambre constitucional.

Ahora bien, siguiendo la línea de pensamiento desarrollada en el primer voto, si la Convención no estaba habilitada para incluir al Asesor General y al Defensor General, la conclusión lógica debiera ser que tampoco lo estaba para incluir al Fiscal General pues, conforme el criterio allí expuesto, el Fiscal General también sería un nuevo órgano no mencionado en el artículo 3 de la ley N°5692, ergo, su inclusión también debería ser alcanzada por la nulidad cuya declaración propicia.

En la demanda se invoca la doctrina del caso “Fayt”, sin advertir que allí se trató de una modificación sustancial a la garantía de inamovilidad de los jueces establecida en el artículo 110 cuya reforma no había sido prevista en el “Núcleo de Coincidencias Básicas” incorporado a la ley N°24.309, lo que no ocurrió en nuestro caso donde sí se sometió a reforma, en forma expresa, el artículo 142 y otros referidos al Poder Judicial, sin ninguna limitación.

Tampoco comparto la disquisición efectuada en el primer voto entre “modificación” e “incorporación” porque, reitero, no se “creó” ni “incorporó”



*Superior Tribunal de Justicia
Corrientes*

-14-

Expte N° 168/8

el Ministerio Público como órgano de jerarquía constitucional – porque no estaba autorizada tal incorporación - sólo se reformó, tal como autorizaba la ley, el artículo 142 y esa reforma estableciendo el sistema de elección de jueces y funcionarios, distinguiendo entre el Fiscal General, Asesor General y Defensor General y demás funcionarios del Ministerio Público, fue adoptada válidamente en ejercicio de los poderes implícitos que necesariamente tiene la Convención para el desempeño de su cometido, en tanto, no se apartó de la norma que la habilitaba, ciñéndose al artículo sometido a consideración.

Por otra parte, es palmaria la falta de sustento de la pretendida afectación de la autonomía funcional del Ministerio Público puesto que, la previsión constitucional del Fiscal General, Asesor General y Defensor General, en rigor, no se opone a ninguna norma constitucional, más aún, es conteste con el objetivo fijado al disponer la necesidad de la reforma y, en particular, tiende a resguardar aquella autonomía de eventuales modificaciones legislativas asegurando la tripartición de funciones, que como bien señala el Doctor Semhan en su voto, se conforma con los modernos lineamientos del derecho procesal penal y toda la doctrina nacional e internacional, objetivos compartidos además, vale destacar, por este Tribunal al haber elevado oportunamente al Poder Legislativo los proyectos de reforma de la ley del Ministerio Público y del Código Procesal Penal.

Iguales observaciones caben respecto del nuevo artículo 183, toda vez que se trata siempre del sistema de elección de los funcionarios sometido a revisión de la Convención Constituyente.

En todo caso, estaríamos frente a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley orgánica del Ministerio Público en tanto no se ajusta al nuevo texto constitucional al mantener aún la titularidad unificada de las tres ramas perfectamente estructuradas en su articulado y la facultad del Fiscal General de designar los funcionarios sustitutos.

Respecto de la Cláusula Décima, es inobjetable la competencia de la Convención Constituyente de dictar las normas transitorias que sean menester para adecuar el funcionamiento de las instituciones vigentes a la constitución reformada.

Por todo lo expuesto, estoy convencido que la reforma concretada es coherente con la habilitación preconstituyente de la ley y la pretensión nulificatoria no puede prosperar.

VIII.- Finalmente, las costas deben imponerse al actor vencido por

aplicación del principio objetivo de la derrota (Art.68, C.P.C.yC.), debiendo intimarse a los profesionales intervinientes que acrediten su posición ante la AFIP bajo apercibimiento de regularles oportunamente como monotributistas. Por ello, VOTO por: 1) No hacer lugar a la acción formulada por el Fiscal General del Poder Judicial, con costas. 2) Intimar a los letrados intervinientes que denuncien su posición ante la AFIP bajo apercibimiento de regularles oportunamente los honorarios como monotributistas.

