

///**RANA, 2 de julio de 2018.-**

VISTOS:

Estos autos venidos a despacho para dictar sentencia;

RESULTANDO:

I.- Que se presentó el letrado Juan Carlos Arralde, en nombre y representación de Delfina Valeria Geist, promoviendo "**ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD**, tendiente a que V.E. declare formalmente la inconstitucionalidad del artículo 50 de la Ley N° 10.407 e invalide las propuestas de designación y/o las designaciones -de así concretarse en el transcurso del trámite de este proceso- ... formalizada por el Poder Ejecutivo de Entre Ríos ante la Cámara de Senadores... y dicte sentencia condenatoria ordenando al PODER EJECUTIVO y al CONSEJO DE LA MAGISTRATURA de ENTRE RIOS -como órgano asesor permanente de aquél- a organizar y convocar el Concurso Público de Antecedentes, Oposición y Entrevista Personal para la selección de postulantes para cubrir los mencionados cargos del Ministerio Público Fiscal efectivizando las reglas y condiciones del método de selección previsto por el artículo 182 inciso a) de la Constitución de Entre Ríos para llenar la vacancia de aquél cargo judicial" (acápite II -fs. 4/ 5-).

Sostuvo que:

"La promotora... posee legitimación... para instar esta demanda atendiendo a su calidad de ABOGADA, con 35 años de edad y con más de 3 años de ejercicio activo de la profesión, es decir,... que reúne las condiciones requeridas por el art. 12 de la Ley 10.407 para aspirar a cubrir el cargo de Fiscal a ser llenado mediante el Concurso Público a que obliga la misma Carta Local para la conformación de la terna de la cual el titular del Poder Ejecutivo seleccionará el o la postulante a proponerse al Senado Provincial.- La calidad de profesional del Derecho y el interés en competir para obtener el cargo..., constituye a la promotora... como '**interesada**' en petitionar la declaración de inconstitucionalidad, tendientes a evitar la consumación de un acto claramente violatorio de la Carga Magna Provincial" (fs. 5 vta. primer apartado).

"Del mismo modo acude ante este Alto Tribunal Judicial en su condición de **habitante** de la provincia... y -con el sentido y alcance del art. 61 de la Constitución Provincial- interesada en la legalidad de los procedimientos constitucionales para la designación de cargos judiciales... De este modo... escoge también la vía directa, autónoma, incondicionada y participativa de la 'acción popular' reconocida en aquella disposición constitucional" (fs. 5 vta. segundo apartado).

"La acción... se deduce contra el ESTADO PROVINCIAL y/o el PODER EJECUTIVO PROVINCIAL... en tanto órgano que propuso, remitió las propuestas y/o autor de los nombramientos -en caso de que las designaciones se produzcan durante el transcurso de este proceso constitucional- de los quince (15) funcionarios judiciales propuestos como candidatos... a la Cámara de Senadores para que preste el acuerdo correspondiente que efectivice su designación y cuya impugnación constitucional se formula..." (fs. 6 primer apartado).

"La compareciente... promueve este proceso... persiguiendo... la **declaración formal de inconstitucionalidad** de las

mencionadas propuestas en tanto intentan perfeccionar el nombramiento de tales letrados en los cargos judiciales señalados sin llenar el requisito previo del CONCURSO PÚBLICO impuesto por los artículos 180 y 182 inciso 1º de la Carta Provincial..." (fs. 6 in fine/vta.).

"La autonomía funcional del Ministerio Público importa entre otras cuestiones, que los nombramientos de sus funcionarios judiciales -los Fiscales- gozan de inamovilidad y de independencia a la hora de ejercer la persecución penal, sólo ajustada a los 'principios de legalidad, objetividad, imparcialidad, especialidad, oportunidad, unidad de acción y dependencia jerárquica'" (fs. 8 segundo apartado).

"... para garantizar la independencia, imparcialidad y autonomía... se fijó el requisito de la realización de un CONCURSO PÚBLICO que evalúe las condiciones e idoneidad de los aspirantes a cubrir... las vacancias o los cargos judiciales del Ministerio Público, señalándose el proceso, el método y la integración del Consejo de la Magistratura -artículo 181 de la Carta local- que es el órgano que debe convocarlo y llevarlo adelante para que -superadas las instancias de evaluación allí previstas- designe una terna que elevada a la consideración del Gobernador, se concrete en una propuesta de nombramiento y posterior remisión al Senado para que preste o deniegue el acuerdo conforme al art. 103 inc. 2º y 175 inc. 16º de la Constitución Provincial.- De esta manera, se pretendió dejar a buen resguardo la **independencia de sus miembros** y la **despolitización** de sus nombramientos" (fs. 8 in fine/vta.).

"Ninguno de tales recaudos ha sido cumplido por el Poder Ejecutivo de Entre Ríos en las propuestas de designación de los letrados mencionados... remitidas al Senado" (fs. 8 vta. segundo apartado).

"La existencia de la **Ley Nº 10.407** reglamentaria del Ministerio Público cuyo artículo 50 establece una excepción al procedimiento constitucional de designación de Fiscales no es ni puede ser óbice para eludir el cumplimiento de la manda constitucional, no sólo porque estamos en presencia de una norma de jerarquía inferior a la Constitución de Entre Ríos sino porque tal **legislación infraconstitucional** no puede de manera alguna excepcionar la aplicación de una norma primaria fundante sin subvertir el **principio de la supremacía constitucional** consagrada en los artículos 5-2º párrafo y 6 de la Constitución Provincial" (fs. 8 vta. in fine/9).

"El artículo 13 de la Ley 10.470 establece con claridad el modo de designación de sus funcionarios:

ARTICULO 13º.- El Procurador General de la Provincia..., los Agentes Fiscales,... serán designados por el Poder Ejecutivo con Acuerdo del Senado, con ajuste al procedimiento de selección que la Constitución de la Provincia establezca" (fs. 9 segundo y tercer apartados).

"... más adelante el artículo 50 de la misma Ley 10.470 introduce la **norma claudicante** que se alza de una manera insostenible contra el propio texto constitucional:

ARTICULO 50º.- Quedarán exceptuados de lo previsto en el Artículo 13 de la presente ley en referencia a los Fiscales..., los Secretarios titulares cuyos organismos hubiesen desaparecido para la

implementación del nuevo sistema procesal penal y que hubiesen optado por el cargo de Fiscal... conforme al Decreto 4.384/09. Asimismo quedan también exceptuados del régimen previsto en los artículos antes citados quienes se hayan adjudicado los concursos que se encuentran en trámite y con prueba de oposición realizada al día de la fecha, **debiendo recibir el correspondiente acuerdo del Senado**" (fs. 9 penúltimo y último apartados/vta.).

"... la pretensión del Poder Ejecutivo -y por vía de primigenio interés, del Procurador General- de obtener los nombramientos definitivos perfeccionados con los acuerdos solicitados a la Cámara de Senadores constituyen una **flagrante inconstitucionalidad** que se revelan con grado de evidencia, básicamente por la violación de dos requisitos constitucionales sustantivos:

1º.- Las propuestas de designación no han sorteado la instancia del concurso público convocado por el Consejo de la Magistratura, único y exclusivo órgano competente para seleccionar y proponer la designación de cargos judiciales.

2º.- El procedimiento constitucional típico, tasado y reglado de la instancia concursal realizado por el órgano competente exclusivo no puede ser reemplazado por un concurso cerrado, interno y sin fiscalización extra poder al Ministerio Público, autor primigenio de las propuestas de designación" (fs. 10 vta. acápite primero/tercero).

"... el propio artículo 207-4º párrafo de la Constitución Provincial -al reconocer la potestad del Ministerio Público de designar y remover su personal- dispone que:

"Tiene, respecto a los funcionarios de sus ministerios, la atribución de cubrir con **carácter provisorio** toda vacante atendiendo, si las hubiere, las nóminas del Consejo de la Magistratura y **hasta que sea cubierta mediante el sistema previsto por esta Constitución**" (fs. 11 segundo y tercer apartados).

"Lo que en los hechos exhibe una práctica de esta naturaleza es una clara **delegación de facultades constitucionales del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial**, al validar procesos concursales internos y sin otro control que no sea el del propio Ministerio Público Fiscal -que pertenece al Poder Judicial- y hacerlos suyos sin más eludiendo la necesaria y esencial intervención del Consejo de la Magistratura, único y exclusivo órgano competente para seleccionar el funcionariado judicial" (fs. 11 último apartado).

"Para decirlo en otras palabras, el Poder Judicial por conducto del Ministerio Público Fiscal ha actuado ejecutando cometidos específicos que la Constitución Provincial le asigna a otro órgano -el Consejo de la Magistratura- que opera y depende del Poder Ejecutivo.- Tal actuación deviene NULA desde el momento mismo de su pretendida subrogación funcional, pero esa INVALIDEZ CONSTITUCIONAL se replica por segunda vez con la autoría material del Poder Ejecutivo que otorga valimiento a aquéllos concursos internos remitiendo al Senado las 15 propuestas de designación de Fiscales Auxiliares" (fs. 11 vta. primer apartado).

"La actuación del Poder Ejecutivo encuadra a las claras y

sin duda alguna en el **presupuesto de invalidez constitucional del artículo 45** de la Carta Provincial" (fs. 11 vta. segundo apartado).

"Las propuestas de designación de Fiscales Auxiliares... constituyen acciones lesivas de derechos subjetivos constitucionales consagrados por el propio texto supremo entrerriano" (fs. 11 vta. penúltimo apartado).

"En efecto, por vía de principio violenta el '**derecho de igualdad de oportunidades**' consagrado como paradigma por el artículo 15 del texto provincial..." (fs. 11 vta. último apartado).

"Esta marginación del derecho de participar... aparece en la especie como una manifestación concreta de la violación del **principio de igualdad** consagrado por el artículo 16 in fine de la Constitución Nacional cuya reproducción recepta el **artículo 5 de la Constitución de Entre Ríos...**" (fs. 12 primer apartado).

