

Medida Cautelar No Innovar Verosimilitud En El Derecho Magistrados Consejo De La Magistratura Doctrina De La Corte

JURISPRUDENCIA

Medida cautelar. No innovar. Verosimilitud en el derecho.

Magistrados. Consejo de la magistratura. Doctrina de la Corte Se hace lugar a la medida cautelar de no innovar solicitada por el actor -juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de 79 años de edad- ordenándose al Poder Ejecutivo Nacional y al Consejo de la Magistratura que se abstengan de solicitarle la renuncia, de nombrar un juez subrogante o de impedirle el ejercicio de su magistratura por razones de edad, hasta tanto se resuelva la acción declarativa a iniciarse por el magistrado. De esta manera, el juez interviniente puso un límite temporal a la aplicación de la doctrina elaborada por la CSJN en su precedente ?Schiffirin?, respecto a la edad de los jueces para ejercer la magistratura. Buenos Aires, ... de mayo de 2017.

Y VISTOS: Para resolver la medida cautelar de no innovar solicitada por la actora en los términos del artículo 230 del CPCCN; de los que RESULTA: 1.- El Dr. EDMUNDO SAMUEL HENDLER -por su propio derecho y en calidad de Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico promueve una medida cautelar contra el Consejo de la Magistratura y el Ministerio de Justicia a efectos de obtener que, mientras se sustancia la acción de fondo y se tramita su nuevo nombramiento como juez, no sea requerida su renuncia ni se vea impedida su tarea judicial por razones de edad. Dice que esta medida es solicitada a priori de la acción declarativa de certeza que tendrá por objeto poner fin a la incertidumbre generada a partir del dictado del fallo de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación ?Schiffirin, Leopoldo Hector c/Poder Ejecutivo Nacional s/meramente acción declarativa? del 28 de marzo de 2017. Señala que la ?falta de certeza? se centrará respecto de los alcances de la atribución constitucional del Poder Ejecutivo (art. 99, inciso 4to de la Constitución Nacional) y del acuerdo del Senado en relación a su nuevo nombramiento. Relata que -a resultas de la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a la validez del artículo 99, inciso 4to de la Constitución Nacional plasmada en el fallo ?Schiffirin? el CONSEJO DE LA MAGISTRATURA envió una carta a 27 jueces a fin de que informasen, dentro de las 24 horas, si han promovido acción judicial cuestionando la validez del artículo 99, inciso 4to, párrafo 4to de la Constitución Nacional y, en caso afirmativo, acompañasen copia del pronunciamiento obtenido. Señala que -recibida la misiva respondió que iniciaría acción judicial; y agrega que ha remitido una nota al Sr. Ministro de Justicia solicitando un nuevo nombramiento por entender que su permanencia en el cargo contribuye al buen funcionamiento del Tribunal que integra y que sus colegas (Dres Repetto y Bonzon) ha apoyado su solicitud. Funda el derecho que le asiste en la constatación de una evidente alteración a la libertad de trabajar (art. 14 y 14 bis Constitución Nacional); al principio de igualdad ante la ley (art. 16 Constitución Nacional); al principio de razonabilidad (art. 28 C.N.); y a la seguridad jurídica. Manifiesta que durante los últimos 18 años los magistrados teníamos la seguridad de que el límite de 75 años había sido declarado nulo por la CSJN a resultas de lo decidido en el precedente ?Fayt? (doctr. fallos 322:1616) y ello constituía un reaseguro para la continuidad de la tarea judicial una vez alcanzada dicha edad. Sostiene que la nueva postura del Máximo Tribunal de la República a través del fallo ?Schiffirin? que dice exactamente lo contrario a su precedente (caso Fayt) y la postura asumida por el CONSEJO DE LA MAGISTRATURA impacta en la seguridad jurídica y el valor social que de ella se desprende pues ?se trata de la expectativa razonablemente fundada del juez en saber o poder predecir el termino y los alcances de su actuación?. Califica de irrazonable la indagación efectuada por el CONSEJO DE LA MAGISTRATURA y predice que el paso siguiente involucrará el pedido de renuncia de aquellos jueces que no cuenten con una sentencia favorable previa al fallo ?Schiffirin? como es su caso. Asevera que ello implicará la vulneración de los principios de igualdad y ?no discriminación? respecto a los jueces mayores de 75 años pues quienes tienen una sentencia sustentada en el caso ?Fayt? estarán protegidos; y a los magistrados que carecen de ella puede serles requerida su renuncia. Por lo dicho -afirma- se está en presencia de un caso de gravedad institucional que se aleja del caso particular y se proyecta sobre la sociedad y la credibilidad de nuestro sistema de justicia. Expresa que el peligro que sustenta la petición es la posibilidad de que sea requerida su renuncia o nombrado un juez subrogante en su lugar pues ello perjudicará inexorablemente sus chances de obtener un nuevo nombramiento. Acompaña la documental que acredita sus dichos. 3.- A fs. 27/31 se presenta el CONSEJO DE LA MAGISTRATURA -a través de apoderado- y produce el informe previsto en el artículo 4to de la ley 26854. Manifiesta que surge del expediente AAD 22/17 y de la publicación en el Boletín Oficial con fecha 12/05/17 que la continuidad del Dr. HENDLER en el ejercicio de la magistratura -a la fecha- resulta ser un asunto sujeto a consideración del Poder Ejecutivo y el Senado de la Nación en conformidad con lo previsto en el artículo 99, inciso 4to, párrafo 3ero. Expresa -también- que el CONSEJO no ha adoptado resolución alguna en relación a los magistrados que superan la edad de 75 años pues la cuestión se encuentra a consideración de la Comisión de reglamentación órgano asesor del Plenario del Consejo a fin de que emita un dictamen respecto al temperamento a

