

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/275651184>

# Responsabilidad por omisión en la ley 26.944. El requisito del incumplimiento de un deber estatal normativo...

Article · April 2015

---

CITATIONS

0

READS

149

1 author:



Fabian Canda

University of Buenos Aires

10 PUBLICATIONS 0 CITATIONS

SEE PROFILE



# EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

**Director:**

Guillermo F. Peyrano

**Consejo de Redacción:**

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Luis Alfredo Anaya

## ADMINISTRATIVO

### SERIE ESPECIAL

## Responsabilidad por omisión en la ley 26.944. El requisito del incumplimiento de un deber estatal normativo expreso y determinado. Una lectura desde el fallo de la CS "C. de P."

por **FABIÁN OMAR CANDA**

**Sumario:** 1. PLANTEO. – 2. LA LEY 26.944 Y LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN. – 3. EL CASO "P." O CÓMO EL DEBER GENÉRICO PUEDE DEVENIR DETERMINADO POR LA CONDUCTA DE LA VÍCTIMA U OTRAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO. – 4. UNA HERMENÉUTICA POSIBLE DE LA LEY 26.944. NUESTRA OPINIÓN.

### 1

#### Planteo

El objeto de estas líneas estriba en determinar si la doctrina sentada por la CS en el precedente "C. de P." [ver pág. 2, abajo] de 2013 puede resultar de utilidad para interpretar una de las disposiciones más polémicas de la reciente Ley de Responsabilidad del Estado 26.944, concretamente aquella que exige, para la procedencia de la responsabilidad estatal por omisión, que la conducta omi-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Animales en las rutas. Responsabilidad por omisión de control en la concesión de obra pública*, por RODOLFO C. BARRA, ED, 187-935; *La responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio del poder de policía de seguridad*, por ENRIQUE RODRÍGUEZ CHIANTORE, EDA, 2004-590; *Responsabilidad del Estado por omisión en el control de seguro obligatorio*, por FERNANDO RESTELLI, ED, 245-138; *Un nuevo pronunciamiento sobre la carga de la prueba y la "presunción de inconstitucionalidad" (A propósito de un caso sobre responsabilidad del Estado por omisión)*, por FERNANDA MORAY, EDA, 2012-488; *Responsabilidad del Estado por omisión: reflexiones a mano alzada*, por MAURICIO BORETTO, ED, 253-229. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar).

siva implique la "inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado"<sup>(1)</sup>.

Es conocida, pues, la tensión que caracteriza a este instituto, ya que –merced a la enorme cantidad y calidad de actividades que el Estado asume, regula, garantiza o controla en el Estado social de derecho<sup>(2)</sup>– una apertura desmesurada de esta responsabilidad conduciría a un "Estado asegurador", mientras que, en el otro polo, la fijación de requisitos de muy difícil acreditación desembocaría en un Estado que casi nunca responderá por su inactividad.

El requisito legal de que el deber incumplido sea a) normativo; b) expreso y c) determinado tiende, por cierto, a acotar las posibilidades de procedencia de la responsabilidad estatal por omisión.

En "C. de P." la CS rechazó la responsabilidad del Estado por omisión del deber genérico de seguridad, pero sostuvo que, si la víctima hubiera actuado de determinada manera (concretamente, si hubiera pedido una custodia policial adicional antes de resultar asesinado por el marido de una funcionaria a la que estaba investigando por corrupción), habría generado un deber jurídico determinado de actuación (y consecuentemente, cabe concluir, la Administración hubiera sido responsabilizada).

(1) Art. 3º, inc. d).

(2) El Estado social de derecho ha sido caracterizado, en sencilla fórmula, como un Estado constitucional comprometido con la justicia social (HÄBERLE, PETER, *El Estado constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pág. 357).

**Fundador y Primer Director:** JULIO RODOLFO COMADIRA

**Director:** PEDRO J. J. COVIELLO

**Colaboradores:**

JUAN CRUZ AZZARRI - FABIÁN O. CANDA - MARCELO GUSTAVO CARATTINI - JULIO PABLO COMADIRA - ALEJANDRO A. DOMÍNGUEZ BENAVIDES - CAROLINA GUERRA BIANCIOTTI - MIRIAM IVANEGA - LAURA M. MONTI DE HITZFELDER - JORGE MURATORIO - PABLO ESTEBAN PERRINO - JUAN PABLO PERRINO - ARTURO EMILIO RASPI - PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO - NÉSTOR OMAR SCARLATTI - OSCAR AGUILAR VALDEZ - MARÍA SUSANA VILLARRUEL

La pregunta es la siguiente: ¿puede un deber normativo indeterminado tornarse determinado por la conducta de la víctima o por las particulares circunstancias del caso? Ciertamente, en el fallo aludido la CS entendió que sí. Ahora bien, ¿es predicable este criterio a la luz de la ley 26.944?

### 2

#### La ley 26.944 y la responsabilidad por omisión

Primera regulación sistemática del instituto de la responsabilidad estatal, la ley 26.944 refleja consolidada doctrina de la CS en cuanto a que esta materia es de derecho público y local. De ahí que su ámbito de aplicación sea propio del derecho administrativo y, desde el punto de vista jurisdiccional, solo nacional, sin perjuicio de invitarse a las provincias a adherir a su texto<sup>(3)</sup>.

(3) Antes de la sanción de la ley tuvimos oportunidad de desarrollar estas ideas al comentar el precedente "Barreto" de la CS en CANDA, FABIÁN, *La responsabilidad del Estado se rige por el derecho administrativo. El derecho administrativo es esencialmente local. La responsabilidad del Estado es asunto de Derecho Público local*, en la obra colectiva *Derecho Administrativo, CSJN, Máximos Precedentes*, Juan Carlos Cassagne (dir.), t. II, pág. 632 y sigs.

## CONTENIDO

### DOCTRINA

Responsabilidad por omisión en la ley 26.944. El requisito del incumplimiento de un deber estatal normativo expreso y determinado. Una lectura desde el fallo de la CS "C. de P.", por <b>Fabián Omar Canda</b> .....	1
Revisión judicial de actos del Colegio Público de Abogados, por <b>Mauricio Goldfarb</b> .....	4

### JURISPRUDENCIA

#### CORTE SUPREMA

<b>Constitución Nacional:</b> Constitucionalidad: decretos de necesidad y urgencia; decreto 883/02; duplicación indemnizatoria dispuesta por el art. 16 de la ley 25.561; prórroga; emergencia económica; crisis institucional y social; protección del despido arbitrario (CS, junio 28-2011) .....	6
<b>Servicios Públicos:</b> Servicio de gas natural: cargos específicos para la realización de obras de infraestructura; resoluciones 2008/06 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y 3689/07 del Ente Nacional Regulador del Gas; validez; audiencia pública; convocatoria; ausencia de necesidad; ley 24.076; precedente "Establecimiento Liniers S.A." de la CS; remisión (CS, julio 15-2014) .....	10
<b>Recurso Extraordinario:</b> Procedencia: sentencia arbitraria; afirmaciones dogmáticas; Dirección Nacional de Comercio Interior; imposición de multa; desproporción del monto; empresa prestataria de servicios de televisión por cable; infracción a la obligación impuesta en el art. 21 de la ley 22.802 (CS, febrero 19-2015) .....	11
<b>Daños y Perjuicios:</b> Responsabilidad extracontractual del Estado: demanda; prescripción; atentado de la AMIA; víctimas; reclamo; prescripción; invocación; improcedencia (CS, marzo 10-2015) .....	12

#### FEDERAL

<b>Educación:</b> Universidades: autoridades universitarias nacionales; resoluciones; revisión judicial; requisitos (CNCont.-adm. Fed., sala IV, octubre 21-2014) .....	13
---	----

#### PROVINCIA DE BUENOS AIRES

<b>Recurso de Inaplicabilidad de Ley (Provincia de Buenos Aires):</b> Educación: pedido de informes; cantidad de días sin clase por ausencia de docentes; incontestación; amparo; rechazo en primera instancia; arbitrariedad; derecho a la información; fundamento; reconocimiento y aplicación práctica; amplitud; ley 12.475 y decreto 2549/04; interpretación (SC Buenos Aires, diciembre 29-2014) .....	15
--	----

#### CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

<b>Ciudad de Buenos Aires:</b> Policía Metropolitana: armas de descarga eléctrica; uso; actos administrativos aprobatorios; cuestionamiento; amparo; ciudadano; falta de legitimación activa; ausencia de caso o controversia; recurso de inconstitucionalidad; procedencia (TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, marzo 6-2015) .....	18
---	----

Con anterioridad a la sanción de esta ley, la doctrina señalaba como notas características de la responsabilidad del Estado su origen y evolución netamente jurisprudencial (por histórica carencia de un régimen normativo orgánico que la regule) y su carácter autónomo y local<sup>(4)</sup>.

En lo que atañe a la responsabilidad del Estado por omisión, la ley en su art. 3° la encuadra –siguiendo los parámetros jurisprudenciales vigentes– como una manifestación de la responsabilidad por actividad ilegítima<sup>(5)</sup> y establece que son requisitos para su procedencia: a) daño cierto y mensurable en dinero; b) imputabilidad a un órgano estatal; c) relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño; d) falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular. Se preceptúa en este último inciso: “la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

En suma, para que se configure el factor de atribución “falta de servicio” es menester que la omisión recaiga sobre un deber normativo expreso y determinado.

Según la redacción legal, la falta de servicio se configura cuando se sucede una “omisión irregular” del “Estado” (es decir, de cualquiera de los poderes estatales, no solo de la Administración). El concepto “omisión irregular” equivale a “omisión contraria al ordenamiento jurídico”, sin embargo, la norma aclara enseguida que la omisión solo generará responsabilidad cuando no se cumpla “un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

Adhiere así a un criterio restrictivo que, en principio y con carácter general, concuerda con el proclamado por la Corte en su jurisprudencia anterior a la ley.

Recordemos que en “Mosca”<sup>(6)</sup> el máximo tribunal sostuvo que “era relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas” y que en cuanto a estas últimas correspondía discernir entre las omisiones “a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho (...) de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible”, supuesto

(4) Ampliar en SAMMARTINO, PATRICIO, *Responsabilidad de los poderes públicos en el Estado Constitucional Social de derecho: características y nuevas precisiones sobre la “relación de causalidad”*, trabajo en el cual –además– el autor propicia como fundamento de la responsabilidad estatal a la “dignidad humana” (Revista de Derecho Público Nº 2 - Infojus, puede consultarse asimismo el trabajo en <https://drive.google.com/file/d/0B0-Bq0tzPquSOHNldE03amNweG8/view>).

(5) En efecto, si bien es admisible en el plano teórico pensar la posibilidad de una responsabilidad estatal derivada de una omisión lícita, no se registran precedentes –al menos de nuestro máximo tribunal– en los cuales se haya dado cabida a este instituto. Sobre la cuestión, puede verse el análisis al fallo “Couiteas” del CE francés y la cita de doctrina nacional que analiza la viabilidad de la responsabilidad por omisión lícita en CANDA, FABIÁN, *La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CS)*, en la obra colectiva *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2008, pág. 139 y sigs.

(6) Fallos: 330:563.

este último que debía “ser motivo de un juicio estricto” (consid. 6°).

La Corte ha admitido más frecuentemente la responsabilidad por actividad ilegítima que por inactividad. La ley sigue un derrotero similar al establecer requisitos más severos para la responsabilidad por omisión que por acción ilegítima.

Ahora, en lo referente a los “tipos” de omisión, la CS diferencia entre las omisiones a mandatos normativos expresos y determinados (cuyo mero incumplimiento configura una falta de servicio) y las omisiones a objetivos fijados por la ley de modo general e indeterminado. Respecto de estos últimos, no descarta de plano la posibilidad de responsabilizar al Estado por su incumplimiento, pero adopta un criterio cauteloso, pues estas omisiones a deberes genéricos “deben ser motivo de un juicio estricto” (“Mosca”, cit.).

La ley, en cambio, limita la responsabilidad por omisión al primero de los supuestos reseñados en “Mosca”: solo procederá “cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

El legislador ha seguido deliberadamente la terminología de la CS en “Mosca” para dejar en claro que la omisión antijurídica dañosa configurativa de la falta de servicio en esta vertiente de la responsabilidad por actividad ilegítima procederá únicamente cuando se reúnan tres requisitos: a) deber establecido normativamente (es decir, por el ordenamiento jurídico positivo); b) de modo expreso (descarta el deber implícito), y c) determinado (descarta el deber expreso pero genérico).

Bajo esta redacción, la omisión derivada del incumplimiento a un deber normativo “general e indeterminado” no daría lugar nunca a la responsabilidad estatal. En otras palabras, se agravan los requisitos de procedencia vigentes en la jurisprudencia de la CS, pues desde “Mosca” en adelante la omisión de deberes genéricos e indeterminados debía ser objeto de “un juicio estricto”, pero podía dar lugar al deber de responder patrimonialmente; con el nuevo texto legal y desde una lectura gramatical de la norma esa posibilidad desaparece.

### 3 El caso “P.” o cómo el deber genérico puede devenir determinado por la conducta de la víctima u otras circunstancias del caso

El luctuoso hecho que da origen al referido caso se vincula con un homicidio perpetrado por el esposo de una funcionaria de la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) que era objeto de una investigación oficial por presuntos hechos de corrupción. Esa investigación estaba a cargo de un Gerente de Investigaciones Especiales, el auditor Dr. P., quien resultó asesinado en las oficinas de la ANSeS Mar del Plata al recibir en su despacho al marido de la investigada, quien le disparó con un arma de fuego.

Para analizar la posible responsabilidad estatal, la CS recuerda el criterio sentado en fallos anteriores, ratificando que el factor de atribución por excelencia en materia de responsabilidad por actividad ilícita es la falta de

servicio, entendida como “una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular” que debe ser apreciada “en concreto” y “que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño”. Recuerda también –citando “Mosca”– que cuando se trata de la responsabilidad por omisión derivada de un pretense incumplimiento de un deber genérico, la valoración debe hacerse con criterio estricto, ponderándose los bienes jurídicos en juego y las consecuencias generalizables de la sentencia (consid. 9).

Al apelar por vía de recurso ordinario el rechazo de la demanda resuelto por la Cámara, los actores imputaron diversas omisiones al organismo demandado, a saber: la no adopción de medidas adicionales de seguridad pese a estar investigándose hechos de corrupción; el no ofrecimiento de custodia personal; la falta de impedimento de acceso de quien sería el homicida, lo que habría llevado al auditor a “no tener otra opción” más que la de recibirlo en su despacho.

Para resolver, la Corte valoró la prueba reunida de la cual dedujo que la seguridad estaba a cargo de la Policía Federal, uno de cuyos efectivos se encontraba ese día en la sede de la ANSeS, sostuvo también que al ser oficinas de acceso público se accedía sin trámite previo alguno; afirmó, asimismo, que si quienes llevaban adelante las investigaciones consideraban que eran necesarias medidas especiales de seguridad podían solicitarlas, y que el homicida había ingresado tranquilo y calmo a la delegación con el objeto de acompañar un certificado médico de su esposa, entrevistándose primero con el interventor y luego con el auditor víctima del asesinato.

La CS tiene por probado que existía una recomendación para quienes investigaban hechos de corrupción de solicitar, si así lo estimaban, medidas adicionales de seguridad. Dice el tribunal que “no existe en el caso de autos una omisión por parte del demandado al deber de seguridad”, pues “la víctima no había solicitado una custodia policial adicional que hubiera generado un deber jurídico determinado a cargo del Estado Nacional basado en una obligación preexistente”, toda vez que “cuando la responsabilidad del Estado se funda en mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y en las consecuencias generalizables de la decisión a tomar” (bastardilla agregada).