"Fundo los dichos de esta acción en lo preceptuado por los arts. 1, 4, 5, 6, 15, 36 y concordantes de la Constitución Provincial; arts. 51 y sigs. de la Ley 8369 de Procedimiento Constitucionales" (fs. 14 vta. acápite X.-).

Finalmente concreta el petitorio identificando el mismo con lo que constituyera el objeto de la acción (fs. 15 vta. punto 8.-).

A fs. 17 se provee la presentación teniéndose por presentado al letrado en nombre y representación de la accionante y por promovida acción de inconstitucionalidad, disponiéndose correr traslado de la misma al Señor Fiscal de Estado por el término de quince días, lo que se materializa mediante cédula diligenciada según obra a fs. 18/vta.

Comparece a fs. 20/35 el Señor Fiscal de Estado de la Provincia, contestando la demanda.

Sostuvo allí, además de la formulación de negativa realizada a los hechos expuestos en la demanda, que:

"De conformidad con lo establecido en el artículo 51º, punto B), de la Ley Nº 8369, mi parte considera que V.E. resulta incompetente..." (fs. 20 vta. acápite III primer apartado).

"De la norma anteriormente mencionada, en el punto A) se dispone que el S.T.J.E.R. ejercerá jurisdicción originaria y exclusiva en el caso de invocarse con EXCLUSIVIDAD la afectación de una norma de la Constitución de Entre Ríos, pero cuando se invoca violación de normas de la Constitución Nacional y/o Provincial y/o ambas,... sólo conocerá en instancia revisora" (fs. 20 vta. mismo acápite tercer apartado).

"De la lectura del promocional de la demanda..., se desprende que la actora invoca afectación a las garantías elementales del núcleo pétreo de la Constitución Nacional, vgr.: violación del principio constitucional de igualdad ante la ley, violación del principio de igualdad de oportunidades (artículo 16 C.N. y artículos 5 y 36 de la C.P.-; motivo por el cual, mi parte considera que el presente proceso debió interponerse por ante el juez de primera instancia en lo Civil y Comercial o del Trabajo o de la Familia y Menores o de Instrucción y sólo llegar en instancia revisora por ante el S.T.J.E.R." (fs. 20 vta. último apartado/21).

"Por tal motivo, propicio que sea declarada la incompetencia del S.T.J.E.R...." (fs. 21 segundo apartado).

A fs. 21/23 bis vta. en el acápite IV.-, efectúa negativa a los hechos expuestos en la demanda.

Expuso luego:

"Liminarmente, corresponde... plantear la falta de integración correcta de la litis respecto a la pretensión de declaración de inconstitucionalidad de la propuesta de designación de los Fiscales Auxiliares en trámite de recibir el acuerdo Senatorial, puesto que dicha pretensión no puede ser resuelta útilmente sin afectar intereses directos de los quince (15) letrados propuestos a ser designados, por lo que dicha pretensión da lugar a la existencia de un **litisconsorcio pasivo necesario**, tornando indispensable su convocatoria al proceso" (fs. 23 vta. acápite III.-, b.1) primer apartado).

"... de conformidad con lo previsto en el art. 86 CPC CER, de aplicación necesaria al trámite procesal de la acción de inconstitucionalidad..., mi parte entiende que en el presente proceso hay otras personas a las que también la actora debió demandar o instar su citación por haberse configurado un **litisconsorcio pasivo necesario** y, no obstante ello, la demanda no fue dirigida contra ellas" (fs. 23 vta. in fine/24 primer apartado).

"..., la citada norma procesal prevé que: 'cuando la sentencia no pudiere pronunciarse útilmente más que con relación a varias partes, éstas habrán de demandar o ser demandadas en un mismo proceso....'" (fs. 24 segundo apartado).

"Por lo tanto, deviene indispensable la presencia en este proceso de los quince (15) letrados propuestos para ser designados en los cargos de Fiscales Auxiliares..." (fs. 24 tercer apartado).

"En otras palabras, para resolver de mérito el proceso es fundamental la presencia de todos ellos pues la sentencia afectará directamente el derecho de los mismos, dado que si bien todavía no se encuentran formalmente designados, han sido ya propuestos... para ser nombrados..." (fs. 24 in fine/vta.).

"Las consideraciones realizadas precedentemente me conducen a propiciar admitir la defensa de insuficiente integración de la litis, al no haberse demandado a los letrados..." (fs. 24 vta. tercer apartado).

"... **la pretensión de la actora, tal como ha sido planteada, deviene manifiestamente improponible** lo que solicito de V.E. que así sea declarado y sea rechazada la demanda..." (fs. 26 segundo apartado in fine).

Posteriormente señaló:

"Conforme surge de los términos de la demanda, la misma contiene dos pretensiones que son de distinta naturaleza y efectos ya que, por un lado, se ataca y persigue: '**... la declaración de inconstitucionalidad del art. 50 de la Ley N° 10.407 y se invalide las propuestas de designación y/o designaciones -de así concretarse en el transcurso de este proceso-...**'" (fs. 26 in fine/vta.).

"En tal sentido, corresponde advertir que el primer segmento de la postulación actoral comporta una pretensión declarativa de inconstitucionalidad directa de una norma y un acto (propuesta de designación y/o de la designación) mediante la cual se persigue la invalidación, estando enmarcada en el art. 60 de la Constitución Provincial y regulado su trámite procesal en los arts. 51/55 de la Ley N° 8369,

mientras que la segunda parte sería una pretensión accesoria de condena, lo cual no es una mera distinción teórica toda vez que cada una de estas acciones posee distintos presupuestos y reglas en torno a recaudos de admisibilidad, legitimación y efectos propios que ameritan un tratamiento separado" (fs. 26 vta. segundo apartado).

"Así, no escapa a V.E. que la demanda originaria de inconstitucionalidad tiene una finalidad eminentemente preventiva; motivo por el cual, en principio, no se admite que a la acción de inconstitucionalidad se le pueda acumular una pretensión de condena." (fs. 26 vta. último apartado).

"... por lo que solicito de V.E. desestime dicha pretensión accesoria de condena" (fs. 27 primer apartado in fine).

Señala que:

"... **la Honorable Legislatura Provincial sancionó la norma transitoria del art. 50 de la Ley N° 10.407**; es decir, existe un precepto legal **redactado, debatido, aprobado y sancionado de conformidad con todos los procedimientos legales y constitucionales...**" (fs. 27 último apartado).

"Dicha norma legal... no es... sino la consecuencia lógica, racional y madura de un proceso de transición gradual..." (fs. 27 vta. segundo apartado).

"En efecto, sancionada la Ley N° 9754, por el artículo 4° de la misma, el Poder Ejecutivo Provincial delegó en el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia la aplicación del nuevo código procesal penal..." (fs. 27 vta. tercer apartado).

"En virtud de tal autorización,... dictó... Resoluciones N° 20/2014, N° 49/2015 y N° 202/2016, etc.... en el marco de los concursos para cubrir los cargos vacantes de Fiscales Auxiliares en diversas jurisdicciones" (fs. 27 vta. cuarto apartado).

"... con sustento en la citada delegación legislativa y con idéntica coherencia infraconstitucional, se aprovecharon los concursos vigentes desarrollados en el ámbito del Poder Judicial, con control del Colegio de Abogados de la Provincia, para designar a los Fiscales... tomando siempre el segundo lugar del concurso para Secretario" (fs. 28 vta. último apartado).

"Luego, aprobaron el respectivo examen y Fueron designados provisoriamente... (Resoluciones N° 03/2014 y N° 049/2014)... (Resolución N° 202/16)" (fs. 29 primer apartado).

"... dichos concursos fueron realizados conforme con el Reglamento vigente para la convocatoria a concursos de cargos de Secretario..." (fs. 29 segundo apartado).

"... el legislador entrerriano excepcionó, del procedimiento constitucional de selección de Fiscales Auxiliares por ante el Consejo de la Magistratura (arts. 180 y 182 C.P.), a... aquellos funcionarios con examen de antecedentes y oposición rendido..." (fs. 31 primer apartado).

"Entonces, ninguna inconstitucionalidad ni ilegalidad puede reprochársele a una norma sancionada por **ambas Cámaras de la Legislatura Provincial (conforme con el procedimiento y plazos para la sanción de leyes)**, ni ninguna invalidez puede endilgarse a las quince (15) propuestas de designación elevadas por el Poder Ejecutivo Provincial al Senado para que éste preste el acuerdo..." (fs. 31 segundo

apartado).

"De la descripción reseñada en... acápites anteriores, surge harto elocuente que la accionante siempre pudo y aún puede inscribirse (en los veintisiete concursos que aún restan) en cualquiera de los concursos realizados en el período de transición... y... NO LO HIZO" (fs. 31 vta. acápite V.4.i) primer apartado).

"Tal conducta... obstruye cualquier afectación del principio de igualdad ante la ley" (fs. 31 vta. mismo acápite segundo apartado).

"... pudo participar sin obstáculo... de los numerosos concursos realizados a lo largo de toda la etapa de transición en la aplicación del nuevo código procesal... e, inclusive, también pudo inscribirse en el año 2015 para concursar los cargos de Defensores Auxiliares y tampoco se inscribió. Es decir que, concretamente no hubo afectación de derecho de raigambre constitucional porque... NO se inscribió ni participó." (fs. 32 segundo apartado).

"... cabe efectuar una objeción de índole formal a la vía escogida por la demandante, toda vez que la acción declarativa de inconstitucionalidad fue prevista para la impugnación de normas jurídicas generales (actos de naturaleza materialmente legislativa), no así para la impugnación de un acto de nombramiento de funcionarios del Ministerio Público Fiscal en tanto el mismo constituye un acto de alcance individual y de contenido no normativo" (fs. 34 primer apartado).

Finalmente petitionó el rechazo de la demanda, con costas (fs. 35 acápite VI).

A fs. 36/vta. se provee la presentación, teniéndose al compareciente por presentado y por contestado el traslado oportunamente corrido, disponiéndose correr vista al Ministerio Público Fiscal lo que se concreta a fs. 37 vta.