adoptar en relación con los jueces que alcanzaron la edad prevista en el artículo 99, inciso 4to, párrafo 3ero de la Constitución Nacional hasta tanto se dicte una ley reglamentaria y ese dictamen sea tratado en el plenario del Consejo. Conforme a lo expuesto -sostiene que no existe el peligro en la demora que habilite el otorgamiento de una medida precautoria toda vez que no se advierte derecho vulnerado o en riesgo de lesión al Dr. Hendler. En cambio -asevera- que el dictado de la medida reclamada produciría la paralización de una instancia de análisis y evaluación que debe impulsar este órgano para resolver en el caso de que el nombrado no obtuviese una nueva designación. Adjunta documentación. 4.- A fs. 41/53 vta., se presenta el Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos). Expresa que una resolución conforme a las pretensiones conllevaría una grave afectación a la seguridad jurídica, por cuanto se estaría virtualmente desoyendo la doctrina del alto tribunal recientemente sentada y ello se vería exponencialmente aumentado por cuanto se estaría privando a un precepto constitucional de surtir sus efectos. Entiende que la concesión de la medida cautelar importaría una afectación del interés público en tanto redundaría en la no aplicación del artículo 99, inciso 4to de la Constitución Nacional, norma que halla su razón de ser, precisamente en la tutela de dicho interés, dado por la necesidad de proveer al litigante de una optima prestación del servicio de justicia; y que el reciente fallo (?Schiffirin?). Señala que no está acreditado el peligro en la demora en virtud que el pedido de nuevo nombramiento del Dr. Hendler se está tramitando con regularidad y el CONSEJO DE LA MAGISTRATURA no lo ha intimado a forzar su renuncia por lo cual la medida reclamada aparece como un intento prematuro, insustancial destinado a cautelar el resultado de una acción que, de promoverse, resultará necesariamente abstracta. Por lo tanto -concluye- ante la ausencia de una situación de desamparo no se conforma el perjuicio irreparable que provocaría la espera del correspondiente trámite que se solicita. Hace reserva de caso federal. 5.- El SENADO DE LA NACION fue eximido de producir el informe previsto en el artículo 4to de la ley 26854 por auto de fecha 17/05/17 a cuyos fundamentos corresponde remitirse brevitatis causae. 6.- Atento el estado de las actuaciones a fs. 55 se llama a resolver; y CONSIDERANDO: I.- Que el artículo 99, establece las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional y en su inciso 4to de la Constitución Nacional las atinentes al nombramiento de los magistrados del Poder Judicial de la Nación. El inciso 4to establece que el PODER EJECUTIVO nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto; y también nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos?. En el párrafo 3 de dicho inciso establece la norma que: ?un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite?. Recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sentenciar en la causa ?Schiffirin, Leopoldo Hector c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa? con fecha 28 de marzo de 2017, declara la vigencia de la disposición contenida en el artículo 99, inciso 4to de nuestra Carta Magna dejando sin efecto la doctrina establecida en el caso ?Fayt? (este precedente puede consultarse en www.csjn.gov.ar). III.- Que -previo a todo análisis- es oportuno señalar que en toda medida cautelar la investigación sobre el derecho que se postula se limita a un juicio de probabilidades y verosimilitud. El resultado de esta sumaria cognición sobre la existencia del derecho tiene, en todos los casos, valor no de una declaración de certeza sino de hipótesis y solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá verificar si la hipótesis corresponde a la realidad (ver Calamandrei; ?Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares?; Bs. As; Librería El Foro; 1936; pag. 77 - citado por la CNACAF; Sala V en la resolución dictada el 17/02/14 en la causa 29050/14). La finalidad de las medidas cautelares, en general, radica en evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita, ante la eventualidad de que se dicte una sentencia favorable. Es decir, se trata de sortear la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten insustanciales los pronunciamientos que den termino al litigio (confr., CNACAF; Sala V; ?Acegame SA? del 09/09/10). Asi para acceder a cualquier medida precautoria debe evidenciarse fehacientemente el peligro en la demora que la justifique, el que debe ser juzgado de acuerdo a un criterio objetivo o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros (confr. CSJN doct. de fallos 314:711; 317: 978 entre otros) IV.- Que la situación del Dr. HENDLER -magistrado de 79 años de edad (27/07/37) habilita el otorgamiento de la medida solicitada atento la verosimilitud que ?en principio? evidencia su pedido y considerando especialmente el perjuicio que se intenta evitar en relación al ejercicio de su magistratura y con el objeto de asegurar el adecuado servicio de justicia. Ello asi porque -de no acogerse la petición el magistrado podría verse impedido de ejercer su tarea por razones de edad a la luz del límite impuesto por la disposición constitucional y visto que el tramite a fin de obtener el nuevo nombramiento se halla en su etapa inicial (ver Boletín Oficial 12/05/17). A resultados de lo decidido es oportuno señalar que ?hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta administración de lo justo in concreto; y ello solo se puede lograr ejerciendo la virtud de la prudencia animada con fino espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presentan, lo que exige conjugar los principios enunciados en la ley con los

elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compadece con la misión de administrar justicia (ver CSJN doct. De fallos 302:1611). Por todo lo dicho SE RESUELVE: I.- Conceder la medida cautelar solicitada por el Dr. EDMUNDO SAMUEL HENDLER -Juez de la Camara Nacional de Apelaciones en lo Penal Economica- y ordenar al Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) y al Consejo de la Magistratura que se abstengan de solicitarle su renuncia, de nombrar un juez subrogante o de impedirle el ejercicio de su magistratura por razones de edad hasta tanto se resuelva la acción declarativa próxima a iniciarse ; o concluya el tramite iniciado a los efectos de obtener un nuevo nombramiento, lo que suceda primero (art. 15 inciso 2) ley 26854). II.- Tener por prestada la caucion juratoria con el escrito de inicio (art. 10, inciso 2do ley 26854). III.- Declarar inaplicable el articulo 5to de la ley 26854 atento tratarse de una cuestión alimentaria. Regístrese, notifíquese, cúmplase y, a su turno, archive. Fecha de firma: 01/06/2017 Firmado por: MARIA JOSE SARMIENTO <JUEZ> Correlaciones: Schiffrin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa - Corte Sup. Just. Nac. - 28/03/2017 - Cita digital IUSJU014152E Highton de Nolasco, Elena Inés c/EN s/amparo ley 16986 - Juzg. Cont. Adm. Fed. - Nº 6 - 13/02/2017 - Cita digital IUSJU013104E Fayt, Carlos S. - Corte Sup. Just. Nac. - 19/08/1999 - Cita digital IUSJU135549A Carranza, Gonzalo G.: ?REPENSANDO LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN. EL VALOR PRESENTE Y FUTURO DE LA CAUSA ?SCHIFFRIN C/PODER EJECUTIVO NACIONAL? - Temas de Derecho Administrativo - Junio 2017 - Cita digital IUSDC285202A Gorbak, Érica E.: ?Cuando los jueces de la CSJN alcanzan los 75 años de edad. Una vez más florece la incesante lucha entre el poder político y jurídico? - ERREIUS - Temas de Derecho Administrativo - abril/2017 - Cita digital IUSDC285117A 016883E