La Corte sigue un esquema argumental típico (detectable, por ejemplo en “Zacarías”<sup>(7)</sup> y “Mosca”): ante la ausencia de un deber de obrar específico incumplido, se analiza el posible incumplimiento del deber genérico de seguridad. Esta evaluación es “estricta” (en el sentido de que es severa, pues no cualquier incumplimiento de un deber genérico acarrea responsabilidad del Estado, evitando así que se convierta a este en un gran asegurador de todo daño), llegándose a la conclusión, en el caso, de que dicho deber genérico tampoco fue vulnerado.

(7) Fallos: 321:1124.

## Daños y Perjuicios:

Responsabilidad extracontractual del Estado: responsabilidad por falta de servicio; no configuración; homicidio de un funcionario de la ANSeS que se hallaba investigando casos de corrupción; deber de seguridad; efectos; alcances.

1 – Si bien es cierto que cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad este responde directamente por la falta de una regular prestación, aunque ella sea derivada del hecho de los agentes, no lo es menos que la pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio de los órganos estatales requiere dar cumplimiento a la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, lo cual importa la carga de demostrar la existencia de un daño actual y cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio, y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños al órgano estatal.

2 – La mera existencia de un poder de policía y de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un acontecimiento en el que ninguno de sus órganos o

dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa.

3 – Teniendo en cuenta los recaudos necesarios para que se configure la responsabilidad estatal por falta de servicio y dado que la mera existencia del poder de policía y de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un acontecimiento en el que ninguno de sus órganos tuvo participación, cabe confirmar la sentencia que rechazó la demanda resarcitoria deducida por la actora contra la Administración Nacional de la Seguridad Social por el homicidio de su esposo, acaecido en una delegación de ese organismo mientras estaba investigando hechos de corrupción, pues en autos no se ha acreditado una falta de servicio imputable capaz de comprometer la responsabilidad del Estado Nacional. Ello es así, ya que la víctima, a pesar de haber participado en investigaciones de similar tenor y de la existencia de una recomendación en el sentido de que quienes intervenían en aquellas debían tomar ciertas precauciones, no solicitó medidas adicionales de seguridad, como debería haber hecho conforme a un obrar prudente y con el pleno conocimiento de las cosas (art. 902, cód. civil); máxime cuando el organismo demandado funcionaba como una oficina pública de acceso irrestricto.

4 – En el caso del homicidio de un funcionario de la Administración Nacional de la Seguridad Social que estaba investigando hechos de corrupción en diferentes delegaciones de dicho organismo no ha existido una omisión por parte del Estado Nacional al deber de seguridad, capaz de comprometer su responsabilidad extracontractual por falta de servicio, pues la víctima no había solicitado una custodia policial adicional que hubiera generado un deber jurídico determinado a cargo de este basado en una obligación preexistente.

5 – Cabe confirmar la sentencia que rechazó la demanda resarcitoria deducida por la actora contra la Administración Nacional de la Seguridad Social por el homicidio de su esposo acaecido en una delegación de ese organismo mientras estaba investigando hechos de corrupción, pues la apelante no logra controvertir lo sostenido por el tribunal a quo en el sentido de que –conforme al estricto estándar de responsabilidad que es exigible en el caso– no se ha acreditado la existencia de una relación de causalidad directa e inmediata entre la omisión endilgada al Estado y el perjuicio sufrido ni se encuentra cumplido el recaudo de previsibilidad del daño, requisitos ineludibles para poder responsabilizar a aquel por un incumplimiento del deber de seguridad (del voto de los doctores FAYT y PETRACCHI).

832 – CS, octubre 8-2013. – C. de P., V. S. L. c. ANSeS s/daños y perjuicios (C. 127.XLVII-R.O.). (Ver fallo completo en EDA, 2014-94 y en [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar)).

Lo que interesa aquí es que la Corte sostiene que de haber solicitado el auditor custodia adicional “hubiera generado un deber jurídico determinado a cargo del Estado (...) basado en una obligación preexistente”.

Este criterio nos parece relevante, pues sugiere que el deber determinado de actuación no solo puede surgir de una norma expresa que así lo consagre, sino que también puede derivar del conocimiento que tenga el responsable de un deber genérico sobre la necesidad de medidas superiores a las medidas ordinarias. Este modo de razonar amplía razonablemente las posibilidades de reparación en aquellos casos en los que, por ejemplo, la Administración supiere de antemano o fuera advertida sobre la vulneración reiterada del bien jurídico en juego y tuviere posibilidades de adoptar medidas conducentes (v. gr., las víctimas de robos en una determinada zona lo denuncian, no obstante lo cual ello no genera ninguna medida de seguridad y son objeto de robos ulteriores; el auditor que investiga casos graves de corrupción advierte que puede ser objeto de represalias y solicita protección adicional, mas no la recibe; los automovilistas denuncian reiteradas presencias de animales sueltos en una ruta, pero nada se hace hasta que sucede un accidente, etc.).

De lo dicho es dable concluir que el deber específico y determinado de actuación puede surgir de una norma que así lo establezca, pero también puede derivar de las circunstancias del caso. En tales supuestos, el deber genérico deviene en deber determinado porque la autoridad toma conocimiento de las circunstancias que exigen potenciarlo y, no obstante ello, nada hace.

En suma, el método de análisis frente a un caso de responsabilidad del Estado por omisión hasta la sanción de la ley 26.944 era el siguiente<sup>(8)</sup>:

a) ¿se trató del incumplimiento de un deber específico o genérico?

Si el deber incumplido era específico, existirá “falta de servicio” y, de reunirse los demás requisitos de procedencia propios de la responsabilidad, corresponderá reconocerla (imputabilidad, nexo causal y daño).

Si el deber incumplido era genérico, la responsabilidad por omisión deberá ser objeto de “un juicio estricto” (es decir, procederá solo con carácter restrictivo).

Ese “juicio estricto” se basará en “la ponderación de los bienes jurídicos protegidos” y “las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”<sup>(9)</sup>.

La cuestión de la ponderación de los bienes jurídicos en juego para determinar la procedencia de decisiones jurisdiccionales contra el Estado nos parece por demás acertada<sup>(10)</sup>. Ciertamente, cuanto mayor sea la entidad del bien jurídico afectado por la omisión del deber genérico (v. gr. cuando la omisión genérica afectó la vida, la integridad física o la salud, el medioambiente, el derecho a la educación, etc.), mayores serán las posibilidades de procedencia de la responsabilidad. Pero, a la vez, habrán de valorarse las consecuencias generalizables de la decisión jurisdiccional a adoptar (en otras palabras, si el tribunal reconoce que el incumplimiento de una omisión genérica da lugar a la responsabilidad en un caso, deberá asumir que en todos los casos análogos también deberá declararla y mensurar qué incidencia tiene esa generalización para el interés público<sup>(11)</sup>).

b) Aceptado que el Estado omitió el cumplimiento de un deber genérico y, por su intermedio, afectó bienes jurídicos de entidad y que la eventual decisión favorable de

reparar sea susceptible de generalizarse a casos análogos, habrá todavía que considerar: i) la naturaleza de la actividad, ii) los medios de que disponía el servicio, iii) el lazo que unía a la víctima con el servicio y iv) el grado de previsibilidad del daño<sup>(12)</sup>.

Por ejemplo, en el caso de reiteradas denuncias por accidentes con animales sueltos en la ruta, el deber de seguridad genérico se potencia al tornarse el daño previsible.

Similar criterio debe seguirse si una mujer denuncia reiterados hechos de violencia doméstica a manos de su pareja y la justicia o la policía omiten actuar, hasta que finalmente se produce un trágico final.

Idéntica reflexión puede hacerse respecto de la seguridad en ciertos espectáculos deportivos (v. gr. el fútbol) por la previsibilidad de los hechos de violencia que suelen suceder en los estadios.

Por el contrario, si el grado de previsibilidad es bajo o nulo (v. gr. daño en un camino sufrido por un automotor a resultas de la nevada de julio de 2007 sobre Buenos Aires), las posibilidades de que el Estado responda por el incumplimiento de un deber genérico se esfuman.

Asimismo, el lazo que une a la víctima con el servicio puede facilitar, en ciertos casos, el reconocimiento de la responsabilidad (v. gr. en el caso “P.”, se trataba de un dependiente de la propia Administración que fue asesinado al realizar una tarea de fiscalización sobre posibles hechos de corrupción que involucraban a altas autoridades de un organismo estatal, por lo cual pensamos que este estándar –lazo que une a la víctima con el servicio– debió ser ponderado favorablemente por el tribunal para reconocer la responsabilidad estatal, aunque no fue ese el criterio de la Corte).

En otros, en cambio, la inexistencia de una relación contractual, de dependencia, especialidad o de algún modo calificada (v. gr. el conductor de una ruta nacional no concesionada) indica que se trata de un vínculo general ciudadano-Estado en el cual el deber genérico, en principio, no aparece potenciado.

En cuanto a los medios con los que cuenta el servicio, es dable observar cómo la Corte mensura, por ejemplo, la cantidad de agentes asignados a un espectáculo futbolístico en el que se produjeron daños, las medidas que se adoptaron, las armas que se utilizaron, etc., de modo de concluir si lo hecho fue lo razonablemente posible teniendo en cuenta los medios disponibles ante las circunstancias del caso.

#### 4 Una hermenéutica posible de la ley 26.944. Nuestra opinión

Nos parece que la exigencia del art. 3º, inc. d), de la ley 26.944, interpretada literalmente y con carácter absoluto, puede conducir en ciertos casos a resultados injustos. Pensamos en aquellos supuestos en los que no exista un deber normativo expreso y determinado, pero sí un deber genérico flagrantemente incumplido que diera lugar a un daño a un bien de la vida relevante (v. gr. vida, salud, educación, medioambiente, etc.).

Creemos que en tales casos corresponde evaluar la cuestión desde los principios generales que sustentan el instituto<sup>(13)</sup>, evitando así resultados injustos. Son estos principios basilares los que pueden dar espacio para interpretaciones como las realizadas en “P.”, recién analizadas.

No olvidemos que en el ámbito de la responsabilidad civil por omisión y frente a un texto que en su lectura literal luce aún más cerrado que el que nos ocupa, como lo

(12) Extremos que hay que ponderar según la jurisprudencia de la CS a partir del caso “Zacarías”, Fallos: 321:1124.

(13) Como lo reseña SAMMARTINO, el fundamento de la responsabilidad estatal ha sido anclado por la doctrina en la justicia y en la equidad, cuando no en los principios de solidaridad, legalidad o en la idea de bien común. Dentro de este catálogo hay quienes explican este instituto a través de la teoría del sacrificio especial, de la expropiación, del enriquecimiento sin causa, del derecho de propiedad y de la igualdad ante las cargas públicas. Para este autor, como ya dijimos, “el cimiento sobre el que se apoya la responsabilidad estatal en el Estado constitucional social de derecho es el principio de dignidad humana”, pues “el derecho a obtener una reparación que, en la medida de lo posible, restablezca al particular afectado en la posición que hubiera tenido si el hecho lesivo no se hubiera producido, no solo concierne a la protección del derecho de propiedad e igualdad. Hace también, al efectivo y previsible respeto que se le debe dispensar, en las dimensiones horizontal y vertical, a la integridad (física, psíquica y moral) de la persona y de todas las personas” (SAMMARTINO, PATRICIO, *Responsabilidad de los poderes...*, cit.).

## FONDO EDITORIAL

### Novedades



#### Derecho de la Ciudad de Buenos Aires

DANIELA UGOLINI (coord.)  
ISBN 978-987-3790-00-3  
490 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004  
Compra online: [ventas@elderecho.com.ar](mailto:ventas@elderecho.com.ar)  
[www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar)

es el del art. 1074 del CC<sup>(14)</sup>, las posiciones doctrinales no han sido unívocas.

Nos ilustra SUSANA MELLID<sup>(15)</sup> que, conforme con una interpretación exegética de ese artículo del código de Vélez, habrá responsabilidad por omisión solo cuando exista una disposición expresa que imponga la obligación de cumplir el hecho (cita, en este parecer, a ZAVALA DE GONZÁLEZ; MACHADO; SALVAT y ORGAZ), mientras que desde otra óptica se interpreta la norma entendiendo que consagra el deber de responder no solo cuando la ley consagre un deber específico, sino también cuando exista una obligación jurídica de obrar derivada del conjunto del ordenamiento jurídico y que sea impuesta por la razón, por el estado de las costumbres y por la práctica de los hombres probos (en esta posición, ubica a LLERENA, COLOMBO, ACUÑA ANZORENA, AGUIAR, SPOTA, QUINTEROS, TRIGO REPRESAS, PLINER, BORDA, CAMMAROTA, LLAMBIAS, MOSSET ITURRASPE y ALTERINI).

En el derecho público, MARIENHOFF –que aceptaba la aplicación del art. 1074 del CC a la responsabilidad estatal por omisión– lo hacía interpretándolo de un modo amplio, al entender que no solo la ley formal o material puede contener un deber cuyo incumplimiento genere responsabilidad, sino que este también puede surgir de normas morales o principios éticos cuyo acatamiento resulta espontáneamente sobreentendido<sup>(16)</sup>.

Para CASSAGNE, el art. 1074 del CC comprende el incumplimiento estatal de una obligación legal expresa o implícita y no alcanza el incumplimiento de un mero deber genérico o difuso<sup>(17)</sup>.

HUTCHINSON, en cambio, entiende que no existen razones para tratar de modo distinto las omisiones de los particulares y la del Estado, y concluye –en sintonía con el art. 1074 del CC– que la obligación de actuar solo puede surgir de norma expresa legal y que, en ausencia de esta, el Estado no responde. Esta posición sintoniza, pues, con el texto del art. 3º, inc. d), de la ley 26.944 analizado<sup>(18)</sup>.

TAWIL, por su parte, afirma que de entenderse aplicable analógicamente el art. 1074 del CC debe interpretarse que la alusión a la “ley” efectuada en esa norma comprende a toda ley en sentido material (constitución, ley o reglamento)<sup>(19)</sup>.

KEMELMAJER DE CARLUCCI –con apoyo en parte de la doctrina italiana– entiende que no solo en el supuesto

(8) Según los criterios seguidos por la CS a partir de los precedentes “Zacarías” (Fallos: 321:1124) y “Mosca” (Fallos: 330:563).

(9) CS, “Mosca”, cit.

(10) Los bienes jurídicos en juego son ciertamente relevantes para la procedencia de decisiones jurisdiccionales contra el Estado. En materia cautelar, por ejemplo, los requisitos de procedencia e, inclusive, las exigencias procesales de las medidas cautelares contra el Estado se flexibilizan cuando los bienes jurídicos recaen sobre sectores socialmente vulnerables, se encuentre comprometida la vida digna, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental; de modo que es admisible que la cautelar sea dictada por juez incompetente –art. 2º, inc. 2º, y concs. de la ley 26.854–.

(11) Puede suceder que la omisión recaiga sobre un valioso bien de la vida y –sin embargo– resultar dudosa, desde el punto de vista del interés público, la generalización de esta solución a todos los casos análogos (v. gr. un niño pierde un ojo por una rama de un árbol no debidamente podada en una plaza pública: ¿debe responder el Estado por no haber podado adecuadamente la rama? De ser positiva la respuesta: ¿hay que indemnizar en todos los casos análogos en que los ciudadanos sufran daños por deficiencias en las podas? Solo si la respuesta a esta última pregunta es también positiva habrá de reconocerse el deber de reparar por incumplimiento de un deber genérico, pues se estarían así aceptando “las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”.

(14) Cabe recordar que, conforme esta norma, la omisión genera responsabilidad “solamente cuando una disposición de la ley le impusiere (al omitente) la obligación de cumplir el hecho omitido” (entre paréntesis, nuestro).

(15) MELLID, SUSANA, *El particular frente a la inactividad de la Administración Pública Nacional. Distintas vías procesales-administrativas, en La responsabilidad del Estado Nacional ante el incumplimiento de la Administración Pública de su deber de responder*, EDA, 2004-669. Se trata de la publicación que fuera su tesina para optar a la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Austral.