A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO

DOCTOR JUAN CARLOS CODELLO, dice:

Que adhiere al voto del Señor Ministro Doctor Carlos Rubín, por compartir sus fundamentos

A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR PRESIDENTE DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DOCTOR EDUARDO ANTONIO FARIZANO, dice:

I. El caso:

El Dr. César Pedro Sotelo, a fs 21/27 y 93/99, en el carácter de Fiscal General del Poder Judicial promueve acción de nulidad parcial de la Reforma de la Constitución de la Provincia de Corrientes en tanto modifica sustancialmente el órgano cuya titularidad ejerce, creando como órganos nuevos el “Defensor General” y “Asesor General”, además de modificar la forma de designación de las vacantes, sin haber sido previsto ni habilitado el tema en la etapa preconstituyente conforme a las leyes 5.692 (Boletín Oficial 02/05/2006) y 5.765 (B.O. 15/12/2.006), solicita se tengan por no escritas las adiciones al texto del art. 142 (actuales art. 182 y 183), al igual que los agregados concordantes del actual art. 197 y la “Cláusula Transitoria Décima” del actual texto constitucional, en función de lo establecido en el art. 178 de la Constitución, vigente a la fecha de la reforma, que establecía que *“Para la reforma parcial, aparte de la declaración, la Legislatura determinará los artículos, capítulos, partes e institutos de la Constitución que se someterán para su reforma a la Convención la que debe limitarse a estos puntos en su cometido”*; y en lo dispuesto en el art. 10° de la ley 5.765 que establecía: *“La Convención Constituyente se expedirá Siendo nula, de nulidad absoluta todas las reformas, derogaciones y agregados que se realizaren, apartándose de las disposiciones de la presente ley”*.

A fs. 123/136 se presenta el Sr. Fiscal de Estado de la Provincia de Corrientes oponiendo excepciones de falta de legitimidad por incompetencia funcional o falta de personería, falta de acción o incompetencia y contesta la demanda subsidiariamente, solicitando el rechazo de la acción.



Superior Tribunal de Justicia
Corrientes

-15-

Expte N° 168/8

A fs. 146/151 por Resolución N° 639 se desestimó las excepciones planteadas, declarándose la competencia del Superior Tribunal de Justicia.

II.- De la lectura de los votos que preceden se advierten dos vertientes por un lado la sostenida por los Sres. Ministros Dres. Carlos Rubín y Juan Carlos Codello y por el otro la de los Sres. Ministros Dr. Guillermo H. Semhan y Fernando A. Niz.

Previo al análisis de la disidencia, aclaro que existen coincidencias y en consecuencia mayoría, sobre algunos de los puntos sometidos a decisión del Tribunal, lo que hace que la intervención del suscripto al respecto sea innecesaria. Sin embargo para una mejor comprensión, se aclara cuales son los puntos concordantes:

a) *Trámite procesal:* Impugnado el trámite impreso por la demandada, y resuelto en el punto II de voto del Sr. Ministro Dr. Rubín, no fue materia de disidencia de los otros Ministros.

b) *Competencia del Superior Tribunal de Justicia:* Para ejercer el control de constitucional de la reforma Constitucional, decidido en el punto III del voto del Dr. Rubín, el Ministro Codello se adhirió y los Sres. Ministros Semhan y Niz admiten en sus votos dicha competencia.

c) Leyes 5692 y 5765, no mencionan la incorporación de los organismos denominados "Defensor General" y "Asesor General" .

d) La impugnación a la reforma introducida en el art. 183 relativo a la forma de cubrir las vacantes del Ministerio Público, es rechazada por unanimidad.

III.- La cuestión a decidir: De la reseña del caso planteada en el punto I y las coincidencias desarrolladas en el apartado II, la cuestión sometida a mi decisión se circunscribe entonces a sí la inserción del art. 142 de la Constitución de la Provincia en las leyes 5692 y 5765 como objeto de la reforma, habilitaba o no, a la Convención Constituyente a incluir en el mismo a los organismos "Defensor General" y "Asesor General". Ello es así, por cuanto los Sres. Ministros Dres Rubín y Codello, votan por la nulidad de la agregación haciendo lugar a la demanda y los Sres Ministros Dres. Semhan y Niz, a su turno lo hacen por la validez y en consecuencia por el rechazo de la pretensión.

IV. Anticipo que comparto la solución propiciada por los Ministros preopinantes Dres Rubín y Codello y a los fundamentos por ellos dado, agrego lo siguiente:

V. No es tema de análisis y ninguna duda cabe, que la Convención que reformó la Constitución de la Provincia de Corrientes ejerció el poder constituyente derivado y que éste, por su naturaleza jurídica, es limitado, acotado, circunscripto a los puntos y temas incluidos en las normas preconstituyentes que le atribuyen competencia a la Convención Constituyente.

