

**AUTO NÚMERO: 289**

Córdoba, siete de julio de dos mil seis.-

**Y VISTOS:**

Estos autos caratulados "**VALLES, MARÍA LAURA C/ PROVINCIA DE CÓRDOBA – ILEGITIMIDAD**" (expte. letra "V", n° 7, de fecha 26/09/2005), en los que:

I.- A fs. 60/65 el Sr. Fiscal de Cámara Contencioso Administrativa interpone excepción de incompetencia del tribunal, de conformidad con lo dispuesto por el art. 24, inc. 1, de la ley 7182, fundada en que la resolución reclamada no da lugar a la acción contenciosoadministrativa y subsidiariamente, en que la demanda ha sido presentada fuera de término.

Aduce que si bien en otros ordenamientos jurídicos la mera impugnación ante la jurisdicción de una decisión de una categoría inferior a la ley asigna competencia judicial a los tribunales contencioso administrativos, en la Provincia de Córdoba tal circunstancia no es razón suficiente para ello.

Entiende que el elemento definitorio de la competencia especializada, según la Constitución de la Provincia y la ley de la materia es el ejercicio de función administrativa.

Cita doctrina.

Sostiene, siguiendo a Gordillo, que la función administrativa se define como la que realizan órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales.

Manifiesta que la doctrina clásica distingue la actividad administrativa de la actividad política de gobierno. Y agrega, en esta tesitura, que el Tribunal Supremo de España ha sostenido que la orientación para conocer la naturaleza administrativa o política del acto es la de la causa del derecho que le dio vida y actuación.

Considera que esta distinción doctrinaria y la jurisprudencia extranjera citada, son aplicables a la presenta causa, en razón de que la Constitución de la Provincia y el C.P.C.A., reglan de modo positivo la competencia para resolver las causas que se promuevan impugnando actos administrativos, que sean consecuencia del ejercicio de función administrativa y que vulneren derechos subjetivos de carácter administrativo o afecten un interés legítimo de igual calidad.

Subraya, además, que resultan excluidas de estos tribunales especializados las cuestiones relacionadas a los actos que importan el ejercicio de un poder político de fuente directamente constitucional.

Advierte que, más allá de las zonas grises siempre justificables en el razonamiento jurí-

dico, cuando se trata del procesos estipulados para la elección de autoridades de gobierno, va de suyo, que éstos no constituyen una función administrativa.

Afirma que ello es así porque no se trata de una función ejercida por órganos subordinados, sino por las autoridades del gobierno, teniendo su causa en el derecho constitucional.

Observa que el Consejo de la Magistratura de la Provincia constituye un colectivo electo por representación de clases, que no tiene más funciones que las relacionadas a la designación de los jueces, asegurando el procedimiento que garantiza la igualdad de oportunidades.

Precisa que su actuación no puede desprenderse del proceso estatal en cuya realización participa; es decir, que está relacionada a los actos que importen el ejercicio de un poder político de fuente directamente constitucional.

Arguye que como esta actuación del estado excede el ejercicio de función administrativa, escapa en razón de la materia de la competencia contencioso administrativa.

Niega que la interpretación del precepto normativo que propicia determine la imposibilidad de revisar judicialmente la actividad estatal en cuestión, toda vez que tal exclusión, no está expresamente estipulada por el constituyente.

Cita doctrina.

Destaca que las causas que se promuevan por conflictos de intereses de este orden, han de postularse ante los jueces y según los procedimientos aplicables a cuestiones políticas y constitucionales.

Puntualiza que el conocimiento y decisión de tales cuestiones corresponde a los tribunales ordinarios, según el procedimiento más apto para debatir derechos políticos y constitucionales, en aplicación de la competencia residual; o al Alto Cuerpo, por vía de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

Hace presente que si se tiene en cuenta el principio de paralelismo de las competencias, nunca una decisión del Jurado de Enjuiciamiento, ha sido considerada apta para habilitar la competencia contencioso administrativa.

Entiende que para los conflictos que pueden plantearse en el procedimiento de designación de los magistrados y funcionarios judiciales inferiores no cabe sino la misma solución que la referida respecto al acto de suspensión o separación de los mismos.

Concluye que no parece razón suficiente para asumir la competencia judicial la posibilidad de encontrarse ante una decisión irredimible en los tribunales, por la errónea gestión del derecho de parte del justiciable.

Expone, subsidiariamente, que la demanda resulta extemporánea por caducidad del plazo estipulado por la ley para deducirla.

Apunta que si en la causa se ha asumido la competencia judicial para la revisión de los actos políticos, no resulta aplicable la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia para la producción de tales actos estatales.

Señala que el ámbito objetivo del citado ordenamiento comprende al procedimiento para obtener una decisión o una prestación de la Administración de la Provincia de Córdoba, y el de producción de sus actos administrativos, de conformidad a lo dispuesto en su art. 1°.

Enfatiza que la ley de creación del Consejo de la Magistratura N° 8802 regla el instituto, su funcionamiento y las decisiones que adopta, así como los recursos que autoriza.

Manifiesta que si bien el art. 27 de la referida ley, al regular los remedios impugnativos, se refiere al orden de mérito, nada impide su aplicación al resto de las decisiones que la actuación del Consejo impone, sin necesidad de ocurrir a la aplicación por analogía de otras reglas del sistema jurídico, como es la Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia.

Hace hincapié que la resolución adoptada por el Consejo de la Magistratura, tras el ejercicio del control impuesto por el recurso de reconsideración, es definitiva e irrecurrible.