(16) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud “omisiva” en el ámbito del derecho público*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, págs. 24, 29 y 68.

(17) CASSAGNE, JUAN C., *Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, LL, 2000-D-1219.

(18) HUTCHINSON, TOMÁS, *Breve análisis de la responsabilidad del Estado por accidentes de tránsito*, en Revista de Derecho de Daños, N° 3, Accidentes de tránsito, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 306.

(19) TAWIL, GUIDO, *Omisión, guerra y responsabilidad del Estado*, LL, 1991-D-62.

de existir una expresa obligación legal de actuar deberá responder el Estado. También lo hará cuando su omisión, pese a no vulnerar ningún mandato legal explícito, a) deje sin atención un interés normativamente relevante; b) cuando se configure una necesidad material de actuar para tutelar dicho interés, y c) exista proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigue en el accionar. Reunidos estos tres requisitos, el Estado debe obrar, no obstante la falta de deber expresamente establecido. Si no lo hace, su omisión genera responsabilidad<sup>(20)</sup>.

De nuestra parte, y volviendo al texto de la ley 26.944, consideramos que la cuestión va a depender del alcance que se le otorgue al requisito del “deber determinado”.

En efecto, la exigencia de que se trate de un deber normativo y expreso se supera, en nuestro parecer, con la existencia de un deber genérico de algún modo contemplado en la norma. Comúnmente dicho deber se extraerá de las competencias establecidas en la ley o el reglamento

(20) Ver voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci (seguido por los demás miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza) en el caso “Torres, Francisco C. c. Provincia de Mendoza”, LL, 1989-C-511, con cita de DUNI, GIOVANNI, *Lo stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano, 1986, pág. 55 y sigs.

de creación del ente u órgano al que se imputa la omisión<sup>(21)</sup>. Lo más complejo será acreditar que la omisión que se endilga incumple un deber “determinado”, si se entiende por tal a un “deber específico”, pues la mayoría de las veces la normas atributivas de competencia evitan –sabiamente– caer en el casuismo y, asumiendo que resulta sumamente difícil (cuando no inconveniente para la realización del interés público) pretender agotar mediante “descripciones” el universo de conductas posibles de los órganos administrativos, se contentan con postularlas de modo más o menos genérico, sin ingresar en mayores determinaciones o especificidades.

Resultaría paradójico que esta modalidad genérica de atribución de la competencia, que en buena medida se justifica en la mejor realización del bien común, pueda luego derivar en una prohibición absoluta de reconocimiento de la responsabilidad estatal justamente por razón del carácter

(21) Como la Administración no puede actuar si no cuenta con competencia, y esta deriva de la CN, la ley o el reglamento –art. 3º, LNPA–, siempre los deberes de actuación habrán de surgir de alguna norma que los establece como competencias propias del órgano o ente del que se trate. Así, por ejemplo, el deber de “seguridad” se extraerá “expresamente” de la ley de policía, con lo cual los requisitos del deber normativo y expreso podrán ser acreditados.

ter “abierto” de la norma atributiva y sin dar espacio para el análisis de las circunstancias en las que se sucede la omisión, de las conductas *in concreto* de la víctima y del omitente o para la valoración de la entidad de los derechos en juego<sup>(22)</sup>.

Por último, pensamos que, toda vez que la Ley de Responsabilidad Estatal exige el incumplimiento de deberes “determinados” y no el incumplimiento de deberes “reglados”, es posible sostener que no necesariamente deberá tratarse del incumplimiento de competencias de actuación que admitan una única solución justa posible (regladas) para que proceda esta responsabilidad por omisión.

**VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DAÑOS Y PERJUICIOS - DEMANDAS CONTRA LA NACIÓN - DERECHO ADMINISTRATIVO - ESTADO - PODER JUDICIAL - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

(22) Ya reseñamos cómo, en materia cautelar, los requisitos de procedencia de la protección se suavizan cuando los afectados son sectores socialmente vulnerables, se encuentre comprometida la vida digna, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental (art. 2º, inc. 2º, ley 26.854). Pensamos que igual criterio debería seguirse cuando la responsabilidad por omisión (aun ante el incumplimiento de deberes genéricos) recayese sobre tales bienes de la vida u otros igualmente relevantes.

## Revisión judicial de actos del Colegio Público de Abogados

por MAURICIO GOLDFARB<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. NATURALEZA DEL ACTO SANCIONADOR. – 3. REVISIÓN JUDICIAL. 3.1. PLAZO PARA LA IMPUGNACIÓN. 3.2. JUZGADO COMPETENTE. 3.3. LEGITIMACIÓN PASIVA. 3.4. LEGITIMACIÓN ACTIVA. 3.5. CONTENIDO DE LA ACCIÓN. 3.6. EFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA. 3.7. MEDIDAS CAUTELARES. – 4. CONCLUSIONES.

### 1 Introducción

El objeto de este trabajo es analizar la revisión judicial del acto sancionatorio dictado por el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados<sup>(1)</sup>.

La conducta irregular del abogado puede generar distintos tipos de responsabilidad, según los bienes jurídicos que se vean afectados. Así, un mismo hecho es pasible de generar sanciones civiles, penales, procesales o administrativas. Se trata de sistemas independientes, con principios, reglas de procedimiento y tribunales diferentes en cada caso.

Cuando el bien jurídico afectado es el correcto ejercicio profesional –tanto dentro como fuera de un proceso–, el Colegio Público de Abogados, del cual forma parte el infractor, se encuentra legalmente habilitado para aplicar una sanción disciplinaria<sup>(2)</sup>.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Otra forma de acceder a la revisión judicial de la actividad administrativa en materia de impugnación de actos*, por JAVIER DARÍO GUIRIDIAN LAROSA, ED, 185-823; *La potestad sancionatoria de la Administración y su control judicial de cara a la realidad normativa*, por MIGUEL NATHAN LICHT, ED, 193-702; *Fundamento del control judicial de constitucionalidad en la teoría del derecho de Carlos S. Nino*, por OSCAR A. CUADROS, EDCO, 2003-228; *El saber y hacer de los abogados - Una cuestión no disociable*, por ARMANDO S. ANDRUET (h.), ED, 194-354; *Control de constitucionalidad y revisión judicial de las resoluciones de los Colegios Profesionales en la provincia de Buenos Aires: cuando los jueces quieren legislar*, por GUILLERMO E. SAGÜÉS, ED, 216-634; *A propósito de los proyectos de Ley de Regulación de Honorarios de Abogados y Procuradores*, por LILIANA T. NEGRE DE ALONSO, ED, 232-766; *Las sanciones disciplinarias en el Código Aduanero. La necesidad de una revisión judicial plena*, por JUAN PABLO GIAMBASTIANI, ED, 241-558; *Alcance del control judicial sobre la motivación del acto que resuelve un concurso docente en universidades nacionales*, por RAFAEL CLARK, EDA, 2014-179; *Apostillas sobre el caso “B.” (y un recuerdo de lo escrito por Bidart Campos sobre el control judicial)*, por PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO, EDA, 2014-333. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar).

(\*) Abogado, especialista en derecho administrativo (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste).

(1) Creado en la provincia de Corrientes por decreto ley 119/01 del 8-3-01 (Boletín Oficial de la Provincia del 12-3-01).

(2) En el ejercicio del llamado “policía de las profesiones liberales”. Ver el completo análisis de COVIELLO, PEDRO J. J., *Policía de las profesiones liberales*, en “Servicio Público, Policía y Fomento”, Jornadas or-

El tema es de relevancia, ya que la infracción a las normas éticas puede dar lugar a la aplicación de sanciones muy graves, como la suspensión o la cancelación de la matrícula profesional.

### 2 Naturaleza del acto sancionador

En la doctrina nacional se ha discutido si las personas públicas no estatales como los Colegios Públicos de Abogados cumplen una verdadera función administrativa.

Tomar posición en este sentido es importante, ya que si se admite que las personas públicas no estatales ejercen funciones administrativas es lógico concluir que los actos que dictan en ese ámbito son verdaderos actos administrativos.

La posición tradicional de la doctrina nacional (MARIENHOFF, CASSAGNE) era negativa. No se admitía que las personas no estatales pudieran ejercer la función administrativa –aun cuando gozaran de ciertas prerrogativas públicas– y, menos aún, que pudieran emitir actos administrativos<sup>(3)</sup>.

En cambio, otros autores como GORDILLO, COVIELLO, DROMI, ALTAMIRA GIGENA y REVIDATTI –entre otros– entienden que resulta lógico reconocerles el ejercicio de una auténtica función administrativa<sup>(4)</sup>.

Adherimos a esta última posición, ya que el procedimiento disciplinario es una especie del género procedimiento administrativo. Por lo tanto, en el cumplimiento de la función administrativa de control de la matrícula profesional, los actos que dictan los Colegios Públicos de Abogados son verdaderos actos administrativos<sup>(5)</sup>.

ganizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2003, pág. 566 y sigs.

(3) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, t. II, pág. 255; CASSAGNE, JUAN C., *Derecho administrativo*, 6ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, t. I, pág. 225.

(4) GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009, t. 3, págs. I/11 y sigs.; COVIELLO, PEDRO J. J., *Policía...*, cit. (con referencia a GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO - RAMÓN FERNÁNDEZ, TOMÁS, *Curso de derecho administrativo*, 9ª ed., Madrid, 1999, t. I, págs. 387/388); DROMI, ROBERTO, *Derecho administrativo*, 12ª ed. act., Buenos Aires - Madrid - México, Ciudad Argentina - Hispania Libros, 2009, pág. 340; REVIDATTI, GUSTAVO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, FDA, 1984, t. II, pág. 212; ALTAMIRA GIGENA, JULIO I., *Lecciones de derecho administrativo*, 2ª ed., Córdoba, Advocatus, 2008, págs. 27 y 212. Una posición intermedia es la de BALBÍN, que entiende que solo excepcionalmente debe aplicarse el régimen de los actos administrativos a los emanados de personas no estatales, y solo para garantizar los derechos de las personas (BALBÍN, CARLOS F., *Manual de derecho administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, 2011, pág. 292 y sigs.).

(5) ALTAMIRA GIGENA, JULIO I., *Acto administrativo*, 1ª ed., Córdoba, Advocatus, 2008, pág. 25.

Estos actos administrativos (en lo formal) son también actos jurisdiccionales (en lo material)<sup>(6)</sup>. Esta distinción tiene importancia para el derecho administrativo ya que se vincula en forma directa con el principio de división de poderes<sup>(7)</sup>. En particular, con la siempre espinosa cuestión de los “tribunales administrativos” y la posibilidad de revisión de sus fallos por órganos judiciales.

Hemos sostenido que la resolución dictada por el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados, como resultado de un proceso disciplinario, es un verdadero acto administrativo. Y, como tal, puede ser impugnado, en caso de lesión a un derecho subjetivo, ante el fuero contencioso administrativo<sup>(8)</sup>.

Veamos ahora cuáles son los requisitos que deben cumplirse para que estos actos administrativos de naturaleza jurisdiccional sean válidos, y el alcance de su revisión judicial a la luz de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema y el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes.

La Corte Suprema tuvo oportunidad de avalar la constitucionalidad de los tribunales administrativos en el *leading case* “Fernández Arias”<sup>(9)</sup> (1960). Al resolver el litigio, la Corte Federal sostuvo que la existencia de tribunales que dictan actos materialmente jurisdiccionales dentro de la Administración no viola el art. 95 (actual 109) de la Constitución Nacional<sup>(10)</sup> siempre que se permita un control judicial suficiente. Por lo tanto, la revisión judicial posterior puede abarcar tanto los hechos como el derecho aplicable. De tal modo, el máximo tribunal se inclinó por un poder de revisión amplio, que no se satisface con la mera posibilidad de plantear el recurso extraordinario federal<sup>(11)</sup>.

Con posterioridad, y a propósito de las facultades de los entes reguladores surgidos luego del proceso de reforma del Estado, el máximo tribunal mantuvo su doctrina

(6) HUTCHINSON considera inútil la calificación de jurisdiccional para cierta parte de la actividad de la Administración, ya que toda la actividad de esta “administrativa” o “jurisdiccional” tendrá como producto actos que no se diferencian jurídicamente, a los cuales se aplica el mismo régimen, y que en ambos casos pueden ser revisados por el Poder Judicial. HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de procedimientos administrativos. Ley 19.549*, 8ª ed. act. y amp., Buenos Aires, Astrea, 2006, pág. 390. DROMI, en cambio, le da el nombre de “Jurisdicción profesional”, como una especie dentro de los tribunales administrativos. DROMI, ROBERTO, *Derecho administrativo*, cit., pág. 269.

(7) BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 2013, t. I, pág. 18.

(8) Creado en la provincia de Corrientes por ley 5846, sancionada el 2-7-08. En esta se crean los Juzgados en lo Contencioso Administrativo de Primera Instancia, y la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral. Con anterioridad, la materia contencioso administrativa tramitaba en instancia única por ante el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes.

(9) CS, “Fernández Arias, Elena y otros c. Poggio, José suc.”, Fallos: 247:646, 1960.

(10) Constitución Nacional, art. 109: “En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

(11) En el que se encuentran vedadas, en principio, las cuestiones de hecho (art. 14 de la ley 48).

favorable a estos tribunales pero amplió las condiciones bajo las cuales es válido el ejercicio de tales funciones jurisdiccionales. En el caso “Ángel Estrada”<sup>(12)</sup> (2005) la Corte Federal agregó a la condición del control suficiente expuesta en “Fernández Arias” que, para la validez de estos actos, es necesario:

- Que el órgano o tribunal sea creado por ley formal;
- Que se trate de un organismo independiente e imparcial; y
- Que el objetivo de su creación sea razonable.

Estos tres extremos aparecen cumplidos –en principio– en el caso de las sentencias dictadas por el Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados, sin perjuicio de la cuestión que se verá en el punto siguiente<sup>(13)</sup>.

### 3 Revisión judicial

El art. 61 del decreto ley 119 de Colegiación obligatoria establece: “Las sanciones de suspensión mayores de 30 días y la exclusión de la matrícula habilitarán la acción contencioso administrativa”.

Una interpretación literal del texto de la norma podría concluir, *a contrario sensu*, que las sanciones no superiores a suspensión por 30 días no son revisables judicialmente. La posibilidad de la debida revisión del actuar administrativo por el Poder Judicial es un concepto central del derecho administrativo<sup>(14)</sup>. Por lo tanto, una limitación a la posibilidad de revisión de las sentencias dictadas por el Tribunal de Disciplina es claramente inconstitucional por violatoria del debido proceso adjetivo. La restricción de revisión también es ilegítima a tenor de la doctrina de la Corte Federal ya expuesta<sup>(15)</sup> y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>(16)</sup>.

Por lo dicho, la mención que realiza el art. 61 del decreto ley de Colegiación no puede considerarse, entonces, como vedando la revisión judicial de otras sanciones distintas de la suspensión de 30 días o de la exclusión de la matrícula. *Cualquiera* sea la sanción que se imponga al letrado, puede ser revisada con carácter amplio por el Poder Judicial<sup>(17)</sup>. La impugnación debe formalizarse a través de una demanda contencioso administrativa por ante el juzgado en lo contencioso administrativo de primera instancia.

#### 3.1. Plazo para la impugnación

El plazo con el que cuenta el letrado sancionado para impugnar judicialmente la sanción no está previsto ni en el decreto ley 119/01 ni en el Código de Ética, ni en el Reglamento Procesal del Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados.

Ante esta falta de regulación se aplica el plazo genérico del procedimiento administrativo, establecido en el art. 223 de la ley 3460, de treinta días hábiles judiciales, contados desde que el acto fue debidamente notificado<sup>(18)</sup>.