A ello se suma, la claridad del art. 178 de la Constitución Provincial reformada y el art. 4° de la ley 5765, que modificó el art. 10° de la ley 5692 que en su parte pertinente dice: *"La Convención Constituyente se expedirá [...] sin apartarse de las disposiciones constitucionales que se someten a revisión por los arts. 2 y 3 de la presente ley y conforme a lo prescripto por el art. 178 de la Constitución provincial, siendo nula de nulidad absoluta todas las reformas, derogaciones y agregados que se realizaren, apartándose de las disposiciones de la presente ley"*.

VI. Reitero, está fuera de discusión que en las leyes preconstituyentes -5692 y 5765-, no fueron explícitamente mencionados los organismos "Defensor General" y "Asesor General", lo que se debe analizar es, si la inclusión de dichos organismos, efectuada por la Convención Constituyente en los art. 182, 197 y Cláusula Transitoria 10°, puede interpretarse como derivado de los denominados "poderes implícitos". El interrogante que se presenta es entonces: ¿Pueden considerarse que los cargos de Defensor General y Asesor General fueron validamente creados porque implícitamente estaban en el art. 142 que sí fue incorporado como objeto de reforma?.

Una interpretación literal del art. 3 inc. c de la ley 5692 y del art. 1 de la ley 5765, nos lleva a una respuesta negativa, pues, como se vera, no fueron incluidos como organismos nuevos con rango constitucional. La norma taxativamente menciona a:

- a) Fiscalía de Estado
- b) Fiscalía de Investigaciones Administrativas
- c) Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento
- d) Defensoría del Pueblo; y
- e) Tribunal de Cuentas

Es decir, si la norma específica que alude a los "nuevos órganos con rango constitucional", el art. 3° de la ley 5692 y el art. 1 de la ley 5765, no los mencionan, no puede concluirse lógicamente, que implícitamente estaban comprendidos en una norma que refiere exclusivamente a la forma de elección de magistrados y funcionarios del Ministerio Público, y ello es así, porque cuando los legisladores establecieron expresamente cuales serían esos



Expte N° 168/8

“nuevos órganos”, no los indicó explícitamente.

Cabe consignar a mayor abundamiento el pronunciamiento de la Corte de Tucumán en la causa “Gutiérrez, José y Otro v/ HCCT”, sentencia del 06/04/1990, donde sostuvo que *“la reforma constitucional [...] debe interpretarse como una genuina operación jurídica que tiene límites heterónomos y autónomos, explícitos e implícitos. [...] como límites implícitos, a los que surgen como lógica consecuencia de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional considerado en su conjunto”*.

En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Fayt, en relación con los *poderes implícitos* sostuvo que “[...] son aquellos que guardan estricta congruencia con la finalidad, sentido y alcance de la reforma, cuya necesidad y alcance, respecto a la constitución a modificar fue declarada por la ley sancionada a tal efecto; su existencia, en cuanto medio indispensable para cumplir el cometido de la reforma, no puede ser concebida para aumentar competencias que no han sido adjudicadas. No obstante, es la propia Corte quién decide poner límites a los denominados “poderes implícitos”, en tal sentido ha expresado “[...] no puede justificar un desconocimiento de que el principio que sostiene el diseño institucional de la república es que ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido expresamente conferidas, pues si de un poder expreso pudiera implicarse otro de análoga consistencia se destruyen los límites de la concesión y no tardaría en echarse por tierra todo el aludido equilibrio de la Constitución” (Fallos: 318:1967).

VII.- Algún atisbo de duda podría haber existido, si sólo se hubiera sancionado la ley 5.692, pero al dictarse posteriormente la ley 5.765 con el detalle preciso de los nuevos organismos con rango constitucional, claramente ha excluido, a los que no se hallan expresamente mencionados en la ley. La creación de los organismos “Defensor General” y “Asesor General” no estaban comprendidos en la norma que explícitamente menciona a los nuevos organismos con rango constitucional y no puede derivarse esos organismos al tratarse el modo de designación de los magistrados y miembros del Ministerio Público, porque ello significa una extralimitación formal de la competencia prescripta por las leyes preconstituyentes.