A fs. 38/48 comparece el Señor Procurador General de la Provincia señalando:

"Como surge del incidente agregado (confr. '**GEIST DELFINA VALERIA C/ESTADO PROVINCIAL S/MEDIDA CAUTELAR PROHIBICION DE INNOVAR**'), hemos dictaminado allí... incoando el rechazo de la acción..." (fs. 38 acápite II).

"... hemos de reiterar el planteo de incompetencia de V.E. para entender originariamente en el caso, ya que éste por la propia petición de la accionante y literal previsión del art. 51 tercer párrafo de la LPC, debe tramitarse conforme el inciso B del citado precepto" (fs. 38 vta. acápite III primer apartado).

"... es evidente que se trata de afectación -imaginada obvio-, a garantías elementales del núcleo pético..., de la Constitución Nacional..., que sólo llega en revisión a V.E. en la Sala Penal y de Asuntos constitucionales" (fs. 38 vta. mismo acápite tercer apartado).

"... la accionante... funda su acción en la afectación al principio de igualdad ante la ley del art. 16 CN que como es obvio reproduce el art. 5 local..." (fs. 40 primer apartado).

"El art. 60 invocado, precisamente... convalida la cláusula negativa... del tercer párrafo del art. 51 LPC citado:... la competencia originaria de V.E. cuando '... se tratare de atribuir conculcación... a los principios, derechos y garantías reconocidos por la Constitución

Nacional..." fs. 40 segundo apartado).

"... por lo que propiciamos se declare la incompetencia del Superior Tribunal de Justicia en pleno para entender en los obrados y se remita a la instancia de grado" (fs. 40 último apartado).

"... entendemos plenamente acertado el planteo de defecto legal en la proponibilidad subjetiva de la acción formulado por Fiscalía de Estado..., a cuyos términos nos remitimos en aras a la brevedad" (fs. 40 vta. acápite IV. primer apartado).

"... la actora tuvo... todas las oportunidades para presentarse a los concursos de Fiscal Auxiliar o de Defensor Auxiliar...,... **además pudo también presentarse y no lo hizo, en los concursos de Fiscales y Defensores, ni para ninguno de los otros cargos del Poder Judicial...**" (fs. 41 tercer apartado).

"Tal como lo señalamos al remitir al Ejecutivo Provincial **-OFICIO N° 307/2017** complementando el igual N° 37 del 23 de febrero de 2017-, las Resoluciones N° 003/2014; N° 20/2014; N° 49/2014; y N° 202/2016, dictadas en los Concursos realizados para cubrir los cargos vacantes de Fiscales Auxiliares en diversas jurisdicciones de la Provincia a los fines de la mentada norma transitoria, la implementación del sistema procesal penal acusatorio ha estado a cargo del Superior Tribunal de Justicia..." (fs. 41 vta. tercer apartado).

"Con... coherencia infraconstitucional se utilizaron concursos vigentes tomados en el Poder Judicial, para designar a la Fiscal Auxiliar Provisoria..., tomando el 2do. lugar del Concurso para Secretario de Diamante, (confr. Resolución N° 20/2014 que se adjuntará en la etapa de pruebas)" (fs. 42 vta. tercer apartado).

"Asimismo, se designó Fiscal Auxiliar Provisorio al Dr.... tomando el 2do lugar del Concurso para Secretario del Juzgado de Transición y Garantía de Nogoyá (confr. Resolución N° 24/2014)" (fs. 42 vta. cuarto apartado).

"También se designó Fiscales Auxiliares Provisorios a los Dres..., tomando el 1er. y 2do. lugar del Concurso de Secretario del Juzgado de Transición y Garantías N° 1 de Gualeguay (confr. Resolución N° 13/2014)" (fs. 42 vta. quinto apartado).

"... A partir de la vigencia de la Ley 10.049 se... realizaron... Concursos de Oposición y Antecedentes,... para el llamado a concurso de cargos de Secretarios" (fs. 43 cuarto apartado).

"Ello se realizó en una primera oportunidad en las jurisdicciones de Concordia y Concepción del Uruguay,... confr. Resoluciones Nro. 003/2014 y 049/2014)" (fs. 43 último apartado/vta.).

"Aprobaron esta instancia, y fueron designados provisoriamente, en la primera de las jurisdicciones los Dres.... En la segunda, los Dres...." (fs. 43 vta. cuarto apartado).

"El sistema se replicó..., en las jurisdicciones de Gualeguay y Gualeguaychú, aprobándose mediante Resolución Nro. 202/16 que se adjunta..." (fs. 43 vta. in fine/44).

"Esta segunda etapa concursal permitió la designación provisoria de los Dres..." (fs. 44 tercer apartado).

Finalizó luego de la invocación de precedentes jurisprudenciales, peticionando:

"... declarar la incompetencia material para entender

en autos, art. 51 inc. B LPC y art. 205 inc. 2º ap a) Const. Prov., remitiéndolos a instancia" (fs. 48 acápite V.- primer apartado).

"En su momento, se rechace la acción de inconstitucionalidad" (fs. 48 acápite V.- cuarto apartado).

A fs. 50 se tiene presente lo dictaminado y previa rendición de informe de Secretaría efectuado a fs. 51, se ponen los autos a despacho para resolver.

CONSIDERANDO:

II. 1.- Inicialmente cabe adentrarse al examen de la cuestión de incompetencia opuesta según la reseña efectuada anteriormente.

Conforme puede advertirse de los términos y contexto fluyentes del promocional relatados supra, se fundó la acción en lo prescripto por los arts. 1, 4, 5, 6, 15 y 36 de la Constitución Provincial (cfr. fs. 14 vta. acápite X. "DERECHO"), habiéndose promovido "la declaración de inconstitucionalidad tendiente a evitar la consumación de un acto claramente violatorio de la Carta Magna Provincial" (sic fs. 5 vta. primer apartado in fine), por cuanto -así se alegó- se estarían transgrediendo los arts. 180 y 182 inciso 1º de la Carta Provincial (fs. 5 primer apartado y 6 vta. primer apartado) los cuales fueron transcriptos a fs. 6 vta./7, efectuándose consideraciones en torno a ello según se desprende de fs. 7 último apartado/vta., fs. 8 último apartado/vta., fs. 10 vta. último apartado/11 primer apartado y fs. 11 vta. acápite VII primer apartado, ahondando en la aseveración de la supremacía constitucional provincial vía cita de los arts. 5 segundo párrafo y 6 de la misma, conforme se desprende de fs. 9 primer apartado.

Si bien a fs. 12 se observa alusión al art. 16 de la Constitución Nacional vinculado a la "igualdad", diáfano surge de allí que se lo ha hecho de modo meramente tangencial, pues se ha remarcado la violación del art. 5 de la Constitución entrerriana como prescripción que contempla tal principio, haciéndose hincapié -vía transcripción- en el art. 15 de la Carta Magna local (cfr. fs. 12 primer y segundo apartado/vta.).

De manera que dicha estructura fundante, actúa en derredor de disposiciones constitucionales provinciales, lo cual se ratifica en el acápite X del inaugural cuando se funda en derecho la impetración -según ya se señaló-.

Lo relacionado, conduce a la desestimación del planteamiento en examen.

2.- Ingresando al análisis de la alegación de existencia de litisconsorcio pasivo necesario, el planteo de la Fiscalía de Estado -que se relacionara anteriormente- al cual adhirió dándolo por reproducido la Procuración General -según también se reseñó-, invoca precedentes del Alto Tribunal Provincial; pero como se observa en los párrafos señalados por el oponente, se trataron de casos vinculados con quienes estaban designados ocupando el lugar del demandante, al extremo que en "Artucio..." se dijo que "... debió ser citado a juicio... ya que... fue designado en el cargo pretendido..." (cfr. fs. 24 vta./25) y en "Pross..." que "... el otro concursante -ya designado- vería frustrado el cargo concursado que le fuera adjudicado..." (sic fs. 25 vta.).

Más aún, la oposición a través del planteo en cuestión, señala que "... el eventual progreso de la pretensión deducida

comprometería inevitablemente los derechos... que emergen de la designación en el cargo de fiscal Auxiliar de los quince letrados propuestos, los que no pueden verse alterados jurisdiccionalmente sin su intervención..." (sic fs. 26 segundo apartado).

Acontece que no se trata de funcionarios que habrían sido "designados" a través del procedimiento impugnado por la vía que nos ocupa. Pretende expresarse, que si una vez concretada la "designación" por acuerdo de la Cámara Alta con arreglo a lo previsto en el art. 50 de la Ley 10.407 se hubiera promovido esta acción, tal circunstancia requeriría la citación a quienes ocuparían el lugar por el que bregaría la accionante, por cuanto los designados habrían accedido a través del mecanismo legal que precisamente en la demanda se denuncia como contrapuesto a la manda constitucional.

Más aún, si previamente sostiene la Fiscalía Estatal que se tratarían de "*propuestas de designación impugnadas*" (sic fs. 26 segundo apartado ab initio), la alegación inmediata ulterior de que la ausencia de citación "comprometería... la designación..." (sic fs. 26 segundo apartado) per se neutraliza con idoneidad el planteamiento, pues, haber sido propuesto, naturalmente que no resulta equivalente a haber sido designado.

Analizando los dichos del representante estatal, éste sostiene -conforme se expuso-, que "*... la acción declarativa de inconstitucionalidad fue prevista para la impugnación de normas jurídicas generales (actos de naturaleza legislativa), **no así para la impugnación de un acto de nombramiento de funcionarios...***" (sic fs. 34 primer apartado), "*... pues, se tiene que la acción de inconstitucionalidad no es idónea para cuestionar la validez de actos de nombramientos particulares (vgr: quince Fiscales Auxiliares)...*" (fs. 34 último apartado).