De todas maneras, resulta importante destacar que el Código de Procedimientos Administrativos correntino (ley 3460) contiene una clasificación tripartita de actos vicia-

dos que incluye a los actos anulables, nulos e inexistentes<sup>(19)</sup>. Por lo tanto, si el actor invoca que el acto sancionatorio es inexistente<sup>(20)</sup>, aun cuando la demanda se promueva estando vencido el plazo, el trámite debe proseguir hasta la sentencia que declare o no la inexistencia del acto, y en su caso, haga lugar al planteo de prescripción o caducidad de la acción<sup>(21)</sup>.

#### 3.2. Juzgado competente

La ya citada ley 5846 creó dos Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo en la Capital y uno con competencia contencioso administrativa por cada circunscripción judicial en el resto de la provincia.

En el caso de los abogados que tienen domicilio en la ciudad de Corrientes, el juzgado competente será el Contencioso Administrativo de turno. En el caso de los letrados con domicilio en alguna otra de las circunscripciones de la provincia, serán competentes los juzgados con competencia contenciosa de cada jurisdicción por aplicación de las normas que rigen la competencia del Código Procesal Civil y Comercial<sup>(22)</sup>.

#### 3.3. Legitimación pasiva

¿Contra quién debe dirigirse la demanda tendiente a la anulación de la sanción? La cuestión ha generado controversia en el orden local, en particular por la existencia de algunas demandas dirigidas solo contra el Tribunal de Disciplina y no contra el Colegio de Abogados.

Como ha tenido oportunidad de señalar el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes<sup>(23)</sup>, el Tribunal de Disciplina es un órgano del Colegio de Abogados de la provincia de Corrientes constituido por la totalidad de los Colegios de Circunscripción, pero los únicos que tienen personería jurídica y como tal pueden demandar y ser demandados son los Colegios de Abogados de cada circunscripción.

El Superior Tribunal ha señalado: “Si bien la instrucción sumarial y la aplicación de sanciones son competencia del Tribunal de Disciplina, impugnada judicialmente esa decisión, es el Colegio de Abogados, ente público no estatal, en quien el Estado ha delegado el control de la matrícula profesional y la potestad disciplinaria de los matriculados, quien debe comparecer a juicio y su representante legal es el presidente del Directorio de la Circunscripción respectiva, no la Presidente de un órgano interno carente de personería jurídica al efecto”.

Por lo tanto, la demanda deberá dirigirse contra el Colegio de Abogados de la Circunscripción que corresponda y notificarse en su domicilio legal.

#### 3.4. Legitimación activa

Si en el punto anterior hacíamos referencia a quién debe ser demandado, en este ítem se formularán algunas consideraciones respecto de quién puede promover la demanda.

No caben dudas de que el letrado sancionado se encuentra legitimado. Pero ¿pueden accionar o continuar la acción los sucesores de un abogado sancionado? De acuerdo con la naturaleza estrictamente personal del derecho administrativo sancionatorio, el debate disciplinario no podría proseguir una vez fallecido el sancionado.

¿Puede impugnar la sentencia absolutoria el denunciante? La respuesta también es negativa, ya que el denunciante no es parte en el procedimiento. Sin embargo, consideramos que le cabe al denunciante realizar un planteo de incompatibilidad de la norma procedimental con el derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo tanto, de acuerdo con la

(19) Ley 3460, “Art. 92. Faltando uno o más de los requisitos esenciales previstos por la ley para la existencia del acto, se considerará a la actuación administrativa así cumplida, como jurídicamente inexistente”.

“Art. 171. El acto con vicio leve es pasible de anulabilidad.

“Art. 172. El acto con vicio grave es pasible de nulidad”.

(20) Ley 3460, “Art. 188. El acto jurídicamente inexistente:

“a) Carece de presunción de legitimidad y de ejecutoriedad;

“b) Los particulares no está obligados a cumplirlos y los agentes tienen el derecho y el deber de no cumplirlos ni ejecutarlos;

“c) La declaración de su inexistencia jurídica produce efectos retroactivos;

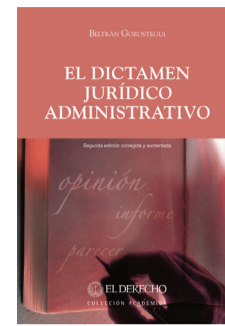
“d) La acción para impugnarlos es imprescriptible y no existe a su respecto, plazo de caducidad”.

(21) RUBÍN, CARLOS, *Procedimiento contencioso administrativo de la Provincia de Corrientes*, 1ª ed., Corrientes, Mave, 2008, pág. 101.

(22) Conf. art. 5º y conchs. del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia.

(23) En autos: “Segovia, Daniel E. c. Colegio de Abogados de la Pcia. de Ctes. s/recurso facultativo”, Expte. Nº 1.018/09.

## FONDO EDITORIAL



BELTRÁN GOROSTEGUI

**El dictamen jurídico administrativo**

Segunda edición  
corregida y aumentada  
ISBN 978-950-9805-92-7  
146 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004  
Compra online: [ventas@elderecho.com.ar](mailto:ventas@elderecho.com.ar)  
[www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar)

norma de rito, no puede agravarse de lo que se resuelve en el trámite, sin perjuicio de su derecho a promover las acciones civiles y penales que estime pertinentes.

#### 3.5. Contenido de la acción

El Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Corrientes adopta el sistema de unidad de acción y multiplicidad de pretensiones. De acuerdo con el art. 55 de la ley 4106 que regula el proceso contencioso administrativo en la provincia de Corrientes, en la acción, el demandante puede pretender:

- a) la anulación total o parcial de la decisión administrativa impugnada;
- b) el restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés vulnerado, desconocido o inculpaado;
- c) el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos<sup>(24)</sup>.

Por lo tanto, el profesional sancionado puede reclamar no solo la anulación de la sanción, sino también una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de dicho acto viciado. En este último caso, y como carga procesal, deberá acreditar los perjuicios materiales o morales que debió soportar. Para ello podrá valerse de todos los medios probatorios previstos en la ley ritual<sup>(25)</sup>.

#### 3.6. Efectos de la interposición de la demanda

La preparación de la vía contencioso administrativa y la deducción de la demanda de nulidad del acto no suspenden la ejecutoriedad de la sanción. Esta es la regla consagrada en el art. 13 de la ley 4106<sup>(26)</sup>. Si, como se ha concluido, la sentencia del Tribunal de Disciplina es un verdadero acto administrativo, es lógico que goce de la ejecutoriedad y presunción de legitimidad propia de todos los actos administrativos.

Sin embargo, algún sector de la doctrina ha sostenido la necesidad de suspender la ejecutoriedad de la sanción hasta que sea confirmada en sede judicial, con fundamento en que hasta entonces rige la presunción de inocencia<sup>(27)</sup>.

Otro argumento importante a favor de la no ejecutoriedad es el conflicto entre la ejecutoriedad y el derecho a la tutela judicial efectiva, que se vería afectada con la ejecución de una sanción por un órgano no jurisdiccional. En especial, si *a posteriori* se declara la nulidad de la actuación administrativa, provocando un daño de difícil o imposible reparación ulterior<sup>(28)</sup>. La cuestión es particu-

(24) No se incluyen los incs. c) y d) del art. 55, que refieren a la acción de interpretación y a la acción de lesividad, por ser ajenas al objeto de nuestro estudio.

(25) Art. 76 de la ley 4106.

(26) “Art. 13. La promoción de las acciones o recursos previstos en este código no interrumpe la ejecución de las disposiciones administrativas involucradas en ellos, salvo que se trate de alguna de las excepciones contempladas en la presente ley”.

(27) CASSAGNE, JUAN C., *La intervención administrativa*, 2ª ed. act., Buenos Aires, 1994, pág. 175; VILLARUEL, MARÍA S., *El control judicial de la potestad sancionatoria*, en *Derecho procesal administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011, Guido S. Tawil (dir.), pág. 711 y sigs.

(28) VILLARUEL, MARÍA S., *El control judicial...*, cit.: “La exigencia de sentencia para poder privar de la propiedad a un particular (art. 17, CN), la necesidad de juicio previo a la condena (art. 18 de la CN), el derecho a la jurisdicción o la tutela judicial efectiva (art. 8.1, Pacto de San José de Costa Rica; art. 10, Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. XVIII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) y la ya mencionada presunción de inocencia, que surge tanto del art. 18 de la Ley Fundamental, como del Pacto de San José de Costa Rica (art. 8.2), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXVI), de la Declaración Universal de los Derechos

(12) CS, “Ángel Estrada y Cía S.A. c. Resol. 71/96 - Sec. Energía y Puertos”, Fallos: 328:651, 2005.

(13) En relación con la constitucionalidad del sistema de colegiación obligatoria, ver el ya citado trabajo de COVIELLO, PEDRO J. J., *Policía...*, cit.

(14) Como lo destacan GORDILLO y REVIDATTI, en sus respectivas definiciones de derecho administrativo.

(15) GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I, pág. 603: “Las decisiones de los órganos administrativos al resolver los conflictos deben estar condicionadas, siempre, a una revisión judicial suficiente”.

(16) Además del ya citado caso “Claude Reyes vs. Chile” pueden consultarse los casos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, párr. 159, 2004, y “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, párr. 161, 1999.

(17) Sobre el punto, recomendamos la lectura de PULVIRENTI, ORLANDO D., *No hay juicio ético sin debido proceso*, Doctrina Judicial, La Ley, Nº 17 del 25-4-12, pág. 9 y sigs.; y ANDREUCCI, CARLOS A., *Alcances del control judicial de los actos de los colegios o consejos profesionales* en Sup. Const. 2011 (noviembre), 41 LL, 2011-F.

(18) “Art. 223. Prescripción de los derechos y obligaciones. El término de la prescripción de los derechos y obligaciones que tenga su origen en la legislación dictada por la Provincia en ejercicio de sus facultades propias, no delegadas son de tres años, salvo los casos contemplados por leyes especiales.

“Caducidad de la vía contencioso-administrativa. Vencido el plazo establecido en el art. 222, quedará expedita la vía contencioso administrativa, la que podrá ser iniciada hasta sesenta (60) días hábiles judiciales. Cuando la autoridad competente se haya expedido expresamente, el plazo para interponer la demanda será de treinta (30) días hábiles judiciales, contados desde que el acto fue debidamente notificado”.

larmente grave cuando la sanción impugnada es la suspensión o exclusión de la matrícula, ya que ambas implican una restricción mayúscula sobre los derechos subjetivos del profesional<sup>(29)</sup>.

La garantía procesal de la tutela judicial efectiva no fue reconocida en forma expresa en la Constitución de 1853/60, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia la reconocían como derivación de los arts. 18 y 33 de la Constitución Nacional<sup>(30)</sup>. A partir de la reforma de 1994, y por imperio del art. 75, inc. 22, la tutela judicial efectiva tiene expresa jerarquía constitucional<sup>(31)</sup>, reconocida en los arts. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 8° del Pacto de San José de Costa Rica<sup>(32)</sup>.

No obstante lo interesante del planteo a favor de la suspensión de los efectos del acto, nos inclinamos por la ejecutoriedad de la sanción, por las razones ya expuestas, sin perjuicio de lo que diremos en el punto siguiente, al considerar la procedencia de las medidas cautelares<sup>(33)</sup>.

### 3.7. Medidas cautelares

Las medidas cautelares pueden deducirse antes, en forma simultánea o con posterioridad a la promoción de la demanda. En esta materia se aplica el régimen general del proceso contencioso administrativo<sup>(34)</sup>.

Las pretensiones cautelares que habitualmente se deducen son la medida innovativa o la de suspensión de los efectos del acto administrativo. El ordenamiento procesal distingue la medida cautelar innovativa –que tramita y se resuelve *inaudita parte*– del incidente de suspensión de los efectos del acto –que requiere sustanciación previa a resolver– y que, además, tiene otras exigencias procesales, como el haber solicitado la suspensión del acto previamente en sede administrativa<sup>(35)</sup>.

Humanos (art. 11.1) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2) todos ellos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22)”.

(29) De acuerdo con el art. 60 del decreto ley 26/00 (Ley Orgánica de Tribunales: “Son funciones y deberes de las Secretarías Jurisdiccionales y Actuariales: (...) k) No recibir ni dar trámite a escritos presentados por abogados y procuradores que se encuentren suspendidos en la matrícula, ni permitir su participación en audiencias o incluirlos en el Libro de Notificaciones, sin perjuicio de hacerlo respecto de la parte que represente”.

(30) Conf. BADENI, GREGORIO, *Instituciones de derecho constitucional*, 1ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pág. 658.

(31) A pesar del tiempo transcurrido desde la Reforma de 1994, aún existe cierta resistencia de los operadores jurídicos a la aplicación de los tratados con jerarquía constitucional, como lo hace notar ALBANESE, SUSANA, *La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional*, en *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, pág. 15.

(32) Pacto de San José de Costa Rica. “Art. 8. Garantías Judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

”2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

”a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

”b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

”c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

”d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

”e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

”f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

”g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

”h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

(33) Una solución distinta es la prevista en el art. 47 de la ley 23.187 (Régimen Disciplinario en la Capital Federal y fuente directa del sistema de Corrientes). La norma establece: “Todas las sanciones aplicadas por el Tribunal de Disciplina serán apelables con efecto suspensivo (...) el recurso será resuelto por la sala de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo que corresponda”.

(34) Ley 4106, texto actualizado por ley 5846, ya citada.

(35) Sobre las diferencias entre la medida cautelar innovativa y el incidente de suspensión de los efectos del acto en el procedimiento contencioso correntino, puede ampliarse en REVIDATTI, GUSTAVO, *Lo contencioso administrativo*, Corrientes, Cícero, 1987, pág. 29 y sigs. y pág.

Como bien señala REVIDATTI al comentar la ley, el abogado avezado intentará siempre que su pedido tramite como incidente de medida cautelar, por las ventajas procesales que conlleva, entre las que se destaca el trámite *inaudita parte*<sup>(36)</sup>.

La medida cautelar innovativa es la que más se compadece con la naturaleza de la tutela en los casos de afectación del ejercicio profesional. El incidente de suspensión, por su mismo trámite, con sustanciación y eventual prueba, puede tornar tardía, y por tanto ineficaz, la protección urgente del derecho en juego.

Si bien la procedencia o no de la medida cautelar es una cuestión que deberá evaluarse en cada caso, es evidente que los daños pueden ser de difícil o imposible reparación ulterior, especialmente cuando se trata de suspensión o exclusión de la matrícula. En estos casos, la eventual sentencia admitiendo la demanda perdería toda virtualidad o eficacia<sup>(37)</sup>. Por eso, creemos que, alegada fundadamente una causal de nulidad (verosimilitud del derecho) y tratándose de la imposibilidad de ejercer libremente la profesión de abogado (peligro en la demora), el juez debe conceder la medida cautelar peticionada<sup>(38)</sup>.

## 4 Conclusiones

- La responsabilidad disciplinaria es una de las consecuencias posibles del obrar irregular de los abogados, y se hace efectiva cuando se afecta el correcto ejercicio profesional.

- La sentencia del Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados es un verdadero acto administrativo y, como tal, debe reunir todos los requisitos de este para su validez y eficacia.

- La revisión judicial es competencia de los tribunales contenciosos administrativos, y debe ser amplia y sin restricciones, de acuerdo con las normas constitucionales y convencionales superiores, y la interpretación que surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- La interposición de la demanda no suspende la ejecución de la sanción al abogado.

- Cuando se alega fundadamente una causal de nulidad (verosimilitud del derecho) y tratándose de la imposibilidad de ejercer libremente la profesión de abogado (peligro en la demora), el juez debe conceder la medida cautelar peticionada suspendiendo la sanción impugnada.

**VOCES: ACTO ADMINISTRATIVO - ABOGADO - SANCIONES DISCIPLINARIAS - DERECHO ADMINISTRATIVO**

38 y sigs.; RUBÍN, CARLOS, *Procedimiento contencioso administrativo...*, cit., pág. 52 y sigs.