Alega que como en esta actuación estatal no existe un hilo conductor de jerarquía, que autorice el control por parte del Poder Ejecutivo sobre el Consejo, resulta que los recursos jerárquico y de queja interpuestos por el actor son inadmisibles.

Indica que el Acuerdo de fecha 16 de diciembre de 2004, dictado por el Consejo de la Magistratura, así como el Decreto n° 895 del Poder Ejecutivo, son ajustados a derecho según los argumentos apuntados y carecen de efecto interruptivo para plantear la acción contencioso-administrativa.

Concluye que, computado el plazo que estipula el art. 8° de la ley 7182 para el ejercicio de la acción contencioso administrativa, no cabe duda respecto del vencimiento del plazo de treinta días hábiles judiciales, por lo que el interés legítimo reclamado, ha fenecido por caducidad de la acción.

Solicita, en definitiva, que al resolver acoja la excepción de incompetencia planteada.

2) Corrido traslado a la actora y a la demandada por su orden, a fs. 67/71 lo evacua la primera, solicitando su rechazo.

Expresa, en primer lugar, que la excepción en cuestión resulta sustancialmente improcedente en el entendimiento de que los actos impugnados son consecuencia del ejercicio de la

función administrativa y que los mismos no se encuentran excluidos de la competencia contencioso administrativa, tal como lo propone el excepcionante invocando el art. 2, inc. "a", del C.P.C.A.

Sostiene que la actividad del Consejo de la Magistratura en el proceso de elaboración del orden de mérito lo constituye en un asistente del Poder Ejecutivo quien, en definitiva, designa al magistrado o funcionario.

Explica que la competencia del Consejo de la Magistratura no es la de designar a los magistrados judiciales, competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, sino la de aprobar los concursos y remitir al Poder Ejecutivo el orden de mérito obtenido por los aspirantes, de conformidad a lo previsto por el art. 6, inc. 8, de la ley 8802.

Destaca que el límite establecido por el art. 2, inc. a, del C.P.C.A. se refiere a cuestiones que, por su naturaleza, no pueden implicar sino a aquellos funcionarios actuantes que ejercen o desarrollan un proceso de carácter político.

Añade que, cuestiones tales como la remisión al Poder Ejecutivo del pliego para la aprobación y posterior designación del magistrado y el acuerdo que puede prestar o no el Poder Legislativo quedan, por cierto, excluidas de la jurisdicción contencioso administrativa.

Aduce que, sin embargo, la tarea de asistencia en modo alguno puede trocar en constitucional la función del Consejo de la Magistratura, sencillamente porque no está en la Constitución y, en segundo término, porque no tiene por función sino la de establecer un orden de mérito que el Poder Ejecutivo puede o no seguir.

Entiende que desde el llamado a concurso hasta el establecimiento del orden de mérito la función ejercida por el Consejo de la Magistratura es eminentemente administrativa y no constitucional.

Arguye que resulta dogmático el argumento que expone el Sr. Fiscal de Cámara al señalar que no se trata de una función ejercida por órganos subordinados sino por las autoridades del gobierno, siendo que el procedimiento para establecer el orden de mérito surge de un órgano infraconstitucional y con función de asistencia a los órganos de gobierno.

Considera que de seguirse tal postulado, cualquier función nacida de competencias constitucionales, dejaría de ser función administrativa y, por tanto, la expresión de su voluntad actos administrativos para convertirse en actos de gobierno o políticos.

Reitera que la actividad de asistencia asignada al Consejo de la Magistratura constituye una función administrativa, siendo política la función posterior desempeñada por los poderes Ejecutivo y Legislativo.

Enfatiza que existen diferencias centrales entre el Jurado de Enjuiciamiento y el Consejo de la Magistratura, resultando errado el pretender emplear el principio del paralelismo de las competencias para órganos de naturaleza completamente distinta en su creación, función y procedimiento.

Observa que, en orden al agotamiento de la instancia administrativa, la presente causa versa sobre una aspirante que fue aplazada en el examen escrito, aspecto que la excluyó de la posibilidad de integrar el mentado orden de mérito.

Esgrime que, a partir de allí, surge como norma de aplicación la ley de procedimiento administrativo y no por analogía, como pretende el Sr. Fiscal de Cámara, sino por ser la norma supletoria en lo no previsto por la ley 8802.

Enfatiza que la citada ley deja claramente establecido en su art. 36, inc. 2, que será de aplicación supletoria la ley de procedimiento administrativo.

Indica que, en consecuencia, la exclusión de la actora del procedimiento concursal y, por ende, de la alternativa de integrar el orden de mérito, resulta de aplicación la normativa general a la que supletoriamente remite la propia norma.

Refiere que es de este modo como se agotó la instancia administrativa, siendo el Consejo de la Magistratura un órgano que depende o forma parte del Ministerio de Justicia y no siendo un órgano autárquico, por lo que supletoriamente y no analógicamente debe emplearse la ley de procedimiento administrativo para poder, a la postre, acceder a la jurisdicción contencioso administrativa.

Destaca que resultando directamente aplicable la ley 6658, debe agotarse la instancia administrativa conforme a sus preceptos, y en relación al argumento del Sr. Fiscal respecto a la inexistencia de un hilo conductor de jerarquía que autorice el control del Poder Ejecutivo, resalta que su afirmación es absolutamente dogmática.

Concluye que atento que la ley establece que el Consejo de la Magistratura asiste al Poder Ejecutivo y lo hace operar en el ámbito del Ministerio de Justicia, obvio resulta que su función es dependiente de las competencias del Poder Ejecutivo y, por ende, revisable su actuación por éste.

Solicita, en definitiva, el rechazo de la excepción de incompetencia planteada.