Si el fundamento crucial de la oposición a la impetración sustancial radica en lo que señala, se desvanece la "exceptio plurium litisconsortium" o defecto en la integración de la litis que denuncia. Ello así, pues si se afirma que tratándose de una acción declarativa de inconstitucionalidad no correspondería adicionar un planteo direccionado a impugnar un nombramiento particular, no correspondería entonces citar a quienes hubieran sido designados, porque a tenor de lo que propicia el Estado, de tal manera lo impondría la naturaleza declarativa de la acción la que no admitiría una adición de postulación tendiente a dejar sin efecto una designación.

Si es así respecto de quienes hubieran podido ser designados por el procedimiento reglado a través de la norma cuyo cuestionamiento ha sido enarbolado con la interposición de la acción, cuánto más sería entonces superflua la convocatoria a aquellas personas que, como en el caso, no cuentan con "designación" -según fuera ya indicado-.

Refuerza lo antedicho, el hecho de que de modo coetáneo con el pedido de rechazo de la pretensión -fundado en la mentada argumentación- se expone por el Estado Provincial, que "*... Se trata de lo que en doctrina procesal se conoce como el **defecto en la proponibilidad subjetiva de la pretensión** (confr.: la obra de Hernán Martínez: "Procesos con sujetos múltiples", págs. 190/93, t. I)..."* (sic fs. 25 vta. in fine/26), puesto yendo a dicha misma obra el referido autor -en

Causa Nº: 3860 - Año: 2017.-

"GEIST, DELFINA VALERIA c/ ESTADO PROVINCIAL s/ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"

el que se funda el planteo opositor- indica que *"... Las sentencias declarativas se agotan,... en el accertamiento; consecuentemente, su efecto principal y único -la cosa juzgada- tiene per se validez con respecto a todos los legitimados...-... y he aquí la base de la conclusión que expondremos: siendo el litisconsorcio necesario imprescindible por una cuestión de oponibilidad, dada su insustancialidad, no es dable exigirlo en el marco de las sentencias declarativas"* (Martínez Hernán J., "Procesos con sujetos múltiples", tomo I, pág. 114), *"porque las sentencias declarativas se agotan en el accertamiento, como hemos señalado, y siendo el litisconsorcio necesario imprescindible por una cuestión de oponibilidad, salvo norma legal expresa, éste no procederá. Así las cosas, en estas sentencias la justificación del litisconsorcio necesario sólo ha de encontrarse estrictamente en la voluntad legislativa"* (ob. cit. pág. 121).

De la normativa ínsita en el procedimiento constitucional que nos convoca, se desprende que *"si se estima que la ley, decreto, ordenanza o reglamento cuestionados son contrarios a la Constitución, se hará la correspondiente declaración..."* (art. 54 Ley 8369), prescripción que encuadra la naturaleza "declarativa" de la acción.

No obstante, prescribe el art. 60 de la Constitución Provincial que *"la sentencia que pronuncie la inconstitucionalidad será declarativa y de condena pudiendo ser ejecutada"*, por lo que, si recurriéramos siguiendo el posicionamiento del ente accionado, al mismo doctrinario en que basamenta su postura, aquél sostiene que *"las sentencias de condena (marco obligacional)... salvo expreso mandato legal, no requieren la presencia de todos los legitimados"* (ob. cit. pág. 114) aunque distinguiendo entre *"el litisconsorcio propiamente necesario que reconoce su origen en una expresa exigencia de la ley material, que ordena legitimación conjunta activa o pasiva, según el caso, con participación indispensable de todos los legitimados y el litisconsorcio impropriadamente necesario, que en cambio, no reconoce la exigencia de la participación de todos los legitimados en una norma expresa; la misma surge de la relación sustancial controvertida"* (cfr. ob. cit. pág. 107), y en el sub discussio, no se invoca cuál sería la previsión legal que dispondría la citación, ni tampoco lo exige la relación jurídica discutida.

Más aún, el inicio de la acción de inconstitucionalidad coincidió temporalmente con que se instó el trámite senatorial a los fines de la designación referida por la norma cuestionada (art. 50 Ley 10.407). Pero podría haber ocurrido, que dicha tramitación no se hubiera comenzado, ante lo cual cabe interrogarse, en este último supuesto ¿tendrían que haber sido citados quienes no habrían sido propuestos ante el senado?. La respuesta negativa se impone, ya que aquí se ha impulsado una acción declarativa de inconstitucionalidad de una norma legal, que para exigir respuesta jurisdiccional oponible, no depende de que se hubiere o no instado el proceso de designación -previsto por la misma- ante el Senado provincial.

Y no encuentra contradicción, la asunción y plasmado de esta hermenéutica, con cuanto fuera dispuesto en el expediente de medida cautelar, pues si bien allí se ordenó paralizar el procedimiento que en los términos de art. 50 de la Ley Provincial fuera instado ante el Senado, se tendió con ello a impedir que paralelamente a este proceso judicial se estuviera transitando aquél, pues podría haber culminado con

las designaciones fundadas en una norma concreta cuya constitucionalidad estaba siendo objeto de elucidación y decisión, suspendiendo el Tribunal el trámite *"a fin de evitar... alteración hasta el momento de dictado del pronunciamiento que ponga término al conflicto principal,..., ponderando que remitidas desde el Poder Ejecutivo las propuestas ya ingresadas a la Cámara Alta, el decurso temporal origina inestabilidad radicada en que el progreso de la sustanciación de trámites ya iniciados para la concretización de las designaciones (denunciadas como inficionadas) estaría próximo a su finalización y ello, de cumplirse, tornaría al interés alegado al demandar, eventualmente insusceptible de reparación a través del acto de sentencia ulterior"* (sic resolución del expediente de medida cautelar).

No obstante, surgiría de la contestación de la demanda, que debería citarse a quienes ocupan el cargo de fiscales auxiliares provisorios por el sólo hecho de que se instó el procedimiento reglado por el art. 50 de la Ley 10.407.

Así se desprendería del planteo formulado por el Señor Fiscal de Estado, cuando señala textual: *"... corresponde... plantear la falta de integración correcta de la litis respecto a la pretensión de declaración de inconstitucionalidad de la propuesta de designación de los Fiscales Auxiliares en trámite de recibir el acuerdo senatorial, puesto que dicha pretensión no puede ser resuelta útilmente sin afectar intereses directos de los quince (15) letrados propuestos a ser designados..."* (fs. 23 vta. penúltimo apartado), *"... deviene indispensable la presencia en este proceso de los quince (15) letrados propuestos para ser designados en los cargos de Fiscales Auxiliares..."* (fs. 24 penúltimo apartado), *"... para resolver de mérito el proceso es fundamental la presencia de todos ellos... dado que si bien todavía no se encuentran formalmente designados, han sido ya propuestos por el Poder Ejecutivo para ser nombrados previo acuerdo del Senado..."* (fs. 24 último apartado/vta.).

Naturalmente que lo anteriormente relacionado y expuesto, conduce a sostener que dicha postura no puede tener andamiaje.

3.- En cuanto concierne al asunto sustancial, cuadra diferenciar la legitimación activa para ejercer la pretensión, los alcances y contenido de ésta y las razones para decidir acerca de su acogimiento o desestimación.

3.- 1) La acción se formuló fundada en el art. 60 de la Carta Provincial, no estando controvertido el cumplimiento de los recaudos legales exigidos para concursar invocados por quien acciona.

No empece al interés de la accionante el hecho de que no habría participado en concursos anteriores o que podría hacerlo en ulteriores -según ha sido esgrimido en la réplica contenida en el responde por el Estado Provincial y el Ministerio Público Fiscal- pues deviene irrelevante, ya que tales circunstancias no impiden declarar la inconstitucionalidad de una norma, impetrada por quien manifestara tener interés en razón de lo que de tal declaración pudiese desprenderse, en relación a los cargos sobre los que intentaría competir denotando ello interés "actual", no hipotético, conjetural o eventual.

Tal consideración releva ingresar en el examen de la también postulada acción con fundamento en el art. 61 de la Carta Magna

Provincial, pues "...un pronunciamiento judicial ... no puede convertirse en una mera exposición teórica, consultiva o académica respecto a los temas arrimados por las partes" (cfr. S.T.J.E.R., Sala Penal, in rebus: "CLUB ATLETICO MARIA GRANDE", sent. del 8/6/90; "VELAZQUEZ", sent. del 19/4/92; "CUELLAR", sent. del 23/2/93; "JACOBI", sent. del 26/3/97; entre otros),..." (Excmo. S.T.J. Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal in re "VILLANUEVA, ROSA BEATRIZ en representación de MARTINEZ ANGELA NICANORA C/ INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS (IOSPER) S/ ACCION DE AMPARO" 21-07-2017).

3.- 2) Respecto a los alcances de la pretensión contenida en el escrito de inicio, si bien plantea la inconstitucionalidad del art. 50 de la Ley 10.407, se desprende claro que la misma refiere exclusivamente a objetar a quienes han sido designados por resolución del Ministerio Público Fiscal previo concurso, y no se vincula con los funcionarios transferidos por sus condiciones de secretarios titulares a la órbita de aquel Ministerio.

Tal conclusión surge palmaria de la presentación inaugural, al referir que se **"invalida las propuestas de designación y/o las designaciones -de así concretarse...-... formalizada por el Poder Ejecutivo de Entre Rios ante la Cámara de Senadores..."** (sic fs. 4 in fine/vta.), "... la pretensión del Poder Ejecutivo -y por vía de primigenio interés, del Procurador General- de obtener los nombramientos definitivos perfeccionados con los acuerdos solicitados a la Cámara de Senadores constituyen una **flagrante inconstitucionalidad...**, básicamente por...: **1º) Las propuestas de designación no han sorteado la instancia del concurso público convocado por el Consejo de la Magistratura... 2º) El procedimiento constitucional típico, tasado y reglado de la instancia concursal realizado por el órgano competente no puede ser reemplazado por un concurso cerrado, interno y sin fiscalización extra poder al Ministerio Público, autor primigenio de las propuestas de designación"** (sic fs. 10 vta. primer/tercer apartado), "Lo que en los hechos exhibe una práctica de esta naturaleza es... validar procesos concursales internos y sin otro control que no sea el del propio Ministerio Público Fiscal..." (fs. 11 último apartado), "... el... Ministerio Público Fiscal ha actuado ejecutando cometidos específicos que la Constitución Provincial asigna a otro órgano -el Consejo de la Magistratura-... Tal actuación deviene NULA...,... esa INVALIDEZ... se replica... con la autoría material del Poder Ejecutivo que otorga valimento a aquéllos concursos internos remitiendo al Senado las 15 propuestas de designación de Fiscales Auxiliares" (fs. 11 vta. primer apartado).