(36) REVIDATTI, GUSTAVO, *Lo contencioso administrativo...*, cit., pág. 39.

(37) Ver GALLEGOS FEDRIANI, PABLO, *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, pág. 27.

(38) GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, cit., III V-20.

## JURISPRUDENCIA

### Constitución Nacional:

Constitucionalidad: decretos de necesidad y urgencia; decreto 883/02; duplicación indemnizatoria dispuesta por el art. 16 de la ley 25.561; prórroga; emergencia económica; crisis institucional y social; protección del despido arbitrario.

1 – Corresponde confirmar la sentencia que elevó el monto de la condena monetaria que debía abonar la empresa demandada, que consideró constitucional el decreto 883/02 del Poder Ejecutivo Nacional –que prorrogó la duplicación indemnizatoria dispuesta por el art. 16 de la ley 25.561–, pues debe tenerse por cumplido el recaudo relativo a la existencia de un estado de necesidad y urgencia que justificó su dictado.

2 – Cabe confirmar la sentencia que elevó el monto de la condena monetaria a la demandada sobre la base de la constitucionalidad del art. 4° del decreto 264/02 –que dispuso la duplicación del resarcimiento por la omisión de preaviso–,

dado que no consigue revertirse la imputación de insuficiente sustento recursivo formulada por la ad quem, en un contexto en el que lo tocante al alcance y la naturaleza de los remedios admitidos por los tribunales de la causa, así como la extensión de las facultades con motivo de su planteo, no constituyen, en razón de su índole fáctica y procesal, un asunto federal que justifique la apertura de la instancia de excepción, y en el que la solución de la alzada dista de evidenciarse absurda e irrazonable –dictamen de la Procuradora Fiscal en la causa S.1352.XL “Salemme, Héctor c. Emecé Editores S.A. y otro”, del 18-7-06, al que la mayoría de la Corte Suprema se remite–.

3 – Debe confirmarse la sentencia que elevó el monto de la condena monetaria que debía abonar la empresa demandada, que consideró constitucional el decreto 883/02 del Poder Ejecutivo Nacional –que prorrogó la duplicación indemnizatoria dispuesta por el art. 16 de la ley 25.561–, pues el distracto laboral y las normas que regularon su indemnización agravada correspondieron a momentos de dramática crisis institucional y social para la vida de la República, lo que exime de un mayor esfuerzo para concluir que la disuasión de los despidos constituía una herramienta tan razonable como urgente para conjurar una mayor profundización de la crisis desatada.

4 – Procede confirmar la sentencia que elevó el monto de la condena monetaria que debía abonar la empresa demandada, que consideró constitucional el decreto 883/02 del Poder Ejecutivo Nacional –que prorrogó la duplicación indemnizatoria dispuesta por el art. 16 de la ley 25.561–, pues en el marco del art. 14 bis de la Constitución Nacional no aparece irrazonable que el legislador, en consideración de la crisis profunda y de su consiguiente impacto en el empleo, haya procurado, teniendo en cuenta el principio protectorio, disuadir excepcionalmente –por tiempo determinado– los despidos sin causa, tornándolos –sin prohibirlos– más onerosos, privilegiando así un objetivo de contención social en las apremiantes circunstancias descriptas (voto de los doctores HIGHTON DE NOLASCO y MAQUEDA).

5 – La sentencia que elevó el monto de la condena monetaria que debía abonar la empresa demandada, que consideró constitucional el decreto 883/02 del Poder Ejecutivo Nacional –que prorrogó la duplicación indemnizatoria dispuesta por el art. 16 de la ley 25.561– debe ser confirmada, pues el planteo de la quejosa –en cuanto a que existió un exceso reglamentario en su dictado– se sitúa en el terreno de lo opinable, máxime cuando no demuestra la entidad del gravamen ni tampoco su trascendencia, según era requerible en el plano de una alegación de constitucionalidad, más allá de sus discrepancias con la razonable solución propiciada por el a quo, al no incumbir a los jueces el pronunciarse sobre el mérito, la eficacia, oportunidad o conveniencia de los actos de los otros poderes del Estado, sin que se aprecie inadmisiblemente que el legislador, ubicado en su zona de reserva y en la conciencia de una crisis profunda y de impacto nocivo en el empleo, procure excepcionalmente disuadir los despidos sin causa, tornándolos más onerosos durante el lapso de la emergencia, graduando la intensidad de la tutela contra el despido arbitrario a que alude el art. 14 bis de la Ley Suprema, en función de la coyuntura desfavorable para el trabajo dependiente (voto de los jueces HIGHTON DE NOLASCO y JUAN C. MAQUEDA).

6 – Es inconstitucional el decreto de necesidad y urgencia 883/02 –que prorroga la doble indemnización por despido dispuesta por el art. 16 de la ley 25.561–, pues aceptar que el Poder Ejecutivo pueda dictar estos decretos al no haber sancionado la ley que reclama el art. 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional sería desnaturalizar lo que ella dice que son, dando paso a la actuación singular y exclusiva del Poder Ejecutivo, transformando al presidente de la Nación en legislador, en flagrante violación de lo dispuesto en el segundo párrafo del citado inciso, lo que hace innecesario considerar el agravio que apunta a la inconstitucionalidad del art. 4° del decreto 264/02 –duplicación del resarcimiento por omisión del preaviso–, por cuando dicha norma concierne a la extensión de la duplicación indemnizatoria referida, que no estaba vigente al momento del despido de autos (disidencia del doctor PETRACCHI).

7 – La presunción de que cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional solo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar

la única excepción admitida en la Constitución Nacional a la prohibición contenida en su art. 99, inc. 3° (disidencia de la doctora ARGIBAY).

8 – Si el ejercicio de la función legislativa por el Poder Ejecutivo está condicionado al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 99, inc. 3°, párrs. 3° y 4°, de la Constitución Nacional, y no se ha probado en el caso que dicha condición se haya cumplido, las disposiciones legislativas dictadas –art. 4° del decreto 264/02 y decreto 883/02, en cuanto extendieron la duplicación indemnizatoria a otros rubros derivados del despido y prorrogaron la veda al distracto dispuesta por ley 25.561– no consiguen superar la pena establecida por la misma Constitución, esto es, su nulidad absoluta e insanable (disidencia de la doctora ARGIBAY). M.A.R.

894 – CS, junio 28-2011. – A. P., J. C. c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/despido (A.996.XLI).

Buenos Aires, 28 de junio de 2011

Vistos los autos: “A. P., J. C. c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido”.

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo modificó el fallo dictado en primera instancia y elevó el monto de la condena monetaria que debía soportar la demandada, sobre la base de considerar constitucionales los decretos 264/02 y 883/02 del Poder Ejecutivo Nacional (fs. 168/176).

Contra esa sentencia la parte demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 180/187, que fue contestado a fs. 190/192, y ha sido bien concedido por el *a quo* a fs. 194 con fundamento en el art. 14 de la ley 48.

2°) Que en el mencionado recurso extraordinario se sostiene que el decreto 264/02 del P.E.N. es una norma reglamentaria (art. 99, inc. 2°, de la Constitución Nacional) que arbitrariamente desnaturaliza la norma superior que reglamenta (en el caso, la ley 25.561), y que en el supuesto del decreto 883/02 se trata de un decreto de necesidad y urgencia dictado en violación del régimen establecido para ese tipo de normas por el art. 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional.

3°) Que, para seguir un orden lógico corresponde determinar primeramente si, a la fecha del despido del actor –producido el 7/4/03 (fs. 8 vta. y 48 vta.)– se encontraba vigente la norma (art. 16 de la ley 25.561), según la cual los despidos sin causa justificada quedaban “suspendidos” por 180 días. Ese precepto disponía –a renglón seguido– que, en el caso de producirse despidos de esa clase, los empleadores debían abonar a los trabajadores perjudicados el doble de la indemnización que les hubiera correspondido de acuerdo con la legislación laboral vigente.

El decreto de necesidad y urgencia 883/02, del 27 de mayo de 2002, prorrogó esa norma por 180 días hábiles “contados a partir de su vencimiento originario” (art. 1°) y el tribunal *a quo* consideró a dicho decreto “vigente al momento del distracto que motiva las presentes actuaciones” (fs. 170). Debe señalarse que los decretos 662/03; 256/03; 1351/03; 369/04 y 823/04 –también de necesidad y urgencia– prorrogaron sucesivamente hasta el 31 de diciembre de 2004 la mencionada duplicación indemnizatoria, en la línea trazada por el decreto 883/02.

4°) Que resulta indiscutible que el P.E.N. dictó el decreto 883/02 como disposición de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional). En los considerandos de la medida se menciona que “persiste la situación que obligara al legislador al dictado de las medidas en examen” y se expresa “(que en razón de la urgencia que demanda el dictado del presente, resulta imposible seguir el procedimiento ordinario para la formación y sanción de las leyes”. A continuación se indica “(que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones emergentes del art. 99 inc. 3 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL”. Por fin, el decreto ordena –después de prorrogar el sistema instaurado por el art. 16 de la ley 25.561– dar “cuenta al HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 99 inc. 3 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL” (art. 2°).

5°) Que en cuanto a la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 883/02, cabe subrayar que esta Corte en un pronunciamiento reciente ha reconocido, por un la-

do, la atribución con que contaba el Poder Ejecutivo tras la reforma de 1994 para dictar disposiciones de esa naturaleza, aun con anterioridad a la sanción de la ley reglamentaria 26.122; además, en esa sentencia ha establecido los requisitos que condicionan la validez de disposiciones de esta naturaleza, por lo que a las consideraciones efectuadas en dicho fallo corresponde remitir por razones de brevedad (causa “Consumidores Argentinos”, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni, considerandos 5° a 13; voto concurrente de la jueza Highton de Nolasco, Fallos: 333:633).

6°) Que una vez reconocida la facultad del Presidente de dictar decretos de necesidad y urgencia aun en el tiempo en que el Congreso no había sancionado la ley de creación de la Comisión Bicameral Permanente, corresponde analizar, según lo enunciado en el considerando 3°, el cumplimiento de los restantes recaudos formales exigibles para que el ejercicio de dicha facultad sea constitucional.

7°) Que en el *sub lite* corresponde tener por cumplido el recaudo relativo a la existencia del estado de necesidad y urgencia que justifica el dictado de la norma atacada según lo ya resuelto por el Tribunal en la causa “Valente, Diego Edgardo c/ Bank Boston N.A.” (Fallos: 327:4422) y en C.1642.XLI “Cardoso Graña, Ana Carolina c/ Argencard S.A. s/ despido”, sentencia del 16 de mayo de 2006. En el mismo sentido, esta Corte comparte las consideraciones efectuadas respecto a esta cuestión en el punto IV del dictamen de la señora Procuradora Fiscal en la causa S.1352. XL “Salemme, Héctor c/ Emecé Editores S.A. y otro”, fallada por el Tribunal el 18 de julio de 2006.

8°) Que en el orden de examen fijado en el considerando 14 del precedente “Consumidores Argentinos” al que se remite, corresponde destacar que la norma cuestionada no se refiere a una materia expresamente prohibida (penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos).

9°) Que una vez acreditado el cumplimiento de los recaudos referidos en el considerando 3°, este Tribunal debe analizar la validez constitucional de las normas en su aspecto sustancial, es decir, su contenido.

Para ello se debe evaluar la razonabilidad de las normas en los términos de la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos en cuanto a su idoneidad, necesidad y/o proporcionalidad (conf. doctrina de Fallos: 98:20; 136:161; 162:21; 315:142; 318:1154; 319:2151; 327:3677, entre muchos otros).

En este aspecto resultan también enteramente aplicables las consideraciones formuladas en el dictamen de la Procuración General antes referido, igual punto (causa S.1352.XL “Salemme, Héctor c/ Emecé Editores S.A. y otro”), a las cuales se remite.

10) Que, como corolario de lo expresado, cabe destacar la naturaleza específica de las acreencias solicitadas por la parte actora. El fundamento valorativo de la solución dado al caso –en particular, en lo relativo al recaudo de “razonabilidad”– reposa en inexcusables principios de justicia social (Fallos: 250:46 y sus citas) y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones económico-sociales propias de la situación a la que se aplicó. Conviene recordar que el trabajo humano tiene características que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el marco del mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, normativamente comprendidos en la Constitución Nacional. Y ello sustenta la obligación de los que utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan (Fallos: 327:3677 y sus citas).

Vale remarcar que en el *sub examine*, el distracto laboral y las normas que regularon su indemnización agravada correspondieron a momentos de dramática crisis institucional y social para la vida de la República. Esta visión de conjunto exige de un mayor esfuerzo para concluir que la disuasión de los despidos constituía una herramienta tan razonable como urgente para conjurar una mayor profundización de la crisis desatada. En tanto el salario, como contraprestación del trabajo dependiente, tiene naturaleza alimentaria pues permite la emancipación económica del individuo y de su grupo familiar en relación con sus necesidades primarias. En el contexto descripto, era imperativo tutelar la continuidad de la relación laboral.

Ello confirió una significación singular al mandato constitucional según el cual “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes” enalteciendo la tarea del dependiente, al imponérsele al empleador un mayor sacrificio económico mediante el disciplinamiento del despido, tornándolo más gravoso. Se desalentaba, así, la libertad de poner fin al vínculo laboral sin causa justificada, en beneficio de la dignidad personal del trabajador y de la armonía social, seriamente amenazada por entonces.

Al respecto, consolidada doctrina de esta Corte tiene establecido que la regulación de las obligaciones patronales con arreglo a las exigencias de justicia, constituye un deber para el Estado y las consecuencias que puedan derivar del cumplimiento de ese deber representan una contingencia de la que la empresa contemporánea no puede desentenderse. Por lo tanto, tratándose de cargas razonables –como se explicitó *ut supra*– rige el principio según el cual el cumplimiento de las obligaciones patronales no se supedita al éxito de la empresa, éxito cuyo mantenimiento de ningún modo podía hacerse depender de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios (Fallos: 252:158 y sus citas).

11) Que, por lo demás, cabe señalar que del art. 4° de la ley 25.972 se infiere que el Poder Legislativo ha reconocido eficacia al decreto que, según surge de los considerandos que anteceden, ha superado el examen de constitucionalidad.

12) Que, por último, con respecto a los planteos vinculados a la validez del art. 4° del decreto 264/02 esta Corte hace suyas las consideraciones realizadas por la señora Procuradora Fiscal subrogante en el punto IV del dictamen de fs. 201, 202/202 vta., a las cuales se remite.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara admisible el recurso extraordinario deducido y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese copia del pronunciamiento y del dictamen a que se remite en el considerando 7°. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. – Ricardo L. Lorenzetti. – Elena I. Highton de Nolasco (según su voto). – Carlos S. Fayt. – Enrique S. Petracchi (en disidencia). – Juan C. Maqueda (según su voto). – E. Raúl Zaffaroni. – Carmen M. Argibay (en disidencia).

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que los infrascriptos coinciden con los considerandos 1° a 3° del voto que encabeza este pronunciamiento, a los que cabe remitirse en razón de brevedad.

4°) Que con respecto a la naturaleza del decreto 883/02, cabe señalar que el propio Poder Ejecutivo, en sus considerandos, lo calificó lisa y llanamente como un decreto de necesidad y urgencia y no aludió en tramo alguno a la figura de un reglamento delegado.

Se trata, pues, de un decreto dictado con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral Permanente a la que hace referencia el art. 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional. En los considerandos de dicho decreto se menciona que “persiste la situación que obligara al legislador al dictado de las medidas en examen” y se expresa “(que en razón de la urgencia que demanda el dictado del presente, resulta imposible seguir el procedimiento ordinario para la formación y sanción de las leyes”. A continuación se indica “(que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones emergentes del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional”. Por fin, el decreto ordena –después de prorrogar el sistema instaurado por el art. 16 de la ley 25.561– dar “cuenta al Honorable Congreso de la Nación, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional” (art. 2°).