3) Corrido traslado a la demandada, lo evacua a fs. 74/76, solicitando se acoja la excepción de incompetencia opuesta por el Sr. Fiscal de Cámara por resultar ajustada a derecho.

Expresa, que luego de una revalorización de la presente causa, y advirtiendo que se dan

los presupuestos jurídicos y fácticos para la viabilidad de la excepción planteada, comparte los argumentos jurídicos, doctrinarios y jurisprudenciales citados por el Sr. Fiscal de Cámara.

Solicita, en definitiva, se haga lugar a la excepción de incompetencia de jurisdicción desestimando la acción instaurada, con costas.

4) Dictado el decreto de autos (fs. 76 vta.), y una vez firme, quedan los presentes en estado de ser resueltos.

**Y CONSIDERANDO:**

**LOS SEÑORES VOCALES DRES. ANGEL ANTONIO GUTIEZ Y PILAR SUÁREZ ABALOS DE LÓPEZ, DIJERON:**

I.- Que, habiendo sido interpuesta en tiempo y forma la excepción de incompetencia articulada, corresponde entrar al análisis de fondo.

II.- Que, conforme lo ha señalado el Sr. Fiscal de Cámara al momento de oponer la excepción traída a examen, la Constitución de la Provincia y el C.P.C.A., reglan de modo positivo la competencia para resolver las causas que se promuevan impugnando actos administrativos, que sean consecuencia del ejercicio de función administrativa y que vulneren derechos subjetivos de carácter administrativo o afecten un interés legítimo de igual calidad.

Que resultan excluidas de estos tribunales especializados las cuestiones relacionadas a los actos que importan el ejercicio de un poder político de fuente directamente constitucional.

Que ello es así porque no se trata de una función ejercida por órganos subordinados, sino por las autoridades del gobierno, teniendo su causa en el derecho constitucional.

Que la actuación del Consejo de la Magistratura de la Provincia no puede desprenderse del proceso estatal en cuya realización participa; es decir, que está relacionada a los actos que importen el ejercicio de un poder político de fuente directamente constitucional.

Que existen otras vías idóneas para controvertir la actividad estatal en cuestión, que han de postularse ante los tribunales ordinarios, o ante el Alto Cuerpo, por vía de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

Que la Cámara Contencioso Administrativa de 2º Nominación, resolvió in re "Dominguez...", en una cuestión de idénticas características a la debatida en autos, que el asunto no correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa, encontrándose firme dicho resolutorio.

Que como la actuación del estado cuestionada en autos excede el ejercicio de la función administrativa, escapa en razón de la materia de la competencia contencioso administrativa, por lo que corresponde acoger la excepción opuesta por el Sr. Fiscal de Cámara.

III.- En cuanto a las costas de la incidencia, se considera adecuado imponerlas por su orden, en atención a que la actora pudo considerarse con derecho a litigar, difiriéndose la regulación de los letrados intervinientes para cuando exista base firme para ello.

**EL DR. JUAN CARLOS CAFFERATA DIJO:**

Que disiento con el desenlace que para la causa proponen mis colegas, pensando, por el contrario, que corresponde rechazar la excepción de incompetencia del tribunal fundada en que la resolución reclamada no da lugar a la acción contenciosoadministrativa, pero admitir el planteo subsidiario referido a que la demanda ha sido presentada fuera de término. Doy razones:

A los fines del análisis, conviene recordar que el motivo principal en que se funda la excepción consiste en sostener que la actividad cuestionada no constituye función administrativa, sino el ejercicio de un poder político de fuente directamente constitucional. Analizaré tales afirmaciones en ese orden, no sin antes dejar aclarado que, si bien en el proveído de fs. 48 he dejado sentado mi criterio respecto de que el hecho de tratarse de una cuestión política de fuente directamente constitucional no exime al acto, ni por su naturaleza ni por su esencia, del control judicial, lo he hecho con la única finalidad de responder el cuestionamiento puesto en el dictamen fiscal de fs. 47 y vta. que sólo a ello se refería, sin haber profundizado acerca de la naturaleza jurídica de la actividad cuestionada para establecer en qué categoría deben considerarse encuadrados los actos traídos a control. De tales precisiones me ocuparé seguidamente.

**1.- La naturaleza de la actividad cuestionada.-**

La ley 8802 de creación del Consejo de la Magistratura establece en su art. 1 que este órgano *«asiste al Poder Ejecutivo a los fines previstos en el Artículo 144 inciso 9 y Artículo 157, última parte de la Constitución de la Provincia de Córdoba»*. Entonces, ***asiste*** al Gobernador en el ejercicio de su atribución constitucional de designar, previo acuerdo de la Legislatura, a los miembros del Tribunal Superior de Justicia, demás tribunales inferiores y a los del Ministerio Público.

La función del Consejo de la Magistratura en este aspecto se limita a confeccionar -previo el procedimiento legalmente establecido- el orden de mérito de los postulantes a ocupar los cargos referidos. Se trata de una función meramente administrativa, de simple asistencia al Poder Ejecutivo que -obvio es decirlo- es el único que ejerce la potestad de designar a los magistrados y funcionarios referidos, ésta si de fuente directamente constitucional.

La referida función del Consejo de la Magistratura, reitero, surge de la ley 8802, no de la Constitución, y resulta materialmente administrativa. Ciertamente es que esta cuestión constituye una zona gris en el derecho, pero tal dificultad no impide su adecuada distinción, así como no dejan de

diferenciarse el día de la noche porque existan el amanecer y el crepúsculo.

Sabido es que la función administrativa puede considerarse desde dos puntos de vista fundamentales: el orgánico o subjetivo y el material, sustancial u objetivo.