Véase que así lo resalta el Señor Procurador cuando aludiendo a la reubicación de secretarios titulares en la órbita del Ministerio Público, dice que "... Nada de esto le ha parecido incongruente... con la Constitución... Provincial a la accionante, dado que expresamente consiente en su necesidad y adecuación (confr. fs. 10)" (fs. 42 in fine/vta.), "No se alcanza a comprender cuál es la razón por la que la actora no ve afectados sus derechos fundamentales en la transformación de Secretarios a Fiscales... cuando aquellos tampoco pasaron por el Consejo de la Magistratura, y sí en cambio por los antes mencionados

concursos, todos abarcados por la ley 10.049" (fs. 42 vta. in fine/43).

Y si bien se mira, a fs. 9 vta. luego de transcribirse remarcado el artículo 13 del anexo I del Decreto N° 4384/09 cuando reza: "... **que los Secretarios pasen a desempeñar funciones de Fiscales Auxiliares...** - En estos casos, por tratarse de una reubicación del funcionario, no se exigirá rendir un nuevo concurso" (sic fs. 9 vta. tercer apartado), agrega la demandante: "Como puede advertirse, la legislación infraconstitucional dictada guarda concreta relación y versa sobre las particularidades generadas por la puesta en vigencia del sistema procesal penal acusatorio por aplicación de la ley 9754..., cuya **implementación progresiva** en todo el territorio provincial constituyó una decisión de política judicial sugerida por este Superior Tribunal de Justicia mediante Acordada General... y así dispuesta por el Poder Ejecutivo por conducto del Decreto N° 4384/09..." (fs. 9 vta. in fine/10).

Si así pretendiere no entenderse se trae a colación que "las alegaciones vertidas en el curso del proceso, que exteriorizan palmarias contradicciones, descalifican totalmente a la parte que las emite, gravitando esa conducta del litigante en la solución justa del caso concreto. Así la doctrina de los propios actos, que se abastece en el principio de la buena fe y la seguridad jurídica en el tráfico negocial, imprime en la decisión un sello particular. En efecto, cuando el justiciable afirma, alega o sostiene categóricamente un hecho, luego no puede desconocer o impugnar esa circunstancia fáctica jurídica..." (Isidoro Eisner, Nuevos Planteos Procesales, pág. 4, citando a Morello-Sosa-Berizonce, Cód. Proc. Civ. y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", t. II-B). "Se advierte que el sustento moral y jurídico de esta doctrina reside en... la coherencia del comportamiento... y en particular el resguardo de la seguridad jurídica -saber a qué atenerse y conocimiento cierto de su situación- a cuyo valor la Corte Suprema de la Nación habría privilegiado "por ser una de las bases principales de nuestro ordenamiento jurídico cuya tutela incumbe a los jueces", por lo que se le ha de reconocer: "jerarquía constitucional" (Fallos: t. 242, p. 501; t. 252, p. 134; t. 96, p. 280; t. 109, p. 666). En otro orden de consideraciones, esta doctrina -ahora tan de moda como lo es la del abuso del derecho, la imprevisión, la lesión, la regla moral- encuentra su sustento filosófico y racional en los conocidos principios lógicos y ontológicos de "no contradicción", en virtud de los cuales una cosa no puede ser ella y a la vez su contraria ni es posible afirmar su realidad y su inexistencia en forma simultánea..." (Eisner ob. cit. Pág. 5).

3.- 3) El tema relacionado con la cuestión de constitucionalidad, se dirime observando los textos legales que colisionan.

Prescribe la Constitución Provincial:

"Art. 175 - Son atribuciones y deberes del Poder Ejecutivo:...16°... Someter al acuerdo del senado la propuesta para la designación de los... funcionarios de los Ministerios Públicos, escogidos de una terna vinculante que, previo concurso público, le remitirá el Consejo de la Magistratura. Obtenido el mismo, proceder al nombramiento respectivo", "Art. 103 - Son atribuciones exclusivas del Senado:... 2° Prestar o negar acuerdo al Poder Ejecutivo,..., para el nombramiento de... funcionarios para los cuales la ley establezca esta forma de

nombramiento", "Art. 193 - Los... magistrados y funcionarios del Poder Judicial serán designados de la forma prevista por los arts. 103º, inc. 2º y 175º, inc. 16...", "Art. 180 - El Consejo de la Magistratura es un órgano asesor permanente del Poder Ejecutivo. Tiene competencia exclusiva para proponerle, previa realización de concursos públicos y mediante ternas vinculantes, la designación en los cargos que correspondan de los magistrados y los funcionarios de los Ministerios Públicos del Poder Judicial", "Art. 182 - Son funciones del Consejo de la Magistratura: a) Seleccionar, mediante concurso público de antecedentes, oposición y entrevista personal, siguiendo criterios objetivos predeterminados de evaluación, a los postulantes para cubrir los cargos inferiores de magistrados judiciales y funcionarios de los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa..., c) Emitir propuestas en ternas vinculantes y elevarlas al Poder Ejecutivo...", "Art. 5 -... Los derechos y garantías consagrados por esta Constitución no serán alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, ni limitados por más restricciones que las indispensables para asegurar la vida del Estado, el derecho de terceros, la moral y el orden público", "Art. 6 En ningún caso podrán las autoridades de la Provincia suspender la observancia de esta Constitución...".

Por su parte, preceptúa la Ley 10.407:

"Art. 13º... los fiscales... auxiliares serán designados por el Poder Ejecutivo con Acuerdo del Senado, con ajuste al procedimiento de selección que la Constitución de la Provincia establezca", "Art. 50º Quedarán exceptuados de lo previsto en el Artículo 13 de la presente ley en referencia a los Fiscales... Auxiliares... quienes se hayan adjudicado los concursos que se encuentran en trámite y con prueba de oposición realizada al día de la fecha, debiendo recibir el correspondiente acuerdo del Senado".

Del simple paralelismo comparativo, diáfano surge que la norma de inferior rango ha avasallado previsiones expresas de la Máxima Ley Provincial, lo que deriva inexorablemente en su inconstitucionalidad.

Cuadra efectuar una consideración particular, radicada en el hecho de que no han sido acompañados todos los instrumentos vinculados con las designaciones provisorias efectuadas por el Ministerio Público a los quince letrados cuya propuesta fuera elevada al senado.

No obstante, observando la Resolución 202/2016 del 26-12-2016 en la que se sustenta la posición de la Fiscalía de Estado (cfr. fs. 27 vta. cuarto apartado) y de la Procuración General (cfr. fs. 41 vta. tercer acápite), surge que allí se resuelve vinculado con uno de los propuestos: "... **III) DESIGNAR al Dr. EDUARDO GUAITA,...**, como **FISCAL AUXILIAR PROVISORIO...**, quien continuará desempeñándose como Agente Fiscal Interino hasta la cobertura de dicho cargo por los mecanismos Constitucionales vigentes;... " (sic fs. 15/vta, de los autos de medida cautelar anexados por cuerda).

Si la designación se ha efectuado sujeta al cumplimiento del mecanismo constitucional vigente, el pretender un apartamiento de dicho condicionamiento constituye contraposición con lo expuesto en la resolución continente de la designación, no pudiendo alegarse desconocer la asignación efectuada con arreglo a lo ya resuelto o

irse más allá de los límites impuestos por el mismo acto en que se fundó la ahora pretendida proposición por ante el Senado provincial.

"Nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior cuando ese comportamiento, como sucede en el sub lite, ha sido deliberado, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. En consecuencia, la postura sostenida en la instancia judicial no puede ser receptada por el Tribunal en la medida en que se contradice con la adoptada en sede administrativa... (Fallos: 275:235; 294:220; 300:480, 909; 307:1602; 308:72; S. 291.XX. Santiago del Estero, Provincia de c/Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales s/acción declarativa pronunciamiento del 17 de agosto de 1989, entre muchos otros) (C.S.J.N. in re Cadipsa S.A. C/Santa Cruz, Provincia de s/inconstitucionalidad 21.10.97).

Sin perjuicio de lo anterior, dirimente y suficiente por cierto, para dar respuesta razonable al planteamiento (art. 3 Código Civil y Comercial de la Nación), se trae a colación que la C.S.J.N. se ha expedido acerca de similares asuntos.

Así, mutatis mutandis, in re "Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación" el 23-05-2007, expuso el Alto Tribunal Federal:

"11) Que la Constitución Nacional confiere al Poder Judicial de la Nación el ejercicio de las atribuciones contempladas en los arts. 116 y 117, para lo cual establece que este departamento de Estado se compone de una Corte Suprema de Justicia y demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere (art. 118).

La designación de los magistrados integrantes de dicha rama del Gobierno Nacional, según la pauta constitucional, exige la participación del Consejo de la Magistratura de la Nación, del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo mediante la intervención del Senado. Así, el presidente de la Nación nombra a los 'jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura' y el Senado debe prestar acuerdo 'en sesión pública en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos' (art. 99, inc. 4º). A través de este mecanismo se adquiere la calidad de juez.

Tal sistema de designación encierra la búsqueda de un imprescindible equilibrio político...

Preciso es, recordar que, con la reforma de 1994, el constituyente decidió incorporar al procedimiento de selección y nombramiento de magistrados inferiores la participación del Consejo de la Magistratura 'en su condición de órgano con competencias especiales dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial de la Nación' con el fin de atenuar la discrecionalidad del Poder Ejecutivo en la propuesta de magistrados federales, con exclusión de aquéllos que integraran la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

12) Que el nombramiento de los jueces de la Nación con arreglo al sistema referenciado se erige en uno de los pilares esenciales del sistema de división de poderes sobre el que se asienta la República.