5°) Que en cuanto a la constitucionalidad de este decreto de necesidad y urgencia, cabe subrayar que esta Corte en un pronunciamiento reciente ha reconocido, por un lado, la atribución con que contaba el Poder Ejecutivo tras la reforma de 1994 para dictar disposiciones de esa naturaleza, aun con anterioridad a la sanción de la ley reglamentaria 26.122; además, en la sentencia ha establecido los requisitos que condicionan la validez de disposiciones de este tipo, por lo que a las consideraciones efectuadas en



dicho fallo corresponde remitir por razones de brevedad (causa “Consumidores Argentinos” (Fallos: 333:633), voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni, considerandos 5° a 13; votos concurrentes de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

6°) Que una vez reconocida la facultad del Presidente de dictar decretos de necesidad y urgencia aun en el tiempo en que el Congreso no había sancionado la ley de creación de la Comisión Bicameral Permanente, corresponde analizar, según lo enunciado en el considerando 3°, el cumplimiento de los restantes recaudos formales exigibles para que el ejercicio de dicha facultad sea constitucional.

7°) Que en este caso que, como se adelantó en el considerando 4°, se refiere a un decreto dictado con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral Permanente –a la que hace referencia el art. 99, inc. 3° de la Ley Fundamental– se ha producido la intervención legislativa, pues de las previsiones del art. 4° de la ley 25.972 se infiere la voluntad del Congreso Nacional de adoptar el criterio expresado por el Poder Ejecutivo en el decreto 883/02. Tampoco cabe formular objeción alguna al precepto por la materia que aborda –de evidente naturaleza laboral– ya que no se trata de una de las prohibidas por el texto constitucional.

8°) Que, en consecuencia, corresponde evaluar en el *sub examine* la existencia de un estado de necesidad y urgencia. Con ese objeto, cabe recordar que el decreto 883/02 fue dictado en el contexto de acontecimientos políticos, sociales y económicos que dieron lugar a una de las crisis más agudas en la historia contemporánea de nuestro país, hecho público y notorio cuya gravedad fue reconocida por el Tribunal en reiterados pronunciamientos.

Tales acontecimientos condujeron a que el 6 de enero de 2002 el Congreso de la Nación sancionara la ley 25.561 y declarara, en cuanto aquí importa, la emergencia pública en materia social. En ese marco estableció la suspensión por el plazo de ciento ochenta días de los despidos sin causa justificada, prescribiéndose que en caso de producirse los mismos en contravención a lo allí dispuesto, los empleadores deberían abonar a los trabajadores perjudicados el doble de la indemnización que les correspondiese, de conformidad a la legislación laboral vigente (art. 16). El debate parlamentario que precedió al dictado de la ley de emergencia puso de manifiesto que la norma tuvo por objeto preservar el empleo en un contexto económico-social en extremo complejo; con esta previsión se pretendía afrontar la disminución en la demanda laboral que sobrevendría a la crisis (diputado Natale), contribuir al sostenimiento de las fuentes de trabajo (diputado Ubaldini), preservar las fuentes de labor (diputado Castellani) y plantear una red de contención para los trabajadores (diputado Basteiro).

9°) Que el decreto 883/02 fue dictado el 27 de mayo de 2002, cuando ya se estimaba para el primer trimestre de ese año el pico más alto de desempleo y subocupación de la historia estadística argentina, con su consiguiente efecto devastador en el nivel de pobreza e indigencia de los argentinos. Sus considerandos –que evidencian la urgencia que imperaba en el proceso de toma de decisiones públicas para paliar el creciente costo social de la crisis– explican que esta norma se inscribió en el “conjunto de medidas legal y reglamentariamente integradas, que operan durante este período excepcional como un mecanismo regulador del llamado despido arbitrario, en el ámbito del sistema nacional de relaciones laborales (...) En ese sentido, ante decisiones de estas características adoptadas por los empleadores en el marco de la crisis actual, los trabajadores no pueden permanecer inermes, mereciendo adecuada protección de acuerdo al mandato contemplado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional”. En razón de estas circunstancias, y teniendo en cuenta que se agravaba la situación que había obligado al legislador al dictado de tales medidas tuitivas por medio de la ley 25.561, se consideró necesario extender su vigencia por un plazo de 180 días.

En consecuencia, aceptada la situación de grave perturbación económica, social y política que representaba el máximo peligro para el país y la imperativa necesidad de adoptar en ese contexto medidas orientadas a contribuir al sostenimiento de las fuentes de trabajo, cabe concluir que existieron en el *sub lite* –tal como lo postuló el decreto impugnado– las circunstancias fácticas que el art. 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional describe con rigor

de vocabulario (“Verrocchi”, Fallos: 322:1726, considerando 10).

10) Que una vez acreditado el cumplimiento de los recaudos referidos anteriormente, este Tribunal debe finalmente evaluar la razonabilidad de las normas en los términos de la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos en cuanto a su idoneidad, necesidad y/o proporcionalidad, teniendo en cuenta que ese control de constitucionalidad no incluye el examen de conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones (“Andrada” Fallos: 328:1416, y sus citas).

En ese tránsito, cabe recordar que esta Corte, en el precedente “Bercaitz” de Fallos 289:430, afirmó que “el objetivo preeminente de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el bienestar general, lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización”. En función de ello, el análisis del plexo normativo aplicable al caso no puede prescindir de la orientación que marca la máxima *in dubio pro iustitia socialis* dado su carácter de principio inspirador y, por ende, guía de hermenéutica segura de cualquier normativa vinculada con los derechos y garantías laborales y sociales establecidos constitucionalmente.

En el marco de esta interpretación del referido art. 14 bis, no aparece irrazonable que el legislador, en consideración de la crisis profunda y de su consiguiente impacto en el empleo, haya procurado, teniendo en cuenta el principio protectorio, disuadir excepcionalmente –por tiempo determinado– los despidos sin causa, tornándolos –sin prohibirlos– más onerosos, privilegiando así un objetivo de contención social en las apremiantes circunstancias descriptas.

11) Que, por último, con respecto a los planteos vinculados a la validez del art. 4° del decreto 264/02 esta Corte hace suyas las consideraciones realizadas por la Señora Procuradora Fiscal subrogante en el punto IV del dictamen de fs. 201/202 vta., a las cuales se remite.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. – Elena I. Highton de Nolasco. – Juan C. Maqueda.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo modificó el fallo dictado en primera instancia y elevó el monto de la condena monetaria que debía soportar la demandada, sobre la base de considerar constitucionales los decretos 264/02 y 883/02 del Poder Ejecutivo Nacional (fs. 168/176).

Contra esa sentencia la parte demandada interpuso recurso extraordinario (fs. 180/187), que fue bien concedido por el *a quo* con fundamento en el art. 14, inc. 3°, de la ley 48 (fs. 194).

2°) Que en el mencionado recurso extraordinario se sostiene que el decreto 264/02 del P.E.N. es una norma reglamentaria (art. 99, inc. 2°, de la Constitución Nacional) que arbitrariamente desnaturaliza la norma superior que reglamenta (en el caso, la ley 25.561), y que, en el supuesto del decreto 883/02, se trata de un decreto de necesidad y urgencia dictado en violación de la normativa constitucional relativa a ese tipo de normas (art. 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional).

3°) Que, para seguir un orden lógico, corresponde determinar primeramente si, a la fecha del despido del actor –producido el 7 de abril de 2003 (fs. 8 vta. y 48 vta.)– se encontraba vigente la norma (art. 16 de la ley 25.561), según la cual los despidos sin causa justificada quedaban “suspendidos” por 180 días. Ese precepto disponía –a renglón seguido– que, en el caso de producirse despidos de esa clase, los empleadores debían abonar a los trabajadores perjudicados el doble de la indemnización

que les correspondía de acuerdo a la legislación laboral vigente.

El decreto de necesidad y urgencia 883/02 (del 27 de mayo de 2002) prorrogó esa norma por otros 180 días hábiles “contados a partir de su vencimiento originario” (art. 1°) y el *a quo* consideró a dicho decreto “vigente al momento del distracto que motiva las presentes actuaciones” (fs. 170). Debe señalarse que el decreto 662/03 (del 20/3/2003) –también de necesidad y urgencia– prorrogó, en la línea del 883/02, la mentada duplicación indemnizatoria hasta el 30 de junio de 2003.

4°) Que resulta indiscutible que el P.E.N. dictó el decreto 883/02 como decreto de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional). En los considerandos del decreto se menciona que “persiste la situación que obligara al legislador al dictado de las medidas en examen” y se expresa “(q)ue en razón de la urgencia que demanda el dictado del presente, resulta imposible seguir el procedimiento ordinario para la formación y sanción de las leyes”. A continuación se indica “(q)ue la presente medida se dicta en uso de las atribuciones emergentes del artículo 99, inciso 3°, de la CONSTITUCIÓN NACIONAL”. Por fin, el decreto ordena –después de prorrogar el sistema instaurado por el art. 16 de la ley 25.561– dar “cuenta al HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3°, de la CONSTITUCIÓN NACIONAL” (art. 2°).

5°) Que, a la luz de lo expresado en el voto del juez Petracchi en la causa “Verrocchi” (Fallos: 322:1726, 1738), que se da aquí por reproducido, corresponde concluir en la invalidez del decreto de necesidad y urgencia 883/02. En efecto, como se sostuvo en aquel voto, la vía establecida en el art. 99, inc. 3° de la Constitución Nacional, exigía que el Congreso sancionara la “ley especial” que hiciera operativo el articulado, sin que correspondiese discutir las bondades del criterio elegido, pues el Tribunal sólo debía atender a su significado y a sus consecuencias. Hasta que no fue sancionada la ley que reclamaba el art. 99, inc. 3° de la Constitución Nacional, no podía cumplirse con la “subetapa” legislativa prevista por aquélla y ello determinaba la imposibilidad de recurrir a esos remedios de excepción que son los decretos de necesidad y urgencia.

Como se sabe, sólo en el año 2006 fue sancionada la ley especial que la Constitución exigía –que lleva el n° 26.122– razón por la cual el decreto de necesidad y urgencia 883/02 es insanablemente nulo.

6°) Que, con relación a lo invocado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, cuando expresa que la ley 25.972 (promulgada el 15/12/04) –y que en su art. 4° prorroga la “suspensión” de despidos dispuesta por el art. 16 de la ley 25.561– convalidaría todo lo obrado hasta entonces por el Poder Ejecutivo, el argumento es inaceptable. En efecto, tal como se expresó en la causa “Zofracor SA c/ Estado Nacional” (Fallos: 325:2394, 2429, disidencia del juez Petracchi), cuando sobreviene una ley del Congreso que “ratifica” un decreto de necesidad y urgencia que –por las razones señaladas *supra*– era nulo, tal voluntad legislativa de asumir los contenidos del decreto en cuestión, sólo tiene una virtualidad exclusiva hacia el futuro (*ex nunc*). Esa ley es, en cambio, totalmente estéril para dar vida retroactivamente (*ex tunc*) al decreto que es nulo. Por esa razón, sólo a partir de la sanción de la ley “ratificadora” o “convalidadora” (en nuestro caso, según se alega, la ley 25.972), regiría, de allí en más, una normativa como la que intentaba plasmar el decreto nulo.

7°) Que, consiguientemente, corresponde acoger el agravio de la demandada y, por lo tanto, declarar la inconstitucionalidad del decreto 883/02, que, según la cámara, regía el despido del actor. Lo decidido hace innecesario considerar el agravio que apunta a la inconstitucionalidad del art. 4° del decreto 264/02, por cuanto esta norma concierne a la extensión de la duplicación de la indemnización prescripta por el art. 16 de la ley 25.561, que –por lo decidido precedentemente– no estaba vigente al momento del despido de autos.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara procedente el recurso extraordinario de fs. 180/187 y se revoca la sentencia apelada, con el alcance indicado precedentemente. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto.

Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. – Enrique S. Petracchi.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

*Autos y Vistos:*

1º) La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo modificó la sentencia de primera instancia y elevó el monto de la condena que debía soportar la empresa demandada por el despido sin causa del actor, sobre la base de lo establecido en el art. 16 de la ley 25.561 y por considerar constitucionales los decretos del Poder Ejecutivo Nacional 264/02 –que reglamenta la mencionada ley– y 883/02 –que prorroga su vigencia– (fs. 168/176).

Contra dicho pronunciamiento la parte demandada interpuso recurso extraordinario federal (fs. 180/187). El recurrente alega que el art. 4º del decreto 264/02 del P.E.N., dictado en uso de las facultades establecidas en el art. 99, inc. 2º, de la Constitución Nacional, desnaturaliza la norma superior que reglamenta –art. 16 de la ley 25.561–, y que, el 883/02 es un decreto de necesidad y urgencia dictado en violación de los requisitos constitucionales que se exigen para ese tipo de normas (art. 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional).

2º) Entiendo que el recurso extraordinario ha sido correctamente concedido en los términos del art. 14, inc. 3º, de la ley 48, toda vez que en el pleito se encuentra en debate la inteligencia de normas de carácter federal (art. 99 de la Constitución Nacional, incs. 2º y 3º y art. 16 de la ley 25.561) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que la recurrente funda en ellas.

3º) En primer lugar, corresponde analizar el agravio referido a la nulidad del decreto 883/02 –que el *a quo* consideró “vigente al momento del distracto que motiva las presentes actuaciones”–, en tanto ello va a definir si, a la fecha del despido del actor –producido el 7 de abril de 2003 (fs. 8 vta. y 48 vta.)–, se encontraba vigente el art. 16 de la ley 25.561 (del 6 de enero de 2002). Además, porque de acuerdo a lo que diré a continuación, resultará innecesario considerar el otro agravio del recurrente que apunta a la invalidez del decreto 264/02.

En lo que aquí interesa, el art. 16 de la ley 25.561 estableció que, por el plazo de 180 días, quedaban suspendidos los despidos sin causa justificada y que, en el supuesto de producirse despidos de esa clase, los empleadores debían abonar a los trabajadores el doble de la indemnización que les correspondiese de acuerdo con la legislación laboral vigente.

Lo cierto es que, antes de que transcurriera dicho lapso, a través del decreto 883/02, el Poder Ejecutivo dispuso prorrogar la norma en cuestión por otros 180 días hábiles administrativos “contados a partir de su vencimiento originario” (art. 1º)<sup>(1)</sup>.

4º) No se encuentra controvertido que el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 883/02 como decreto de necesidad y urgencia. En efecto, en sus considerandos se menciona que “persiste la situación que obligara al legislador al dictado de las medidas en examen” y “que en razón de la urgencia que demanda el dictado del presente, resulta imposible seguir el procedimiento ordinario para la formación y sanción de las leyes”. A continuación, se invoca la facultad prevista en el art. 99, inc. 3º de la Constitución Nacional y, finalmente, se ordena dar cuenta al Congreso de la Nación.

5º) En cuanto a la validez de los decretos de necesidad y urgencia, resulta oportuno reiterar las consideraciones expresadas en mi voto correspondiente a la sentencia dictada el 19 de mayo de 2010, en la causa “Consumidores Argentinos” (Fallos: 333:633).

En tal sentido, cabe recordar que los constituyentes de 1994 tomaron la decisión de, por una parte, hacer expreso el principio general contrario al ejercicio de facultades

(1) En esta misma línea, se dictaron los decretos de necesidad y urgencia n° 662/03; 256/03; 1351/03; 369/04 y 823/04 que prorrogaron, sucesivamente, la mentada duplicación indemnizatoria hasta el 31 de diciembre de 2004. En fecha 15 de diciembre de 2004, fue promulgada la ley n° 25.972, cuyo art. 4º, dispone que “Prorrógase la suspensión de los despidos sin causa justificada dispuesta por el artículo 16 de la Ley N° 25.561 y sus modificatorias, hasta que la tasa de desocupación elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y Censo (INDEC) resulte inferior al diez por ciento 10%...”, etcétera.

legislativas por el Presidente como una práctica normal y, por la otra, de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí puede tener lugar. La definición de la regla general y de los casos excepcionales en el mismo texto constitucional, así como el procedimiento que finalmente se adoptó para asegurar el adecuado funcionamiento de ambos, es el correlato de dos objetivos básicos que rigieron la deliberación constituyente: la atenuación del presidencialismo y la mayor eficacia en el funcionamiento del gobierno federal (conf. Fallos: 331:2406, considerando 9º).