Según el primero, será actividad administrativa la desplegada por el Poder Ejecutivo o por los órganos de su dependencia. Si aplicáramos este criterio, habría de concluirse que la actividad desplegada por el Consejo de la Magistratura, en tanto es un órgano infraconstitucional del referido linaje (el art. 1 del decreto 2345/99, reglamentario de la ley 8802, lo incluye "en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Provincia"; y el art. 152 de la Constitución Provincial no lo contempla como integrante del Poder Judicial), es función administrativa.

En la misma dirección, Spota enseña que *«...el Consejo de la Magistratura que no integra el Poder Judicial, es naturalmente un órgano administrativo. Máxime si se analiza su manera y forma de constituirse, y sus atribuciones. No solamente no es parte del Poder Judicial, sino que tampoco puede ser considerado un poder en sí mismo. Integra sin duda la administración del Estado»* (Spota, Alberto Antonio: "Colisión de intereses jurídicos en el Consejo de la Magistratura y por su actuación - Análisis crítico del proyecto aprobado en el Senado en marzo de 1996", publicado en L.L., 1996-D, pág 1441).

Según el criterio material, debe atenderse a la naturaleza jurídica de la actividad de que se trate, ya que no sólo el órgano ejecutivo produce gestiones de este orden, sino que también lo hacen el legislativo y el judicial. Este criterio de distinción postula atender a la naturaleza jurídica interna de la actividad desarrollada, con prescindencia del órgano o del agente que la produce. Barra apunta que *«la actividad administrativa (siempre estatal, se entiende) es aquella actividad concreta, continua y normalmente espontánea que tiene por objeto la satisfacción de manera directa e inmediata de fines de interés general»* (Barra, Rodolfo Carlos: *Tratado de derecho administrativo*, ed. Abaco, Bs. As. 2002, tomo 1 pág. 232). También desde esta óptica, entonces, la actividad de que se trata es administrativa.

Así lo entiende nuestro también común maestro Benigno Ildarraz cuando, refiriéndose a la actividad desplegada por el Consejo de la Magistratura de la Nación, afirma que *«...tratándose del trámite y decisión de concursos constituye actividad materialmente administrativa y conforme a fallos 253:485, entre muchos otros, ha consagrado y mantenido el principio de la garantía del control judicial adecuado y suficiente»* (Ildarraz, Benigno, en su artículo "Control judicial de los actos del Consejo de la Magistratura", en la obra *Proceso y procedimiento administrativo*, publicación de la Universidad Católica Argentina dirigida por Juan Carlos Cassagne, ed. Lexis Nexis, pág. 697 y ss.). Destaco que si bien el Consejo de la Magistratura provincial presenta diferencias significativas con el nacional, la actividad de que se trata es materialmente la misma, por lo

que la misma debe ser también la conclusión.

Para finalizar este punto, resulta un ejercicio interesante atender al concepto de "actividad administrativa" distinguiéndola de la actividad política o institucional. En ese orden de ideas, Casagagne apunta que *«...al eliminarse prácticamente la existencia de numerosos actos llamados de gobierno, en el sentido que nada los diferencia de los actos administrativos y que son por lo tanto justiciables, se ha reducido el campo de las cuestiones exentas de contralor judicial, que quedan ahora relegadas a aquellos actos en que se hallan en juego principios y normas vinculadas a la organización y subsistencia del Estado, y que carecen de efectos jurídicos directos sobre los particulares o administrados»* (Cassagne, Juan Carlos: *Derecho administrativo*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1982, tomo II pág. 85). Desde esa óptica, repárese que las causas de la impugnación de los actos, conforme surge de la demanda, no refieren a principios y normas vinculadas a la organización y subsistencia del Estado sino a cuestiones sustanciales y formales relacionadas con la aplicación de las leyes reguladoras del procedimiento ante el Consejo de la Magistratura. Además, poseen sin duda efectos jurídicos directos respecto de la actora, en razón de los cuales han sido cuestionados en esta sede.

Para concluir, señalo que el orden de mérito que el Consejo de la Magistratura elabore no obliga al Poder Ejecutivo, que podrá apartarse de él. La "renuncia" que formalizó mediante decreto 2635/99 es al menos discutible ya que, en tratándose de una potestad, no se puede resignar. En este sentido, Marienhoff sostiene que *«Las "potestades" -inherentes a la supremacía estatal- son indispensables para que la Administración Pública realice sus funciones de interés general. De ello resulta que las potestades no son renunciables, contrariamente a lo que ocurre con los derechos»* (Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1965, tomo I pág. 574).

En definitiva y por las razones desarrolladas, concluyo que la actividad de que se trata es formal y materialmente administrativa, por lo que resulta susceptible de control por la vía del contencioso administrativo.

No obstante, aun si se considerase que los actos impugnados constituyen ejercicio de actividad política, ello tampoco sería óbice para excluir la posibilidad de su control jurisdiccional por esta vía, como se verá.

## **2.- La actividad política. -**

La norma en que fundamenta el Sr. Fiscal la excepción que articula es la del art. 2, inc. a, de la ley 7182, que prescribe que *«no corresponde la vía contencioso administrativa: ...a) A cuestiones relacionadas a los actos que importen el ejercicio de un poder político de fuente directamente constitucional»*.