En tal sentido los procedimientos constitucionales y

las leyes que reglamentan la integración de los tribunales, han sido inspirados en móviles superiores de elevada política institucional, con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley. Las disposiciones pertinentes se sustentan, pues, en la necesidad de afirmar la independencia e imparcialidad de los jueces no solo en beneficio de ellos sino, fundamentalmente, de los justiciables...

13) ...la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales de orden internacional (Fallos: 321:3555; 328:1491) destacó que 'esta Corte considera que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución'. Los principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura, establecen que:

'La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura'.

'Esta Corte considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas' (caso del Tribunal Constitucional, Aguirre Roca, Rey Terry y Reboledo Marzano vs. Perú, sentencia del 31 de enero de 2001, párrafos 73 y 75, serie C N.º 71).

14) Que tal como se expresó la Constitución contiene un procedimiento de designación de magistrados en el que resulta necesaria la participación del Consejo de la Magistratura, del Poder Ejecutivo y del Senado de la Nación....

En tal sentido esta Corte ha sostenido enfáticamente, que resulta indispensable para la designación de los magistrados y el ejercicio de la función judicial, en sintonía con los principios de independencia e inamovilidad de los jueces, la intervención obligatoria del Poder Ejecutivo -después de 1994, debe añadirse, precedida de la selección y emisión de propuestas internas vinculantes formuladas por el Consejo de la Magistratura-, con acuerdo del Senado, de conformidad con los preceptos de la Constitución Nacional y la forma representativa de gobierno (confr. criterio general enunciado en el precedente que se registra en Fallos: 306:72).

De ello se infiere, contrario sensu, que la garantía de independencia del Poder Judicial, requisito necesario para el control que deben ejercer los jueces sobre los restantes poderes del Estado, se vería gravemente afectada si el sistema de designaciones... no ponderara la necesidad y grado de participación de los tres órganos de poder referidos en relación con los fines que se persiguen con la implementación de dicho sistema... También resulta imprescindible que la selección de estos

magistrados esté presidida de un criterio de razonabilidad...

16) Que, como se ha anticipado, el principio de la independencia del Poder Judicial de la Nación es uno de los cimientos en que se apoya nuestra organización institucional (confr. doctrina de Fallos: 313:344; 314:760 y 881; 319:24; 322:1616; 325:3514, entre muchos otros). Para favorecer la efectividad de dicho principio, la misma Constitución y la ley, además de determinar un especial mecanismo de designación, reconocen a quienes acceden a la magistratura determinadas garantías (inamovilidad, inmunidad, intangibilidad remuneratoria) a la par que establecen un especial sistema de responsabilidad...

19) Que, en las condiciones expresadas, el Régimen... aprobado..., en la medida en que no se adecua a los parámetros constitucionales, en particular, en cuanto autoriza un método de nombramiento circunscripto a la intervención exclusiva de organismos que operan en el ámbito del Poder Judicial (tribunales orales, cámaras nacionales de apelaciones o cámaras federales y, para algunos supuestos, Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura), es inconstitucional" (voto de los Ministros Lorenzetti - Highton de Nolasco - Maqueda).

"7º) ... el régimen... impugnado, que confiere la función jurisdiccional a personas que no han sido designadas conforme a los mecanismos constitucionales correspondientes, carece de legitimidad, legalidad, validez y vigencia.

8º)... los constituyentes previeron un especial modo de acceso a la magistratura judicial, atribuyendo a los poderes ejecutivo y legislativo un rol conjunto y exclusivo para la cobertura de tales cargos, plasmado en un acto complejo. Así, se estableció que la designación de jueces nacionales y federales debía llevarse a cabo a propuesta del presidente de la Nación con necesario e indispensable acuerdo del Senado (art. 99, inc. 4º, Constitución Nacional).

9º) Que la reforma constitucional del año 1994 no alteró de manera alguna el modo de designación de los jueces federales. Estableció un 'Consejo de la Magistratura' con el fin de atenuar la discrecionalidad del poder ejecutivo en la propuesta de magistrados federales...

12) Que, junto a su reconocimiento, el producto constitucional de tales debates contempló de manera expresa las funciones del nuevo órgano, destacando de manera puntual y en lo que al caso concierne, que le corresponde 'seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores' y 'emitir propuestas en ternas vinculantes para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores' (art. 114 incs. 1 y 2 de la Constitución Nacional)...

17) ... señalaba Alberdi 'Conservar la constitución es el secreto de tener constitución. Tiene defectos, es incompleta? No la reemplacéis por otra nueva. La novedad de la ley es una falta que no se compensa por ninguna perfección; porque la novedad excluye el respeto y la costumbre, y una ley sin estas bases es un pedazo de papel, un trozo literario' (confr. Alberdi, Juan Bautista. "Organización...", op. cit., pág. 198).

Y si bien esta Corte no olvida los límites y la gravedad que conlleva una declaración de inconstitucionalidad (confr. Fallos: 249:51; 264:364, entre muchos otros), tampoco soslaya que tiene el imperioso deber de hacerla efectiva cuando la norma no supera el denominado 'test' de legitimidad, como claramente se advierte en el caso...

20) ... el sistema establecido por el reglamento es abiertamente inconstitucional. Ello, en tanto se afecta el procedimiento claramente establecido por nuestra Constitución para el nombramiento de magistrados, desconociéndose así la garantía del juez natural, con grave menoscabo al principio de división de poderes, y por ende, con fulminante desconocimiento a la elemental regla republicana según la cual la soberanía descansa en el pueblo de la Nación. El sistema impugnado es refractario a ese principio cardinal, toda vez que la designación de los jueces... proviene de la voluntad -aun indirecta, en segundo grado- del pueblo argentino, a través de los representantes que la Constitución le ha asignado...

21) Que la condición de juez se obtiene, sin ambages, si se han satisfecho los requerimientos constitucionales establecidos al efecto;... El Judicial es uno de los tres poderes constitutivos del Estado y es inaceptable sostener -a extramuros de la Ley Fundamental- que aceptase la titularidad de la magistratura en algunos casos, mediante el procedimiento constitucional y en otros, fuera de sus márgenes..." (voto del Ministro Fayt).

Fundamentación análoga constituyó el andamiaje de la decisión in re "Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13), del 18-06-2013, donde dijo:

"20) ... el nuevo mecanismo institucional de designación de magistrados de tribunales inferiores en grado a esta Corte, contemplado en la reforma de 1994, dejó de lado el sistema de naturaleza exclusivamente político-partidario y de absoluta discrecionalidad que estaba en cabeza del Poder Ejecutivo y del Senado... Tal opción no puede sino entenderse como un modo de fortalecer el principio de independencia judicial, en tanto garantía prevista por la Constitución Federal.

En este sentido, no ha dado lugar a controversias que la inserción del Consejo de la Magistratura como autoridad de la Nación ha tenido por finalidad principal despolitizar parcialmente el procedimiento vigente desde 1853 para la designación de los jueces, priorizando en el proceso de selección una ponderación con el mayor grado de objetividad de la idoneidad científica y profesional del candidato, por sobre la discrecionalidad absoluta (Fallos: 329:1723, voto disidente del juez Fayt, considerando 12).

Es evidente que con estos fines se ha pretendido abandonar el sistema de selección exclusivamente político-partidario. En palabras de Germán Bidart Campos, es inocultable la búsqueda del constituyente de 'amortiguar la gravitación político-partidaria en el proceso de designación y enjuiciamiento de jueces' ('Tratado Elemental de Derecho Constitucional', 1997, T. VI, pág. 499).

21) Que, asimismo, la voluntad originaria expresada

en la Asamblea Constituyente compone otra pauta de interpretación esencial (confr. arg. Fallos: 100:337; 220:689; 333:633) que ratifica los criterios hasta aquí expuestos. El examen de los antecedentes deliberativos que concluyeron en el texto sancionado en la convención de Santa Fe, ratifica el genuino contenido de la cláusula constitucional en los términos interpretados con anterioridad en cuanto, a fin de afianzar la independencia de los jueces como garantía de los habitantes, despolitiza el procedimiento de selección..., dispone su elección a través de sus respectivos estamentos y establece un equilibrio en su modo de integración.

22) Que en efecto, un grupo de convencionales presentó un proyecto de reforma de la Constitución Nacional cuyos fundamentos expresaban su intención de 'vigorizar la independencia del Poder Judicial, (...) en este sentido se proponen mecanismos de despolitización de los procedimientos de nombramiento y remoción de los magistrados, que garantizarán no sólo idoneidad, sino independencia de los jueces frente a las posibles presiones políticas. A este objetivo apuntan la creación del consejo de la magistratura y el establecimiento del jurado de enjuiciamiento de magistrados' (Ministerio de Justicia - Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Obra de la Convención Nacional Constituyente, T. II, págs. 1922 a 1929)..." (voto de los Ministros Lorenzetti-Maqueda-Fayt-Highton de Nolasco).

En idéntica línea de pensamiento in re "Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c/Consejo de la Magistratura de la Nación s/acción mere declarativa de inconstitucionalidad" el 04 11-2015, señaló:

"5º) Que, tal como surge de su mera lectura, el artículo citado autoriza la cobertura de vacancias... en un proceso en el que no interviene ni el Poder Ejecutivo ni el Senado de la Nación.

Un mecanismo semejante resulta inconstitucional por no contemplar la necesaria participación de los tres poderes del Estado a los que nuestra Ley Fundamental le encomienda el nombramiento de los jueces, tal como lo ha señalado esta Corte en la causa 'Rosza' a cuyas conclusiones y fundamentos corresponde remitir en razón de brevedad.

8º) Que, en fecha reciente, este Tribunal ha señalado que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales de orden internacional (Fallos: 321:3555; 328:1491; 330:3248), el principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en las que se decida sobre los derechos de la persona (cfr. CSJ 1095/2008 (44-A)/CS1 'Aparicio, Ana Beatriz y otros c/ EN -CSJN- Consejo de la Magistratura- art. 110 s/ empleo público', fallada el 21 de abril de 2015).