VIII.- Es válido aclarar, que los organismos “Defensor General” y “Asesor General” tampoco tenían existencia legal al tiempo de la reforma. El Decreto Ley 21/00, Ley Orgánica del Ministerio Público, no legisla al respecto,

aun cuando los menciona en la exposición de motivos. Y digo esto por la expresión de la demandada, respecto a que la Ley Orgánica del Ministerio Público, en el “Visto” alude a tres ramas en que debería dividirse el Ministerio Público: Fiscal (Penal), Ministerio Público Pupilar (Menores e Incapaces), y Ministerio Público de la Defensa (Pobres y Ausentes). Lo cierto es que si bien los refiere, sin embargo luego no los instituye ni organiza legalmente. Es así que, en el Título II “Órganos del Ministerio Público”, art. 5°, al referirse a la integración del Ministerio Público omite toda referencia a los Ministerios Pupilar y de la Defensa.

No puede afirmarse entonces que dichos órganos ya existían por estar mencionados en la forma aludida.

IX.- En este aspecto no comparto el voto del Sr. Ministro Dr. Niz, que al disentir con el Sr. Ministro Rubín -a quien adhiero-, afirma que el “órgano” único es el “Ministerio Público”, estructurado en tres ramas: Ministerio Público Fiscal (Penal), Ministerio Público Pupilar (Menores e Incapaces), y Ministerio Público de la Defensa (Pobres y Ausentes) con distribución taxativa de funciones y deberes entre sus miembros, argumentando que, estando previsto en el art. 142, el Ministerio Público, bien pudo la Convención instituir las tres ramas.

Este argumento es intrínsecamente contradictorio, pues, si como afirma a posteriori, la división en tres ramas se efectuó en función de los modernos lineamientos del proceso penal y la necesidad de evitar eventuales conflictos de intereses preservando el principio de legalidad y la garantía de la defensa en juicio que presuntamente se violarían al estar en cabeza del Fiscal General las tres ramas, pero al ser, como se sostiene, un único “órgano” el Ministerio Público en el sentido funcional, los supuestos conflictos se mantendrían puesto que el mismo órgano contendría todas las funciones que se afirman contrapuestas.

Manuel María Díez, con la claridad que lo caracteriza, nos dice: “Hay que entender como órgano del Estado a los funcionarios que, en ejercicio de la competencia que les corresponde, individual o corporativamente, quedan habilitados por la Constitución para querer por la colectividad, y cuya voluntad vale, por esta habilitación estatutaria, como voluntad legal de la colectividad” (Derecho Administrativo, T I, pág. 69, Ed. Plus Ultra, 1.974). “En cuanto a la competencia podemos decir que cada órgano, como unidad estatal, tiene una porción funcional determinada que se le atribuye por razón de la especialización y división del trabajo. Tiene entonces competencia, vale decir aptitud de obrar, poder jurídico (Díaz, ob. cit. pág. 79).



-17-

Expte N° 168/8

Tan nuevos son los organismos de Defensor General y Asesor General, que para atribuirle competencias, al igual que los demás organismos creados, se necesitó del dictado de la Cláusula Décima de las Disposiciones Transitorias, que expresa: *“En caso que el Defensor General y el Asesor General fueren designados con anterioridad a la modificación de la ley de Ministerio Público, sus respectivas competencias serán las que el ordenamiento jurídico actual le asigna al Fiscal General en lo relativo a las funciones propias de los nuevos cargos”*.

Con lo antes dicho, ¿Se podría afirmar sin error de interpretación, que no estamos frente a organismos nuevos, cuando la Cláusula Transitoria Décima de la nueva Constitución le asigno competencias específicas, sustrayéndolas de las que tenía el Fiscal General?.

A los órganos preexistentes, de origen legal, se le atribuye la competencia que les otorgaba la normativa vigente (Consejo de la Magistratura, Fiscalía de Estado, Tribunal de Cuentas) hasta tanto se dicten las leyes respectivas.

Cuando los nuevos órganos no eran preexistentes, su implementación debía sujetarse al dictado de futuras leyes (Defensor del Pueblo y Fiscal de Investigaciones Administrativas).

Con lo antes dicho, se advierte que la competencia del Defensor General y del Asesor General, tuvieron el mismo tratamiento que los “nuevos órganos con rango constitucional”, de modo que así fueron considerados -como nuevos órganos- por los constituyentes, aún cuando no estaban específicamente incluidos en las leyes que declararon la necesidad de la reforma.