Hasta aquel entonces, la Constitución Nacional no contenía una prohibición expresa contra el uso de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo Nacional y tales atribuciones, bajo ciertas condiciones, fueron admitidas por esta Corte en el conocido caso “Peralta” (Fallos: 313:1513). Sin embargo, la Convención Reformadora que modificó la Constitución Nacional decidió dejar plasmado en su texto un criterio opuesto al seguido en “Peralta”.

Como ya lo he expresado al expedirme en el precedente “Massa” (Fallos: 329:5917), el art. 99, inc. 3º, segundo párrafo, de la Constitución Nacional, establece la siguiente prohibición general: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. El Presidente, por ser el funcionario que desempeña el Poder Ejecutivo (art. 87 de la Constitución Nacional) está especialmente alcanzado por esta prohibición.

Por lo tanto, cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse *prima facie* inconstitucional, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes sentada, a saber, la descrita en los dos párrafos siguientes del art. 99, inc. 3º:

“Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”.

“El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

6º) De acuerdo con lo dicho en el considerando 4º, está fuera de toda controversia que el decreto 883/02 se trata de una disposición de carácter legislativo, lo cual por otro lado es patente si se tiene en cuenta que alteró la normal aplicación de las reglas establecidas por la Ley de Contrato de Trabajo para la cesación del vínculo laboral por despido injustificado.

Ahora bien, en el presente caso y luego del dictado del decreto 883/02 no tuvo lugar nada similar al procedimiento legislativo previsto en el tercer y cuarto párrafos del art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional y, por lo tanto, no hubo pronunciamiento oportuno por parte de las Cámaras del Congreso.

Respecto a esto último, no se me escapa que por la época del decreto 883/02, el Congreso no había dictado ninguna disposición organizando el funcionamiento de la Comisión Bicameral mencionada en el art. 99, inc. 3º de la Constitución, situación que se mantuvo hasta que en el año 2006 entró en vigencia la ley 26.122. Tengo también presente la opinión según la cual esta demora del Congreso habría habilitado al Presidente para dictar decretos de necesidad y urgencia sin seguir el procedimiento constitucional, pues lo contrario implicaría acordar a uno de los poderes (el Legislativo) la posibilidad de bloquear indefinidamente el ejercicio de una atribución que es propia de otro poder (el Ejecutivo). (Fallos: 320:2851 “Rodríguez”,

considerando 13 y Fallos: 322:1726, “Verrocchi”, disidencia de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López, especialmente considerandos 8º y 9º).

Dada la aceptación que ha ganado este argumento, diré brevemente por qué creo que no es plausible.

Ante la ausencia de la ley reglamentaria mencionada en el art. 99, inc. 3º, de la Constitución, dos estándares distintos pueden adoptarse como base para juzgar sobre la validez de las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente, conocidas como “decretos de necesidad y urgencia”, a saber, o bien uno que parte de la presunción de constitucionalidad o, por el contrario, otro que presume su inconstitucionalidad. El primero se apoya en el supuesto cumplimiento de la norma excepcional permisiva (art. 99, inc. 3º, párrafos tercero y cuarto), mientras que el segundo se apoya en el desconocimiento del principio general prohibitivo (art. 99, inc. 3º, párrafo segundo). Ambas posiciones tienen sus implicancias: la primera, que el Congreso, mediante una demora indefinida en dictar la ley reglamentaria, tendría la posibilidad de transformar la excepción en regla y, de ese modo, acordar al Presidente una amplitud de atribuciones que la Constitución quiso negarle; la segunda, que, mediante esa misma demora, el Congreso logre la cancelación o restricción máxima de las atribuciones excepcionales acordadas al Presidente.

Como puede apreciarse, no hay opciones libres de implicancias y es en ese contexto que me inclino por tomar como punto de partida el sistema constitucional tal como fue creado: si el ejercicio de la función legislativa por el Presidente está condicionado al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 99, inc. 3º, tercer y cuarto párrafo de la Constitución, y *no se ha probado en el caso que dicha condición se haya cumplido*, entonces las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente no consiguen superar la pena establecida por la misma Constitución, esto es, su nulidad absoluta e insanable.

Esta es la decisión que entiendo más acorde con los propósitos que inspiraron la acción de la Convención Nacional Constituyente de 1994. Por otra parte, una demora legislativa no era del todo imprevisible para el constituyente, si se tiene en cuenta que no fijó plazo alguno para la sanción de la ley reglamentaria –como sí lo hizo en otros temas– y la sometió a una mayoría calificada que es, obviamente, más difícil de alcanzar. No puede decirse lo mismo de la interpretación con la cual discrepo, que desemboca en una continuidad sin mayores cambios del estado de cosas reinante hasta 1994, como si nunca hubiese habido una Convención Constituyente que sancionó normas constitucionales con el fin de atenuar el presidencialismo; atenuación que sólo puede ser entendida en relación a la situación anterior.

Finalmente, debe apuntarse que, según mi opinión, el argumento propuesto por la señora Procuradora Fiscal subrogante no consigue revertir la referida presunción de inconstitucionalidad, en la medida que atribuye a una hipotética ratificación implícita, contenida en una ley dictada más de dos años después (ley 25.972, del 15 de diciembre de 2004), el mismo efecto que el art. 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional otorga al tratamiento expreso e “inmediato” por ambas salas del Congreso. La mencionada ley prorroga la suspensión de los despidos, pero nada dice sobre lo actuado con anterioridad por el Poder Ejecutivo. Debe recordarse que el criterio seguido por la Constitución al crear el procedimiento de revisión de los decretos de necesidad y urgencia, pretende mucho más que la sola aprobación o rechazo por el Congreso (Fallos: 329:5913, 5937, voto de la jueza Argibay).

En consecuencia, no habiéndose cumplido con el mecanismo constitucional propio de la excepción, el decreto 883/02 debe reputarse dictado en transgresión al principio general establecido en el art. 99, inc. 3º, segundo párrafo, de la Constitución Nacional.

7º) Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al agravio de la demandada y declarar que el decreto 883/02, que regía –según la Alzada– el despido del actor, es absoluta e insanablemente nulo en los términos del art. 99, inc. 3º, segundo párrafo, de la Constitución Nacional. Lo decidido hace innecesario considerar el agravio que apunta a la invalidez del art. 4º del decreto 264/02, por cuanto esta norma concierne a la extensión de la duplicación de la indemnización prescripta por el art. 16 de la ley 25.561, que, por lo dicho, no estaba vigente al momento del despido de autos.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara procedente el recurso extraordinario de fs. 180/187 y se revoca la sentencia apelada, con el alcance indicado precedentemente. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. – *Carmen M. Argibay.*

## Servicios Públicos:

Servicio de gas natural: cargos específicos para la realización de obras de infraestructura; resoluciones 2008/06 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y 3689/07 del Ente Nacional Regulador del Gas; validez; audiencia pública; convocatoria; ausencia de necesidad; ley 24.076; precedente “Establecimiento Liniers S.A.” de la CS; remisión.

1 – *Las resoluciones 2008/06 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y 3689/07 del Ente Nacional Regulador del Gas, en cuanto definen los cargos específicos para solventar las obras de ampliación de la infraestructura energética sin que sea imperativo convocar a audiencia pública con anterioridad a su dictado, no pueden ser tildadas de arbitrarias, pues no se configura nítidamente ninguna de las circunstancias reguladas en la ley 24.076 que requiera la obligatoriedad de la convocatoria a dicha audiencia. En efecto, esta última se encuentra prevista en la norma señalada para aquellos casos que, de algún modo, provocan una modificación en la remuneración de los concesionarios de los servicios; situación diferente del caso sub examine, en el cual –como dijo la Corte Suprema en la causa “Establecimiento Liniers”– los cargos específicos, aun cuando tienen naturaleza tarifaria, no remuneran a los transportistas y distribuidores, sino que están destinados a obras de infraestructura no contempladas en los contratos respectivos.*

2 – *Con relación a la naturaleza jurídica de los cargos específicos para la realización de obras de infraestructura energética y a la constitucionalidad de la ley 26.095, corresponde remitirse a lo resuelto por el Tribunal el 11 de junio de 2013, en la causa “Establecimiento Liniers S.A. c. EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación - resol. 2008/06 y otros s/amparo ley 16.986”.*

3 – *Sobre la base de efectuar una interpretación armónica e integrativa de las normas en juego, y toda vez que el decreto 1216/06, reglamentario de la ley 26.095, en su art. 4º, establece un reenvío a “las normas aplicables a cada segmento de la industria alcanzado por la ley 26.095”, cabe concluir que las resoluciones 2008/06 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y 3689/07 del Ente Nacional Regulador del Gas –en cuanto definen los cargos específicos para solventar las obras de ampliación de la infraestructura energética, sin que sea imperativo convocar a audiencia pública con anterioridad a su dictado– no aparecen como manifiestamente ilegales o arbitrarias, ya que las industrias afectadas por la creación de los cargos específicos son aquellas cuyos marcos regulatorios fueron aprobados por las leyes 24.065, 24.076 y 26.020, de los que no surge la obligatoriedad de realizar audiencias públicas con carácter previo al establecimiento de aquellos (del dictamen de la PROCURADORA FISCAL que la Corte comparte y hace suyo). R.C.*

895 – CS, julio 15-2014. – S., D. c. EN - ley 26.095 - Mº de Planificación - resol. 2008/06 y otro s/amparo ley 16.986 (S. 537.XLV).

DICTAMEN DE LA PROCURADORA FISCAL ANTE LA CORTE: I. A fs. 192/198 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala I), por mayoría, confirmó parcialmente lo decidido por la jueza de primera instancia que hizo lugar al amparo entablado por D. S. contra el Estado Nacional en lo que se refiere a la invalidez de las resoluciones 2008/06 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y 3689/07 del Ente Nacional Regulador del

Gas (ENARGAS) por haber sido dictadas omitiendo la convocatoria a la audiencia pública prevista en el decreto 1216/06.

Para así resolver, el juez Pedro Coviello –quien conformó la mayoría–, remitió al voto que había emitido en adhesión al del doctor Buján en las sentencias del 8 de agosto de 2008 dictadas por la Sala I de la misma Cámara en las causas “INTA S.A.” y “Establecimiento Liniers”, donde ambos consideraron admisibles las acciones de amparo planteadas vía idónea para demandar y sostuvieron que los cargos específicos creados por la ley 26.095 constituían un componente de la tarifa y, por lo tanto, carecían de naturaleza tributaria.

Aquel magistrado señaló, sin embargo, que, a diferencia de esos casos, en la presente causa existía la particularidad del cuestionamiento puntual a la falta de audiencia pública –prevista en el decreto 1216/06– que había efectuado el actor en el escrito de inicio y en las contestaciones de agravios a los recursos de apelación del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) y del Estado Nacional.

Con relación a tal planteo, puntualizó que el Poder Ejecutivo Nacional se autolimitó en el ejercicio de sus potestades, al instruir al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios para que, por intermedio de la Secretaría de Energía o de los Entes Reguladores, convocara a una audiencia pública con el objeto de fijar el valor de los cargos específicos cuando las normas aplicables a cada segmento de la industria alcanzado por dicha ley así lo requiriese (art. 5º del decreto 1216/06 –reglamentario de la ley 26.095–). Por ese motivo, entendió lógico que el Poder Ejecutivo se desligara de tal autolimitación dictando otra norma que la derogara.

Puso de relieve, además, que aun cuando el art. 42 de la Constitución Nacional no instituyó, en rigor, el procedimiento de la audiencia pública –sino la necesidad de una modalidad de participación que podría reclamarse a las autoridades, fuera o no de esa manera–, si la norma infraconstitucional estatuye una forma de participación ciudadana especificada como tal, resulta imperativo sujetarse a ella.

En ese sentido, consideró que era manifiesto que el Poder Ejecutivo había optado, en el marco del ejercicio de una potestad propia, por disponer que se realizara dicha audiencia, la que se justificaba, según los considerandos del decreto 1216/06, en la necesidad de incrementar el nivel de protección de los usuarios y, en concordancia con lo previsto en la ley 25.152, para promover la participación ciudadana.

Por ello, sostuvo que, al constituir la audiencia pública uno de los procedimientos esenciales y sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico (art. 7º, inc. f, de la ley 19.549), no era posible que un órgano subordinado al Poder Ejecutivo dejara de observar la orden expresa de aplicar una forma predeterminada antes de establecer el valor de los cargos fijos, motivo por el cual declaró, por haberse violado el procedimiento esencial imperativamente previsto en la norma reglamentaria, la nulidad de las resoluciones MPFIPyS 2008/06 y ENARGAS 3689/07 (art. 14, inc. b, de la ley 19.549).

El doctor Jorge Morán, por el contrario, estimó –remitiendo al fallo que había dictado en una cuestión análoga a la presente– que correspondía revocar la sentencia apelada y desestimar la acción de amparo deducida por resultar improcedente dicha vía.

Por su parte, el doctor Galli, en lo pertinente, dijo que el recaudo previsto en el art. 5º del decreto 1216/06 de convocar a una audiencia pública resultaba insoslayable y esencial para la validez de la tarifa en cuestión.

Ello es así –argumentó–, toda vez que la celebración de la audiencia pública no sólo importa una garantía de razonabilidad para el usuario y un instrumento idóneo para la defensa de sus derechos, al igual que un mecanismo de formación de consenso de la opinión pública, garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder, sino también una vía con la que pueden contar los usuarios para ejercer su derecho de participación en los términos previstos en el art. 43 de la Constitución Nacional.

II. Contra tal pronunciamiento, el Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y el ENARGAS dedujeron los recursos extraordinarios de fs. 203/222 y 224/265, los que fueron concedi-

dos a fs. 292 por debatirse acerca de la validez y alcance de disposiciones federales, en tanto fue denegado el recurso del Estado Nacional por la causal de arbitrariedad sin que este último dedujera la pertinente queja.

El Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios en su recurso extraordinario de fs. 203/222 alegó que: (i) la sentencia es arbitraria por estar indebidamente fundada y ser autocontradictoria; (ii) la materia debatida trasciende el interés público, toda vez que lo resuelto afecta a toda la comunidad al propiciar el desfinanciamiento de una obra de infraestructura energética cuya ejecución es necesaria para el desarrollo de la actividad industrial; (iii) la cuestión planteada no es de aquellas que requieran el cumplimiento de audiencia pública; (iv) la convocatoria resulta innecesaria dado que el legislador fijó especialmente que el valor de los cargos debe ser ponderado de acuerdo con la magnitud de la inversión que demanda la obra; (v) la ley 24.076 no es aplicable por cuanto el régimen de cargos específicos constituye un sistema autónomo que se rige por su propia normativa; (vi) la ley 26.095 no ha fijado la obligación de la audiencia pública como presupuesto para la aplicación del cargo y el art. 5º del decreto 1216/06, aun cuando alude a la convocatoria de una audiencia pública en aquellos casos en que las normas aplicables a cada segmento de la industria alcanzado por aquella ley así lo requiera no varía la solución, pues en la ley 24.076 la audiencia pública no es una etapa obligada como regla general para todas las cuestiones donde interviene el ENARGAS sino que, por el contrario, tiene carácter excepcional y por dicha razón, salvo los casos taxativamente previstos, en los demás supuestos la decisión de convocarla depende de un juicio de oportunidad, mérito y conveniencia que concierne al ente regulador, y (vii) la audiencia pública es uno de los cauces posibles para el ejercicio de los derechos previstos en el art. 42 de la Constitución Nacional y ante la ausencia de norma que exija la convocatoria ésta no es obligatoria.