9º) Que en el mismo precedente se destacó que el objetivo de este principio radica en evitar que el sistema judicial en general, y sus integrantes en particular, se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial. Adicionalmente, se dijo que el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia... que inspire legitimidad y confianza suficiente no solo al justiciable, sino a los

ciudadanos en una sociedad democrática (confr. causa 'Aparicio' cit., considerando 18).

10°) Que para asegurar su independencia, los jueces cuentan -a diferencia de los demás funcionarios- con garantías reforzadas que resultan indispensables para el ejercicio de su función. Entre ellas, en lo que a este caso interesa, se encuentran la de un adecuado proceso de nombramiento y la inamovilidad en el cargo (Fallos: 314:881 y 749; 315:2386; 324:1177; 325: 3514; y causa 'Aparicio' y sus citas)...

24°)... De esta forma, resultan aplicables las consideraciones formuladas en este aspecto en el precedente 'Aparicio', porque el nuevo sistema implementado permite que la administración de justicia quede en manos de personas que han sido seleccionadas por mayorías simples, distintas a las exigidas para los jueces permanentes y que, además, ni siquiera han atravesado un concurso para demostrar sus condiciones y aptitud para el ejercicio del cargo" (Voto de los Sres Ministros Lorenzetti-Maqueda-Highton de Nolasco-Fayt).

Sostiene el ente estatal que "...sancionada la Ley N° 9754, por el artículo 4 de la misma, el Poder Legislativo Provincial delegó en el Superior Tribunal de Justicia... la aplicación del nuevo código procesal penal..." (fs. 27 vta. tercer apartado), "En virtud de tal autorización, el S.T.J.E.R. dictó diversas Acordadas... y Resoluciones... N° 202/2016... en el marco de los concursos para cubrir los cargos vacantes de Fiscales Auxiliares en diversas jurisdicciones" (fs. 27 vta. cuarto apartado).

Sin perjuicio de reparar que la resolución 202/16 referiría a la del Señor Procurador General y no al S.T.J.E.R., lo cierto es que el contexto argumental alude que el Máximo Tribunal avalaría el modo de designación por simple acuerdo senatorial de quienes hubieran sido asignados por concurso interno.

En análogo sentido se expidió la Procuración General al referir que "... al remitir al Ejecutivo Provincial -**OFICIO N° 307/2017** complementando el igual N° 37...-, las Resoluciones... N° 202/2016, dictadas en los Concursos realizados para cubrir los cargos vacantes de Fiscales Auxiliares en diversas jurisdicciones de la Provincia..., la implementación del sistema procesal penal acusatorio ha estado a cargo del Superior Tribunal de Justicia..." (fs. 41 vta. tercer apartado).

Pero el Alto Cuerpo no ha admitido la forma de designación que en este caso se cuestiona, pues mediante Acuerdo General N° 16/15 del 09-06-15 anexado a fs. 29/32 del expediente de medida cautelar agregado por cuerda, acordó: "1°) Declarar que el único procedimiento de selección y nombramiento definitivo de Fiscales Auxiliares... que no hayan sido transferidos a la órbita de los Ministerios Públicos en virtud de lo dispuesto por el Decreto 4384/09 ratificado por Ley 10.049 -Secretarios Titulares a la fecha del traspaso- es el que se encuentra previsto en la Constitución Provincial para Magistrados y Funcionarios y que se concreta con intervención del Consejo de la Magistratura".

Por los fundamentos expuestos, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 50 de la ley 10.407 en la parte pertinente que reza: "Quedarán exceptuados de lo previsto en el Artículo 13 de la presente ley en referencia a los Fiscales... Auxiliares,... quienes se hayan

adjudicado los concursos que se encuentran en trámite y con prueba de oposición realizada al día de la fecha, debiendo recibir el correspondiente acuerdo del Senado".

3.-4) En lo que atañe al resto de las facetas del planteo, vinculado con que se *"invalide las propuestas de designación"* (sic fs. 4 acápite II), considerando que a través de la decisión adoptada en el trámite de medida cautelar se dispuso *"la suspensión en el ámbito del Honorable Senado de la Provincia y del Poder Ejecutivo Provincial, hasta la existencia de sentencia definitiva firme en los autos principales, del procedimiento tendiente a la eventual designación de los Fiscales Auxiliares..., ordenando al titular del Poder Ejecutivo Provincial abstenerse de producir los nombramientos respectivos..."* (sic punto 1.- del RESUELVO -fs. 61 vta.-), la consecuencia que se desprende de la inconstitucionalidad declarada, es la de otorgar "definitividad" a la suspensión y orden de abstención allí decretada.

En relación a la petición consistente en que se **"dicte sentencia condenatoria ordenando al PODER EJECUTIVO y al CONSEJO DE LA MAGISTRATURA de ENTRE RIOS -como órgano asesor permanente de aquél- a organizar y convocar el Concurso Público de Antecedentes, Oposición y Entrevista Personal para la selección de postulantes para cubrir los mencionados cargos del Ministerio Público Fiscal, efectivizando las reglas y condiciones del método de selección, previsto por el artículo 182 inciso a) de la Constitución de Entre Rios..."** (sic fs. 4 vta. in fine/5 primer acápite), atendiendo a la naturaleza de la acción sustancial (declarativa de inconstitucionalidad), decisión adoptada en torno a la misma y composición de este Tribunal convocado con arreglo al art. 36 de la ley 6902, corresponde rechazar la pretensión.

3.-5) Respecto a las costas, la naturaleza, entidad, significación y trascendencia de la cuestión, juntamente con las consideraciones efectuadas en los puntos precedentes que reflejan el modo de culminación de la contienda suscitada, imponen cargarlas por su orden.

Por todo lo relacionado y expuesto

SE RESUELVE:

I.- HACER LUGAR PARCIALMENTE a la acción instaurada y, en consecuencia, **DECLARAR** la inconstitucionalidad del art. 50 de la Ley 10.407 cuando reza: *"Quedarán exceptuados de lo previsto en el Artículo 13 de la presente ley en referencia a los Fiscales ... Auxiliares, ...quienes se hayan adjudicado los concursos que se encuentran en trámite y con prueba de oposición realizada al día de la fecha, debiendo recibir el correspondiente acuerdo del Senado"*, otorgando definitividad a la suspensión oportunamente decidida in re: **"GEIST, DELFINA VALERIA c/ESTADO PROVINCIAL s/MEDIDA CAUTELAR PROHIBICION DE INNOVAR"**, Expte. 3864, agregado por cuerda.

II.- IMPONER las costas por su orden.

Regístrese, notifíquese, líbrense los despachos pertinentes al Sr. Gobernador de la Provincia y al Presidente de la Honorable Cámara de Senadores de la Provincia, haciéndoles saber lo aquí resuelto y, oportunamente, archívese.

FDO. DRES. GIORGIO - MARFIL - RAMIREZ AMABLE - GALANTI - MORANDE - FEDERIK - MATORRAS - BONABOTTA - PEROTTI.-

VOTO CONCURRENTE DE LOS SEÑORES VOCALES DRES. PEROTTI, BONABOTTA, GALANTI Y RAMIREZ AMABLE

CONSIDERANDO:

1.- En primer término, se adhiere a la declaración de inconstitucionalidad que, por conducto de la acción prevista en el art. 60 de la Constitución Provincial y su correlativo 51 de la Ley 8369 se viene propiciando precedentemente, por compartirse sus fundamentos y la solución propuesta.

Si bien el asunto se resuelve en modo suficiente por el art. 60 de la Constitución Provincial y su correlativo 51 de la Ley 8369, en tanto la actora planteó en subsidio el pedido de inconstitucionalidad por conducto de la acción popular directa, en el art. 61 de la Constitución Provincial, se estima pertinente -a todo evento- aclarar que tal declaración también habría resultado procedente por conducto de la aludida vía, dándose en el caso los recaudos de admisibilidad que exige el propio texto constitucional para su admisión, más allá de lo que se dijo ut supra, respecto de la cuestión de fondo misma y lo que se agregue en el presente.-

2.- La acción popular directa de inconstitucionalidad, moderno instrumento del derecho procesal constitucional, no se encuentra regulado en la Carta Magna Nacional. Pero sí en nuestra Constitución de Entre Ríos y en otras provincias, con sus caracteres particulares (Salta, art. 92 CPS) o bien en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 103 CCABA).

La legitimación amplia prevista en el texto constitucional local -todo habitante de la provincia- torna innecesarias mayores indagaciones en el caso concreto, pues la aludida legitimación surge con claridad de la invocación que hace la accionante y de los documentos acompañados por ésta, al denunciarse como domicilio real, sito en la ciudad de Federación, Entre Ríos.

La ausencia de reglamentación de la acción no impide su ejercicio, conforme tiene dicho el Excmo Superior Tribunal de Justicia local (cfr. "Gorostegui c/Estado Provincial s/ Acción de Inconstitucionalidad" del 20 de marzo de 2017; "Fundación M´Bigua c/Estado Provincial s/Accion de Inconstitucionalidad" del 9 de junio de 2017).-

Este relevante instituto, visto con beneplácito por la doctrina (cfr. Humberto Quiroga Lavié, cfr. "Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Rubinzal-Culzoni, p 332/333, citado por Salduna, Bernardo en: "Constitución de Entre Ríos, comentada y anotada", Ed. Dictum ediciones, 2008, p. 265, nota 374), ha sido descripto como un remedio constitucional preventivo que permite la participación ciudadana a fin de lograr el retiro de una norma inconstitucional, del sistema jurídico. Al respecto, en su favor, uno de los convencionales constituyentes sostuvo: *"Acá sintetizamos con absoluta claridad y riqueza cualitativa dos cuestiones que me parecen esenciales:*

la participación ciudadana directa y la defensa de la Constitución de la Provincia" (informe del Sr. Convencional, Dr. Hermo L. Pesuto). Y si bien el instituto fue objeto de críticas o prevenciones en el mismo seno de la Convención constituyente (cfr. Salduna, Bernardo, op cit, p. 265) fundados en el temor de que instrumentos como el comentado pudiesen impedir la gobernabilidad por su uso irresponsable o malicioso, lo cierto es que la norma del art. 61 de la Constitución Provincial es parte integrante del plexo constitucional vigente y resulta operativa más allá de la ausencia de reglamentación. Sin perjuicio de ello, a fin de evitar la consumación de los temores mencionados -uso indebido o irresponsable del instituto- resulta menester verificar -aún sin cuestionamiento de parte- los recaudos de admisibilidad de la acción.