Esta norma, que ha cumplido ya la mayoría de edad (fue sancionada el 30-10-84 y promulgada el 21-11-84) merece, en aras de vivificar el derecho, una lectura actual que tenga en cuenta las nuevas corrientes doctrinarias y jurisprudenciales, pues sabido es que *"El concepto de texto definitivo no corresponde sino a la religión o al cansancio o, desde luego, a la muerte"*. Además, no se olvidará el principio de sujeción al orden jurídico establecido por el art. 174 de la Constitución Provincial, que impone no considerar a la norma aisladamente sino en el contexto de su adecuación a todo el marco normativo aplicable, en virtud de los principios *iura novit curia* y de legalidad objetiva. La interpretación y la aplicación de la ley no se puede desentender de la significación que tenga respecto de los valores fundamentales del orden jurídico, particularmente la justicia.

He tenido ocasión de analizar esta cuestión en mi voto en minoría in re "Salamendi...", auto 143 del 28-4-06, donde recordé que la doctrina de las "cuestiones políticas no justiciables" nació en Francia como una elaboración del Consejo de Estado tendente a restringir el control judicial de constitucionalidad respecto del ejercicio de facultades privativas y exclusivas de un órgano de poder, pretendiéndose de tal modo evitar el avance del Poder Judicial por sobre atribuciones propias de los otros Poderes.

Tal teoría, de amplia raigambre antaño, ha ido evolucionando con el tiempo, siendo cuestionada hogaño. Ese desarrollo progresivo ha sido señalado por el Procurador General subrogante en el punto VII de su dictamen a la Corte producido en la causa "Recurso de hecho en "Moliné O'Connor, Eduardo s/ su remoción", al acotar que *«Es importante señalar que en la jurisprudencia se fue dando una trascendente evolución que muestra una tendencia, cada vez mayor, si no a la eliminación total de una categoría de actos exentos de control judicial sí a circunscribirla a límites cada vez más precisos. Así sucede, por ejemplo, con la jurisprudencia del Tribunal que, desde el lejano precedente de 1893, "Cullen c. Llerena" (Fallos: 53:420) -en donde la opinión mayoritaria consagró el carácter no justiciable de las aludidas cuestiones, aunque con la posición contraria del ministro Luis V. Varela-, viene delineando los contornos de esta categoría hasta llegar a nuestros días, en donde prácticamente no existen bloques temáticos de la actividad de los poderes del Estado sustraídos al control judicial»*.

Que *«Esta tendencia se verifica en temas tan variados como la revisión de los requisitos mínimos e indispensables en la creación de la ley en el ámbito del Congreso (Fallos: 256:556); la invalidez de determinadas promulgaciones del Poder Ejecutivo (Fallos: 268:352; 323:2256); los alcances de los privilegios de los miembros del Congreso por los artículos 60 y 61 de la Constitución Nacional [68 y 69 después de la reforma del año 1994] (Fallos: 14:223; 41:405; 54:432; 59:434; 135:250) las atribuciones del senado para imponer sanciones de arresto por violación de los privilegios parlamentarios (Fallos: 318:1967 y 319:1222); el proceso de reforma de car-*

*tas constitucionales provinciales en general (Fallos: 317:335 y 711) y, en particular, la actuación de las convenciones constituyentes tanto provinciales (Fallos: 316:2743) como nacional (Fallos: 322:1616)».*

*Que «Precisamente en este último caso, la Corte examinó la validez del procedimiento de reforma constitucional y declaró la nulidad de una cláusula introducida por la Convención Constituyente Reformadora, por exceder los límites fijados por el Congreso en la ley declarativa de la necesidad de la reforma. Tal proceder implica, por supuesto, admitir el carácter justiciable de esta cuestión, tal como expresamente lo señaló la Corte en los considerandos 5º y 6º del voto de la mayoría».*

*Que «Y en esta enumeración se destaca de modo particular el cambio operado en el criterio del Tribunal respecto del control judicial del alcance de la competencia del Poder Legislativo en materia de juicio político. Primero respecto del enjuiciamiento de magistrados provinciales (Fallos 308:961) y luego, en el orden federal (Fallos: 316:2940)».*

*Que «Se dijo también en Fallos 324:3358 que esa evolución de la Corte en materia de cuestiones políticas no justiciables nos alerta sobre un definido avance en la consolidación del Estado de Derecho, que no admite bloques o conjuntos temáticos exentos de control judicial, ya sea que se les asigne la denominación de actos institucionales o se los adscriba a otra categoría. En todo caso, la irrevisibilidad se circunscribe a algunos aspectos bien delimitados, máxime cuando ello constituye un modo de asegurar, en este nuevo milenio, el principio de tutela judicial efectiva, consagrado en los tratados internacionales de jerarquía constitucional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22, de la Ley Suprema (v.gr., entre otros, la Convención Americana sobre Derechos Humanos [artículo 8º y, en especial, artículo 25.2.a.], el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [artículo 14.1.] v. capítulo VIII del dictamen que vengo citando, p. 3373)».*

La doctrina de las cuestiones políticas, recibida en el art. 2, inc. a, de la ley 7182, no tiene en nuestro derecho sustento constitucional ni supraconstitucional, ya que no hay norma alguna de ese rango que limite la posibilidad de acceso a la justicia. Antes bien, se opone a la clara previsión del art. 18 C.N.: "Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos", cuyo desconocimiento funda el agravio constitucional de privación de justicia.

Es que, como pusiera de resalto García de Enterría, la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, los "actos de gobierno" o "actos institucionales", no es sino una reminiscencia de la vieja idea de la razón de Estado y del poder de ésta para doblegar en algún momento a la justicia (García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, ed. Civitas, Madrid 1983, pág. 170). Y puntualiza el citado profesor, con expresio-

nes que comparto plenamente: *"Proclamar la inmunidad jurisdiccional de la Administración en estas materias, así genérica e imprecisamente llamadas políticas, implica ni más ni menos que consagrar que la Administración puede obrar en las mismas sin límite legal ninguno, incluso atropellando los derechos más elementales y más obvios de los ciudadanos, puesto que no existe medio técnico ninguno, ni de imponerle esos límites legales, ni de exigirle el respeto a esos derechos hipotéticamente atropellados"* (op. cit., pág. 62).