No es entonces, como también se afirma en la contestación de la acción, que se trató de una mera división en ramas del Ministerio Público, mencionado en el art. 142 de la Constitución, sino de una verdadera creación de nuevos órganos con jerarquía constitucional individual y autónoma, los cuales, como afirma la propia demandada (fs 133 vta., 2do. párrafo, in fine) “no pueden hallarse bajo un mismo orden jerárquico” y si no pueden estar bajo un mismo orden jerárquico, es porque son órganos diferenciados.

En el marco de lo que la Corte Suprema interpreta como facultades implícitas, aquellas creaciones, no pueden ser consideradas como una derivación de las facultades implícitas de la Convención, porque el art. 3° de la ley 5.765 acotó, con claridad meridiana, cuales serían los nuevos

organismos con rango constitucional y por ende, no puede considerarse como derivadas el ejercicio de facultades implícitas porque no guardan estricta congruencia con la finalidad, sentido y alcance de la necesidad de reforma del art. 142, que, reitero una vez más, sólo se refería a la forma en que son designados los magistrados y funcionarios del Ministerio Público.

X. Si a todo ello agregamos, que el Sr. Gobernador de la Provincia de Corrientes, que integró la Convención Constituyente en calidad de convencional, hecho éste de dominio público, propone y remite al Senado de la provincia, en su calidad del representante del Estado, los pliegos de dos personas a efectos de cubrir los "*nuevos cargos previstos en la Carta Magna*" (ver fs. 2, 3, y 14 del Incidente de Medida Cautelar en "Sotelo Cesar Pedro -Fiscal General del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes c/ Poder Ejecutivo de la Pcia. s/ Acción contencioso administrativa"), es porque el propio Estado considera que los cargos de Defensor General y Asesor General, fueron creados por la Convención Constituyente, y sólo faltaba la designación de las personas que los ejercerían.

XI.- Por lo demás, las afirmaciones generales relativas a los modernos lineamientos del derecho procesal penal y toda la doctrina nacional e internacional relativas a la tripartición del Ministerio Público y su inserción en la Constitución de la Provincia debieron ser introducidas por los legisladores preconstituyentes al sancionar la ley respectiva. Pretender justificar a posteriori una reforma constitucional no autorizada es absolutamente tardío. Así voto. 1°) Modificar la carátula del presente expediente, que quedará redactada: "SOTELO, CESAR PEDRO- FISCAL GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES c/ ESTADO DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES S/ACCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA". 2°) Hacer lugar parcialmente a la presente demanda contencioso administrativa, declarando la nulidad de la incorporación de los cargos de Defensor General y Asesor General, con rango constitucional, dejando en consecuencia sin efecto su mención en los arts. 182, 197 y Disposición Transitoria Décima de la Constitución de la Provincia de Corrientes. 3°) Rechazar el planteo de nulidad en relación al nuevo art. 183 de la Constitución de la Provincia. 4°) Imponer las costas en el orden causado. 5°) Intimar a los letrados intervinientes que denuncien su posición ante la AFIP, dentro del término de cinco días, bajo apercibimiento de considerarlos como monotributistas.

En mérito al precedente Acuerdo, el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente, por mayoría,



*Superior Tribunal de Justicia
Corrientes*

-18-

Expte N° 168/8

SENTENCIA: N° 26

1º) Modificar la carátula del presente expediente, que quedará redactada:” SOTELO, CESAR PEDRO- FISCAL GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES c/ ESTADO DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES S/ACCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA”. **2º)** Hacer lugar parcialmente a la presente demanda contencioso administrativa, declarando la nulidad de la incorporación de los cargos de Defensor General y Asesor General, con rango constitucional, dejando en consecuencia sin efecto su mención en los arts. 182, 197 y Disposición Transitoria Décima de la Constitución de la Provincia de Corrientes. **3º)** Rechazar el planteo de nulidad en relación al nuevo art. 183 de la Constitución de la Provincia. **4º)** Imponer las costas en el orden causado. **5º)** Intimar a los letrados intervinientes que denuncien su posición ante la AFIP, dentro del término de cinco días, bajo apercibimiento de considerarlos como monotributistas. **6º)** Insértese, regístrese y notifíquese.-

Fdo: Dres. Rubin-Semhan (disidencia)- Niz (disidencia)-Codello-Farizano.