3.- En tal cometido, se dirá primeramente que este Superior Tribunal resultaría competente para entender en la acción, de modo originario, conforme lo indica el art. 61 de la Constitución Provincial. Ello en tanto además se cuestiona de modo claro y concreto el sistema de selección y posterior designación diseñado en el segundo párrafo del art. 50 de la Ley 10407 para cubrir un número indeterminado de cargos de fiscales auxiliares integrantes del Ministerio Público Fiscal, por resultar dicho mecanismo contrario al sistema constitucional previsto en los arts. 180 y 182 de la Constitución Provincial, que exige ser previamente seleccionados por el mecanismo constitucional del Consejo de la Magistratura de Entre Ríos, a fin de poder ser candidatos elegibles por parte del Poder Ejecutivo para cubrir los cargos de fiscales auxiliares en cuestión.

En tanto se trata de una acción de carácter preventiva y abstracto, no cabía integrar la litis con sujeto alguno, independientemente de lo ya dicho -a lo que se adhiere-, en el caso de la acción incoada por vía del art. 60 de la mencionada Constitución Provincial.

Por último, el planteo de inconstitucionalidad se realiza respecto de una norma infraconstitucional de alcance general, requisito que se define tanto desde el punto de vista formal -por el sujeto emisor- como por el ámbito espacial y personal que abarca de la norma cuestionada y que posibilita tanto la acción por vía del art. 61 de la Constitución Provincial en desarrollo, como aquella que se decidió en el voto mayoritario al que se adhiere, pues allí también para ser competente en modo originario este tribunal, la infracción constitucional debe provenir de una norma de alcance general art. 51 de la Ley 8369.

A todo evento, el carácter de norma transitoria con que es denominada la disposición impugnada no impide el control de su apego de la misma al plexo constitucional vigente. Ello pues, en tanto se corrobore infracción o incompatibilidad con el texto constitucional citado, la norma transitoria también podrá ser declarada inconstitucional (cfr. Superior Tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, voto del Juez Maier que conformó la mayoría -en cuanto a la caracterización de normas transitorias como de carácter o alcance general- in re Expte. n° 2671/03 "Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" Buenos Aires, 27 de febrero de 2004, www.saij.gob.ar). En efecto, definir el proceso de selección y designación de fiscales auxiliares integrantes del Ministerio Público Fiscal constituye una medida de organización y, como tal reviste naturaleza normativa de

alcance general (cf. En similar sentido, STJ CABA in re: "Argüello, Jorge M. A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 690/00, resolución del 19/4/01).

4.- Es cierto que las razones de oportunidad o conveniencia de una disposición, escapan por regla al control jurisdiccional, pues ello importaría avanzar en competencias ajenas al ámbito de los jueces. Sin embargo, ello es así en tanto y en cuanto la norma transitoria no vulnere o violente preceptos constitucionales. En esta acción justamente lo que se confronta es si, la norma transitoria, tal como fue diseñada es compatible, o no violenta, el sistema constitucional.-

Para justificar las razones de conveniencia y oportunidad del apartamiento del mecanismo constitucional, se invocaron por la accionada el régimen de transición de un sistema procesal penal a otro -que suprimía organismos anteriores y creaban nuevos- y la evitación de vulneración de derechos adquiridos por determinados concursantes a concursos de secretarios judiciales. Ni una ni otra razones de las razones brindadas permiten justificar o disipar la inconstitucionalidad del mecanismo previsto por la ley impugnada para resolver el tema.

En principio, es la propia Ley Orgánica del Ministerio Público la que, en su artículo 13 establece que los funcionarios en cuestión deben ser nombrados de conformidad con los procedimientos constitucionales.

Esa fue también la intención del legislador, en este punto, nada mejor que citar la opinión de uno de los convencionales constituyentes. Dijo el Dr. Miguel A. CARLIN que *"se brindó a ambos Ministerios Públicos autonomía -dentro de la estructura del Poder Judicial- confiriendo al Procurador General y al Defensor General la superintendencia en sus respectivos Ministerios designando y removiendo a su personal, ejecutando su presupuesto y la potestad de cubrir en caso de vacancias en forma transitoria las mismas hasta la designación de los titulares por las vías constitucionales pertinentes"*. (lo subrayado y la negrita nos pertenece). En su artículo *"Reformas Constitucionales: Poder Judicial"*, Dictum Editora, pág. 58.

A su vez, la mera participación en un concurso no genera derechos adquiridos al cargo para quien está concursando para un determinado puesto; a lo sumo un derecho en expectativa que no produce obligatoriedad o vinculatoriedad alguna. Menos puede predicarse tal cosa respecto de la cobertura de un cargo vacante distinto y que tenía previsto otro mecanismo constitucional disímil a aquel para el que se concursó, como plantea la norma impugnada.

El acceso a un cargo público de fiscal auxiliar, regulado de modo específico en la Constitución Provincial no puede ser modificado por las razones de necesidad apuntadas por la accionada. En efecto, la norma Carta Magna Provincial establece en su art. 180 que el Consejo de la Magistratura, en su calidad de órgano asesor permanente del Poder Ejecutivo, tiene competencia exclusiva para proponerle, previa realización de concursos públicos y mediante ternas vinculantes, la designación en los cargos que correspondan de los magistrados y los funcionarios de los Ministerios Públicos del Poder Judicial. Luego, en su art. 182 determina, entre las funciones del citado Consejo, aquella de seleccionar, mediante

concurso público de antecedentes, oposición y entrevista personal, siguiendo criterios objetivos predeterminados de evaluación a los postulantes para cubrir los cargos inferiores de magistrados judiciales y funcionarios de los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa (inc a) y luego emitir propuestas en ternas vinculantes y elevarlas al Poder Ejecutivo (inc c). Consecuentemente, el legislador infraconstitucional no posee competencia para apartarse de ese mecanismo.

5.- En derecho comparado español se ha dicho, con motivo del derecho constitucional de acceso a funciones y cargos públicos no representativos, que si bien el legislador puede proponer requisitos para acceder a la función pública, solo le está permitido hacerlo por razones de mérito y capacidad, con lo cual, no puede fundar la restricción de acceso al cargo, en otros criterios, por muy relevantes que éstos fueran (remedio de situaciones de necesidad, compensación de tratos injustos etc). En suma, salvo situaciones de colectivos tradicionalmente marginados, para los cuales puede ser admisible un criterio de reserva de un porcentaje de ocupación de cargos o cuotas de plazas en la Administración Pública (que no es el caso de autos), la justicia constitucional española ha resaltado que los requisitos contenidos en la regulación de acceso a la función pública pueden responder, en lo que aquí interesa a una sola limitación: que no produzcan discriminaciones a favor o en perjuicio de personas determinadas, y en lo que aquí interesa, que las convocatorias de concursos y oposiciones se establezcan en términos generales y abstractos (STC 148/86 caso Profesores Agregados de Universidad). En suma, que las normas que regulen un proceso de selección, no predeterminen a priori el resultado de ese proceso, a favor de un individuo o grupo restringido (cfr. López Guerra, Luis en: "Derecho Constitucional, Vol 1. "El ordenamiento Constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos", pág. 315, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013).

6.- En suma es el desconocimiento al sistema constitucional de selección de los candidatos a fiscales, lo que convierte en insanablemente nulo el mecanismo propuesto en la norma impugnada de la Ley Nº 10407. Y ello no se desvanece o subsana con el paso del candidato por el Senado Provincial, como propone la norma, pues claramente se soslaya el paso inicial: que el postulante participe en concurso de antecedentes y oposición y en definitiva surja, para ser miembro elegible, de la terna vinculante que proponga el Consejo de la Magistratura, previsto en los art. 180 y 182 de la Constitución Provincial. Por ello, no cabe otra solución que declarar la inconstitucionalidad del 2do párrafo de la Ley Nº 10.407 (BOP 3/3/2016) por resultar contrario a lo dispuesto en los arts. 180 y 182 de la Constitución Provincial.

A esta altura, es bueno recordar lo que enseñaba el maestro Luigi FERRAJOLI en su obra "El garantismo y la filosofía del Derecho": *"Bajo esta perspectiva las constituciones no representan sólo el complemento del Estado de derecho a través de la extensión del principio de legalidad a todos los poderes, incluso al legislativo, también son un programa político para el futuro: la imposición a todos los poderes de imperativos negativos y positivos como su fuente de legitimación, pero también, y diría, sobre todo, de deslegitimación. Constituyen, por así decir, unas utopías de derecho positivo, que en cuanto nunca realizables*

Causa N°: 3860 - Año: 2017.-
"GEIST, DELFINA VALERIA c/ ESTADO PROVINCIAL s/ACCION DE
INCONSTITUCIONALIDAD"-----

perfectamente establecen, sin embargo, en cuanto derecho sobre el derecho, las perspectivas de transformación del derecho mismo en dirección de la igualdad en los derechos fundamentales" (Universidad Externado de Colombia, pág. 171).

Que, en el marco de la declaración de inconstitucionalidad del art. 61 de la Constitución Provincial, no cabría emitir sentencia de condena alguna dado el carácter preventivo de la acción.

FDO. DRES. RAMIREZ AMABLE - GALANTI - BONABOTTA - PEROTTI.- ANTE MI: JULIO C. PEREZ DUCASSE - SECRETARIO S.T.J.E.R.

SE REGISTRÓ. CONSTE.-


DR. JULIO PEREZ DUCASSE
SECRETARIO S.T.J.