Lo dicho no implica, en modo alguno, consagrar el denominado "gobierno de los jueces". Por el contrario, no olvido que, como lo ha establecido reiteradas veces la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la misión más delicada de los jueces consiste en mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros Poderes del Estado (Fallos: 155:218; 311:2580, entre muchos otros). Sin embargo, no por ello resulta justificable renunciar a ejercer la tarea que ha sido atribuida a los jueces por nuestro sistema constitucional, cual es la de velar por el efectivo respeto de la Constitución. Es que, precisamente, es de la esencia del Poder Judicial el resolver los conflictos traídos a su conocimiento, declarando el derecho aplicable a cada caso. Y como en un orden jurídico democrático ninguna actividad del Estado puede quedar por fuera del Derecho, resulta palmario que todos los actos estatales son susceptibles de ser confrontados con el derecho vigente -en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional y las normas supraconstitucionales- para evaluar su grado de concordancia con él. En otras palabras, el Poder Judicial no puede arrogarse funciones reservadas por la Constitución a los otros Poderes del Estado, pero lo que sí debe hacer es ejercer la función judicial, esto es, la potestad de juzgar, entre otras cuestiones, la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos emanados de aquéllos.

La reforma introducida a la Constitución Nacional en 1994 aprobó en su art. 75, inc. 22, entre otros, el Pacto de San José de Costa Rica, asignándole jerarquía constitucional. Y el art. 31 de la Carta Magna establece que *«Esta Constitución, las Leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la Ley Suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las Leyes o constituciones provinciales...»*.

El Pacto de San José de Costa Rica contiene dos dispositivos relevantes acerca de la cuestión que nos ocupa: el art. 8, titulado "Garantías judiciales", cuyo inc. 1 dispone que *«Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter»*. Es lo

que se conoce con el nombre de "tutela judicial efectiva".

Respecto de este principio señala Subiela que *«resulta necesario adecuar el sistema procesal administrativo para superar rigorismos formales y eliminar la dificultad para acceder a la instancia judicial como manera de profundizar la aplicación de dicho principio»* (Subiela, María José: "La nueva jurisprudencia en torno a la excepción de ritualismo inútil frente a la sanción de la ley de emergencia 25.344", en "Suplemento administrativo" de *El Derecho* del 30-11-91, pág. 21).

El otro dispositivo, el del art. 25, prescribe, bajo el título "Protección judicial", que *«Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales»*. Establece además el compromiso de los Estados partes -entre otros- a establecer en sus leyes los recursos tendentes a la protección de los ciudadanos y al control de legalidad de las medidas adoptadas por el órgano ejecutivo.

Si tal recurso (entendido como posibilidad de accionar) no ha sido establecido en las normas procesales o si, por el contrario, éstas contemplan una excepción negatoria (como la del art. 2, inc. a, de la ley 7182), habrá de concluirse forzosamente que se tratará de una manifiesta inconstitucionalidad que así habrá de ser declarada y por tal virtud privada de efectos jurídicos, debiendo posibilitarse la revisión por aplicación directa de las normas constitucionales y supraconstitucionales mencionadas.

En esa dirección se pronuncia Gil Domínguez, *«no hay ninguna cuestión, por más política que sea su naturaleza, que quede al margen del control de constitucionalidad»* (Gil Domínguez, Andrés: *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, ed. Ediar, Bs. As. 2005, pág. 19).

También Jèze: *«los actos llamados de gobierno no tienen una naturaleza especial. No hay, pues, razón jurídica para poner en jaque el sistema general de control jurisdiccional»* (Jèze, Gastón: *Principios generales de derecho administrativo*, ed. Depalma, Bs. As. 1948, tomo I pág. 414).-

Del mismo modo Gozaíni: *«la supremacía constitucional opera en todos los ámbitos, y al permitirse la irrevisión, lo único que se obtiene es convalidar un acto agresivo a la carta fundamental»* (Gozaíni, Osvaldo Alfredo: *La justicia constitucional*, ed. Depalma, Bs. As. 1994, pág. 122).

De la misma manera González: *«No se ha comprendido que lo político es solamente lo no reglado y, a contrario sensu, que todo lo reglado es justiciable, porque, de lo contrario, el derecho no tiene razón de ser»* (Joaquín V. González: *Manual de la Constitución Argentina*, ed. La

Ley, Bs. As. 2001 pág. 269).

Y Agüero Piñero: *«Es indudable que el confin determinado por la ley es algo que no resulta muy cómodo a un casi instintivo impulso de nuestros gobernantes para concentrar mayor poder. La pretensión de que se otorgue un "bill de indemnidad" sobre sus actos constituye un serio peligro para los derechos de los ciudadanos»* (Agüero Piñero, Juan Pablo: "El control jurisdiccional sobre los llamados actos políticos o de gobierno" en *Foro de Córdoba* n° 37, pág. 19).

Sesín acota que *«La sujeción plena a la ley y al derecho por parte de los poderes públicos quedaría desvirtuada si los jueces no ejercen el control que inexorablemente les pertenece como guardianes de los preceptos constitucionales y sus principios axiológicos inmanentes. No se trata de invadir funciones que le corresponden al poder político sino de custodiar fielmente la prevalencia de la Constitución y sus principios por sobre las normas y actos derivados. Consecuentemente no son los jueces quienes suplantán al poder político en este caso, sino que es la propia Constitución y sus principios que vehiculizados por el juez pasan a ser una realidad aplicada y no una verdad declamada»* (Sesín, Domingo Juan: "Intensidad del control judicial de los actos políticos. El núcleo político discrecional excluido" en *Revista de derecho administrativo* dirigida por Juan Carlos Cassagne, N° 46 pág. 788).

Gordillo, con su habitual acuidad, apunta que *«El principio es que debe haber "defensa en juicio de la persona y de los derechos"; una excepción, por ende, debe decir que "respecto a determinada facultad del Poder Ejecutivo, no es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos"; no gastemos la vista, no está»*.

Y continúa Gordillo: *«Si se analiza bien la cuestión, se advertirá que la Constitución previene contra esto en dos partes: en el art. 18 le dice al individuo que su garantía de la defensa judicial es inviolable; en el art. 109 le dice al Poder Ejecutivo que él no puede ejercer funciones judiciales. Los dos sujetos que se enfrentan en la relación planteada por el "acto de gobierno" están contemplados en la Constitución, que a ambos les dice lo mismos: a uno que siempre podrá ir a la justicia, al otro que nunca podrá ejercer funciones de la justicia. ¿Puede pedirse una construcción dogmática más clara, en el sentido de que los actos del segundo nunca pueden dejar sin protección judicial al primero?»* (Gordillo, Agustín: *Tratado de derecho administrativo*, "La defensa del usuario y del administrado", VIII-12).

Es que, de hecho, el Poder Ejecutivo puede dictar actos contrarios a la Constitución o a las normas supraconstitucionales, transgrediendo algún principio allí consagrado. En tal caso el juez puede y debe revisar el acto y, constatada la transgresión, disponer su anulación. No puede hablarse con propiedad de supremacía de la Constitución, si quién está encargado de controlar la legitimidad constitucional de los actos es el propio Poder que los emite.

En definitiva y para no abundar: aun cuando la actividad cuestionada constituyera una cuestión política de fuente directamente constitucional, ello no eximiría al acto, ni por su naturaleza ni por su esencia, del control judicial. El art. 2, inc. a, de la ley 7182, dictada al amparo del régimen constitucional anteriormente vigente, resulta inconstitucional a la luz de la actual normativa constitucional y supraconstitucional, y así habrá de ser declarado en tanto se oponga a la efectividad del control judicial de la actividad de uno de los Poderes del Estado.

Coincide en esto Ildarraz cuando, refiriéndose a los actos del Consejo de la Magistratura, afirma que *«Ello comprende el principio del acceso a un control judicial adecuado y suficiente, asegurado tanto por el texto constitucional directo como por la fuente de los tratados internacionales que se integran a ella como si fueran la Constitución misma. Por tanto, aún en su actividad institucional y primordial no puede quedar inmune al control judicial expresado en la garantía de la "tutela judicial efectiva" de los derechos y garantías de quienes pudieren resultar afectados»* (loc. cit.).

Ha dicho la Corte que *«La garantía constitucional de la defensa en juicio exige que, en la decisión de las controversias jurídicas individuales sobre puntos propios del derecho común, el procedimiento administrativo otorgue adecuado recurso ante un tribunal de justicia»* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 253:485, causa "Rosales...").

Por todo ello, entonces, y como ya adelantara en el decreto de fs. 48, considero que la presente causa corresponde a esta jurisdicción, razón por la que entiendo que la excepción articulada con el fundamento analizado no puede ser recibida.

Para concluir este acápite, apunto que no habrá de sostenerse que el aseguramiento del derecho a la jurisdicción encuentra adecuada satisfacción por la vía sumaria del amparo, no correspondiendo la amplia del contencioso administrativo, principalmente por las siguientes razones:

Una, que como dijera la Corte, *"...la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de las controversias..."* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, L.L. Suplemento de Derecho Administrativo del 27-3-98 pág. 37 N° 96870).

Otra, que como ha señalado el Tribunal Superior de Justicia *"No corresponde admitir la acción de amparo cuando para decidir acerca del mérito u oportunidad de la actuación administrativa, fuere necesario indagar en el proceso de decisión efectuado por la Administración. Ello, toda vez que dicha vía limita las facultades cognoscitivas del juez, como así también la amplitud del derecho de defensa"* (La Ley Córdoba 1988 pág. 464).

Finalmente, porque la índole de las cuestiones resueltas en el acto impugnado aconsejan su revisión por los tribunales cuya competencia por razón de la materia brinda mayores garantías,

tanto al administrado cuanto a la Administración.

Cierto es que tal determinación constituye materia propia del legislador, pero no debe perderse de vista que el derecho a la tutela judicial efectiva y de inviolabilidad de la defensa en juicio constituyen derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que deben asegurarse a través del dictado de las normas legales que resulten necesarias para su efectiva vigencia. En ese sentido, el art. 23 de la Constitución Nacional asigna al Congreso, entre otras atribuciones, la de *"Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen ... pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos..."*.

Y si el Congreso -y las legislaturas provinciales en sus respectivos ámbitos- no han llevado a cabo las acciones positivas superadoras de los rigorismos formales y de las dificultades que impiden el acceso a la instancia judicial como manera de profundizar la aplicación de dicho principio, deberán los jueces omitir la aplicación de los ápices procesales frustratorios de los derechos garantizados por las normas de alcornia constitucional.

### **3.- La temporaneidad de la demanda.-**

No obstante el análisis que vengo de realizar, y como ya adelantara anteriormente, considero admisible el planteo subsidiario referido a que la demanda ha sido presentada fuera de término, cuestión de la que me ocuparé seguidamente:

El art. 6 de la ley 7182 exige preparar la vía contencioso administrativa *«mediante el o los recursos necesarios para obtener de la autoridad competente de última instancia, el reconocimiento o denegación del derecho reclamado o interés legítimo afectado»*. Los "recursos necesarios" son los establecidos en cada procedimiento especial, siendo los de la ley 6658 de carácter general.

A su vez, el art. 8 establece que, mediando resolución expresa, la demanda debe interponerse en el plazo de treinta días hábiles judiciales contados desde la notificación del acto.

La ley 6658 ha establecido, para casos como el que nos ocupa, una doble instancia recursiva: la reconsideración, que deberá resolver la autoridad de la que emanó el acto (art. 81); y el jerárquico para ante el Poder Ejecutivo o, en su caso, el ministro del ramo.

La ley 8802, por su parte, ha previsto un sistema distinto, estableciendo su art. 27 que *«Contra la resolución del Consejo de la Magistratura sólo se admite recurso de reconsideración por vicios de procedimiento. Debe presentarse dentro del plazo de tres (3) días de notificada la resolución en donde consta el orden de mérito, por escrito, en forma fundada y ofreciendo las pruebas correspondientes. Admitido el recurso y producida la prueba el Consejo de la Magistra-*

*tura resolverá en el plazo de cinco (5) días, siendo la resolución definitiva e irrecurrible».* Es decir, no está previsto en este régimen el recurso jerárquico sino, antes bien, expresamente proscripto, ya que la resolución de la reconsideración es "definitiva e irrecurrible", obviamente en esa sede y sin perjuicio del control jurisdiccional.

Esta colisión normativa debe resolverse por aplicación de alguno de los criterios existentes para tal fin: *«Cronológico: la norma posterior prevalece sobre la anterior, exceptuando los supuestos de irretroactividad; jerárquico: en el sentido de que la norma superior desplaza a la de rango inferior; especialidad: de modo que la norma general es desplazada por la especial»* (Lorenzetti, Ricardo Luis: *Teoría de la decisión judicial - fundamentos de derecho*, ed, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2006, pág. 251).

En tratándose en el caso de dos leyes, no será de aplicación el criterio jerárquico. Pero según el criterio cronológico, la antinomia deberá resolverse por aplicación de la ley 8802, por ser posterior a la 6658. Idéntica respuesta surge de la aplicación del criterio de la especialidad, en tanto la 6658, por ser general, deberá ceder frente a la 8802, norma especial para el Consejo de la Magistratura.

Acoto que el decreto reglamentario 2345/99 dispone en su art. 36.2 que *«Será de aplicación supletoria la ley de procedimiento administrativo n° 5350 (t.o. Ley n° 6658) o la que la sustituya».* Sabido es que la supletoriedad procede cuando es necesario suplir una falta, colmar un vacío legal o salvar una imprevisión del sistema particular, pero en modo alguno cuando en este último la cuestión ha sido prevista expresamente, como lo ha sido el sistema recursivo en el ámbito de la ley 8802.

En definitiva, el sistema recursivo de las resoluciones adoptadas por el Consejo de la Magistratura es el previsto por la ley 8802: sólo procede la reconsideración.

Conforme con ello, no corresponde plantear recurso jerárquico contra la resolución del Consejo de la Magistratura que ha rechazado la reconsideración, atento que la ley 8802 ha previsto expresamente que dicha resolución es definitiva e irrecurrible.

En virtud de lo dicho, cabe señalar que según consta de autos, ante la denegatoria del recurso de reconsideración, la actora interpuso en sede administrativo recurso jerárquico para ante el Poder Ejecutivo, cuando debió haber acudido a sede jurisdiccional.

Es que el art. 65 de la ley 6658, interpretado a contrario sensu, requiere concluir que la interposición de recursos improcedentes -o mejor, inadmisibles formalmente- no interrumpen los términos para plantear la demanda contencioso administrativa.

Consta a fs. 6 copia de la cédula de notificación por la cual se notificó a la actora la resolución

del Consejo de la Magistratura que rechazó su impugnación, notificación que fuera practicada el 10-12-04.

Conforme con ello y en razón de existir resolución expresa, la demanda debió promoverse en el plazo de treinta días hábiles judiciales (art. 8 de la ley 7182). Sin embargo, del cargo puesto a fs. 38 vta. surge que tal acto se cumplió el 26-9-05, cuando el referido plazo se encontraba largamente vencido.

Por ello, considero que la excepción referida a la extemporaneidad de la demanda resulta ajustada a derecho, en razón de lo cual me pronuncio por su admisión.

Atento que la excepción fue planteada por el Sr. Fiscal de Cámara, habiendo guardado silencio la Provincia de Córdoba al contestar a la demanda, y en razón de que la actuación de este funcionario no devenga honorarios, considero que las costas deben imponerse por el orden causado (art. 130 del C.P.C.C., aplicable por virtud del art. 13 del C.P.C.A.), difiriendo la regulación de honorarios de los letrados intervinientes para cuando exista base firme para ello (art. 25 de la ley 8226, a contrario).

Así voto.

Por ello, y por mayoría,

**SE RESUELVE:**

- 1) Hacer lugar a la excepción de incompetencia del tribunal planteada por el Sr. Fiscal de Cámara Contencioso Administrativa.
- 2) Imponer las costas por su orden, difiriéndose la regulación de los letrados intervinientes para cuando exista base firme para ello.

**PROTOCOLÍCESE, HÁGASE SABER Y DÉSE COPIA.**