Por su parte, el ENARGAS, en el recurso extraordinario de fs. 224/265 sostuvo que: (i) en la sentencia se declara la invalidez de las resoluciones del MPFIPyS 2008/06 y del ENARGAS 3689/07 sin efectuar un análisis completo, profundo y abarcador de todos los temas que fueron objeto del recurso planteado contra la decisión de primera instancia; (ii) en los distintos votos del pronunciamiento se esgrimen argumentos contradictorios aunque forzosamente ajustados entre sí para poder conformar la mayoría necesaria a los efectos de la sentencia definitiva; (iii) como consecuencia de dicha resolución se pone en riesgo el financiamiento y la continuidad de las obras de ampliación de capacidad de transporte, de la cual se beneficia toda la población y se frustra el desarrollo del plan energético a nivel nacional y (iv) los magistrados se han colocado por encima de los poderes Legislativo y Ejecutivo al imposibilitarles a estos últimos la misión de impedir que el país se aproxime a una crisis energética.

III. Ante todo, estimo que los recursos interpuestos son formalmente admisibles, toda vez que se halla en tela de juicio la inteligencia de normas federales y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido adversa a la pretensión que los recurrentes fundaron en ellas (art. 14, inc. 3º, ley 48).

Es preciso resaltar que, en ese sentido, al encontrarse en discusión el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros), circunstancia que impone examinar la interpretación que realizó el juzgador de las normas aplicables al litigio.

IV. De modo preliminar, corresponde destacar que esta Procuración se pronunció sobre la naturaleza jurídica de los cargos específicos y la constitucionalidad de la ley 26.095 en el dictamen de fecha 4 de agosto de este año en la causa E.280.XLIV, “Establecimiento Liniers S.A. c/ Estado Nacional - Ley 26.095 - Ministerio de Planificación - Resol. 2008/06 y otros s/ amparo ley 16.986”, a cuyos fundamentos y conclusiones, en lo que fueren aplicables a este caso, cabe remitir por razón de brevedad.

Sentado lo expuesto corresponde examinar, a la luz de los agravios esgrimidos en los recursos planteados, si

la sentencia recurrida se ajusta a derecho en cuanto hace lugar a la pretensión del actor que cuestiona la legitimidad de las resoluciones MPFIPyS 2008/06 y ENARGAS 3689/07, sobre la base de resultar lesiva al principio del debido proceso, la omisión de convocar la audiencia pública –en los términos en que lo prevé el decreto 1216/06– como paso previo a fijar los cargos específicos.

Corresponde tener presente que el amparo es un proceso excepcional, como lo ha declarado reiteradamente el Tribunal en conocidos precedentes, entre los que cabe mencionar, entre muchos otros, el de Fallos: 306:1253 y sus numerosas citas. Se dijo allí –doctrina que no ha sido modificada por la reforma constitucional de 1994– que si el acto u omisión se sustentan en una norma general –ley, decreto, ordenanza, etc.– no exhibe, como regla, arbitrariedad o ilegalidad notorias.

En mi opinión se configura en esta causa el supuesto al que se ha aludido en último término, desde que las resoluciones 2008/06 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios –que aprobó lo actuado por la Secretaría de Energía y el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) en relación a los cargos específicos establecidos en la ley 26.095 destinados a reparar las obras de ampliación de la capacidad de transporte de gas natural 2006-2008– y 3689/07 del ENARGAS –que establece los cargos específicos definitivos de conformidad con la resolución anterior– se sustentan en las disposiciones de la ley 26.095.

En efecto, el Poder Ejecutivo, por el decreto 1216/06, reglamentario de la ley 26.095, dispuso, a los fines del art. 4º de este ordenamiento legal, que el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, con la asistencia técnica de la Secretaría de Energía y de los respectivos Entes Reguladores, fijaría el valor y el correspondiente ajuste de los cargos con afectación específica al desarrollo de los proyectos de infraestructura a fin de atender el repago de las inversiones y cualquier otra erogación que se devengue con motivo de la ejecución de las aludidas obras (art. 4º) y para tal efecto instruyó a dicho Ministerio con el fin de que, por intermedio de la Secretaría de Energía o de los Entes Reguladores en aquellos casos que las normas aplicables a cada segmento de la industria alcanzado por la ley 26.095 así lo requiriese, convocara a una audiencia pública, la que debía celebrarse previamente a la fijación del valor de los cargos específicos conforme a lo dispuesto en el artículo anterior (art. 5º).

De tal modo, y sobre la base de efectuar una interpretación armónica e integrativa de las normas en juego, y toda vez que el decreto citado, en su art. 4º, establece un reenvío a “las normas aplicables a cada segmento de la industria alcanzado por la ley 26.095”, las resoluciones impugnadas no aparecen como manifiestamente ilegales o arbitrarias, ya que las industrias afectadas por la creación de los cargos específicos son aquellas cuyos marcos regulatorios fueron aprobados por las leyes 24.065, 24.076 y 26.020, de los que no surge la obligatoriedad de realizar audiencias públicas con carácter previo al establecimiento de aquéllos. En efecto, la primera, en lo que hace a tarifas (que es en lo que en el caso nos interesa), sólo requiere la celebración de aquélla en los supuestos de los arts. 46 y 48, que la exigen cuando los transportistas y distribuidores soliciten al ENRE las modificaciones tarifarias que consideren necesarias, si su pedido se basa en circunstancias objetivas y justificadas, y cuando, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o por denuncia de particulares, el ente considere que existen motivos razonables para alegar que la tarifa de un transportista o distribuidor es injusta, irrazonable, indebidamente discriminatoria o preferencial. La ley 24.076, por su parte, en términos similares, la impone en sus arts. 46, cuando los transportistas, distribuidores y consumidores soliciten al ENARGAS las modificaciones de tarifas, cargos, precios máximos, clasificaciones o servicios establecidos de acuerdo con los términos de la habilitación que consideren necesarios si su pedido se basa en circunstancias objetivas y justificadas, y 47, en los casos en que el mismo ente considere, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o denuncias de particulares, que existen motivos para considerar que una tarifa, cargo, clasificación o servicio de un transportista o distribuidor es inadecuado, indebidamente discriminatorio o preferencial. La tercera ley no hace referencia alguna a audiencias públicas. De la lectura de todas estas disposiciones se advierte que no se configura ninguna de las

circunstancias claramente reguladas en las leyes para que se requiera la obligatoriedad de la audiencia. En efecto, esta última se encuentra prevista en las normas señaladas para aquellos casos en los que, de algún modo, implican una modificación en la remuneración de los concesionarios de los servicios, situación completamente diferente al caso *sub examine* en el cual –como se dijo en el dictamen de la causa “Establecimientos Liniers” indicado– los cargos específicos aun cuando tienen naturaleza tarifaria no remuneran la prestación del servicio sino que están destinados a obras de infraestructura no contemplados en los contratos respectivos. Por lo demás, el art. 4º de la ley 26.095 dispuso que el valor de los cargos específicos debe ponderarse de acuerdo a la magnitud de la inversión que demanda la obra y estableció, a los fines de fiscalizar tales inversiones, un mecanismo de control legislativo, mediante la presentación ante ambas Cámaras del Congreso de un informe trimestral (art. 8º).

Procede señalar, finalmente, que no corresponde al Poder Judicial pronunciarse sobre las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por otros poderes del Estado para adoptar las decisiones que les son propias (por ejemplo, decidir discrecionalmente si utilizan el procedimiento de audiencia pública en casos en los que no existe norma legal que la requiera). Las resoluciones impugnadas, en cuanto definen los cargos específicos para solventar las obras de ampliación de infraestructura energética sin que sea imperativo convocar a audiencia pública con anterioridad a su establecimiento, y mantienen el sistema de control de las Cámaras del Congreso de la Nación sobre la conformación y aplicación de aquéllos, no pueden ser tildadas de manifiestamente ilegítimas y arbitrarias, en los términos que exige la Constitución Nacional y la ley 16.986 para la procedencia del amparo.

Por lo hasta aquí expuesto, opino que corresponde hacer lugar a los recursos extraordinarios y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 26 de noviembre de 2010. – *Laura M. Monti*.

Buenos Aires, 15 de julio de 2014

Vistos los autos: “S., D. c/ EN - ley 26.095 - Mº de Planificación - resol. 2008/06 y otro s/amparo ley 16.986”.

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia sólo en cuanto había declarado la invalidez de las resoluciones 2008/06 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y 3689/07 del Ente Nacional Regulador del Gas, por haber sido dictadas sin que se hubiera convocado a la audiencia pública prevista en el decreto 1216/06.

2º) Que contra dicha sentencia el Estado Nacional y el Ente Nacional Regulador del Gas interpusieron los recursos extraordinarios de fs. 205/222 vta. y 228/265 respectivamente, que fueron bien concedidos por el *a quo* en cuanto en ellos se ha puesto en tela de juicio la validez y el alcance de disposiciones de índole federal. Cabe señalar que el recurso del Estado Nacional fue denegado parcialmente, en tanto se tachaba de arbitraria a la sentencia, sin que se hubiera interpuesto queja por tal motivo.

3º) Que con relación a la naturaleza jurídica de los cargos específicos y a la constitucionalidad de la ley 26.095, corresponde remitirse a lo resuelto por el Tribunal, el 11 de junio de 2013, en la causa E.280.XLIV “Establecimiento Liniers S.A. c/ EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación - resol. 2008/06 y otros s/amparo ley 16.986”.

4º) Que, en cuanto al agravio referente a la falta de convocatoria a una audiencia pública, cabe destacar que el decreto 1216/06, reglamentario de la ley 26.095, dispuso que el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios –con la asistencia técnica de la Secretaría de Energía y de los respectivos Entes Reguladores– fijaría el valor y el correspondiente ajuste de los cargos con afectación específica al desarrollo de los proyectos de infraestructura, a fin de atender al repago de las inversiones y cualquier otra erogación que se devengara con motivo de la ejecución de las aludidas obras (art. 4º). A tales efectos, instruyó a dicho Ministerio para que, por intermedio de la

Secretaría de Energía o de los Entes Reguladores, en aquellos casos en que las normas aplicables a cada segmento de la industria alcanzado por la ley 26.095 así lo requiriesen, convocara a una audiencia pública, la cual debía celebrarse previamente a la fijación del valor de los cargos específicos (art. 5º).

5º) Que, por su parte y en lo que al caso interesa, la ley 24.076 impone la obligación de realizar una audiencia pública cuando los transportistas, distribuidores y consumidores soliciten al ENARGAS las modificaciones de tarifas, cargos, precios máximos, clasificaciones o servicios establecidos de acuerdo con los términos de la habilitación, que consideren necesarias (art. 46), y en los casos en que el ente considere, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o denuncias particulares, que existen motivos para considerar que una tarifa, cargo, clasificación o servicio de un transportista o distribuidor es inadecuado, indebidamente discriminatorio o preferencial (art. 47).

6º) Que de lo expuesto se advierte que no se configura nítidamente ninguna de las circunstancias reguladas en la ley 24.076 que requiera la obligatoriedad de la convocatoria a la audiencia pública. En efecto, esta última se encuentra prevista en la norma señalada para aquellos casos que, de algún modo, provocan una modificación en la remuneración de los concesionarios de los servicios; situación diferente al caso *sub examine* en el cual –como se dijo en la causa “Establecimiento Liniers”–, los cargos específicos, aun cuando tienen naturaleza tarifaria, no remuneran a los transportistas y distribuidores sino que están destinados a obras de infraestructura no contempladas en los contratos respectivos.

7º) Que, en consecuencia, las resoluciones impugnadas, en cuanto definen los cargos específicos para solventar las obras de ampliación de la infraestructura energética, sin que sea imperativo convocar a audiencia pública con anterioridad a su dictado, no pueden ser tildadas de arbitrarias.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se revoca la sentencia apelada. Con costas por su orden. Notifíquese y remítase. – *Ricardo L. Lorenzetti*. – *Elena I. Highton de Nolasco*. – *Carlos S. Fayt*. – *Enrique S. Petracchi*.

## Recurso Extraordinario:

Procedencia: sentencia arbitraria; afirmaciones dogmáticas; Dirección Nacional de Comercio Interior; imposición de multa; desproporción del monto; empresa prestataria de servicios de televisión por cable; infracción a la obligación impuesta en el art. 21 de la ley 22.802.

*Corresponde declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia de Cámara que confirmó la disposición 697/10 dictada por el Director Nacional de Comercio Interior, que impuso a una empresa prestataria de servicios de televisión por cable una multa por no haber presentado toda la información que oportunamente se le requirió, infringiendo así la obligación impuesta en el art. 21 de la ley 22.802, pues resultan procedentes tanto el agravio relativo a la desproporción del monto de la multa como las objeciones acerca de la vinculación entre el requerimiento de información y la conducta violatoria de la ley 22.802 imputada. Ello es así, pues el tribunal de alzada no ha dado adecuado tratamiento a estos planteos de acuerdo con las constancias de la causa y la normativa aplicable, de forma tal que la decisión se basa en afirmaciones dogmáticas que ostentan solo un fundamento aparente, al ser pasible de la tacha de arbitrariedad en tanto media relación directa e inmediata entre lo decidido y las garantías constitucionales que la recurrente dice vulneradas (art. 15, ley 48).* M.A.R.

896 – CS, febrero 19-2015. – Cablevisión S.A. c. DNCI - disp. 697/10 s/queja (GSJ 512/2012 [48-C]-R.H.).

Buenos Aires, 19 de febrero de 2015

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Cablevisión S.A. c/ DNCI - disp. 697/10 s/ queja”, para decidir sobre su procedencia.

*Considerando:*

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la disposición 697/10 dictada por el Director Nacional de Comercio Interior, que impuso a Cablevisión S.A. una multa de \$ 500.000 por no haber presentado toda la información que oportunamente se le requirió, infringiendo así la obligación impuesta en el artículo 21 de la ley 22.802. Contra esta sentencia, la sancionada interpuso el recurso extraordinario cuya denegación origina la presente queja.

2º) Que los agravios del apelante relacionados con la intimación en los términos del artículo 14, inciso c, de la ley 22.802, remiten a elementos de hecho, prueba y derecho procesal, propios de los jueces de la causa y, ajenos, a la instancia de excepción (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por el contrario, resultan procedentes tanto el agravio relativo a la desproporción del monto de la multa, como las objeciones acerca de la vinculación entre el requerimiento de información y la conducta violatoria de la ley 22.802 imputada. Ello es así, pues el tribunal de alzada no ha dado adecuado tratamiento a estos planteos de acuerdo con las constancias de la causa y la normativa aplicable, de forma tal que la decisión se basa en afirmaciones dogmáticas que ostentan sólo un fundamento aparente (Fallos: 323:2314; 330:372, entre otros).

3º) Que Cablevisión S.A. sostuvo, por un lado, que el monto de la multa era desproporcionado e irrazonable y, por otro, que el Director Nacional de Comercio Interior le había requerido documentación que la empresa no poseía y que no tenía relación alguna con el objeto de investigación. Asimismo, destacó que el organismo administrativo había impuesto la sanción sin haber tenido en cuenta las explicaciones de Cablevisión en el sentido de que el requerimiento era, además de ilegítimo, de cumplimiento imposible.

4º) Que el *a quo* no dio una respuesta fundada a los planteos mencionados. Se limitó a afirmar, en forma dogmática, que “era indispensable la documentación requerida a fin de que, posteriormente, se sustanciara la denuncia”; que el requerimiento de información –y sus reiteraciones– (...) fue correctamente formulado según las atribuciones consignadas en el inc. c del art. 14 de la ley 22.802; y que Cablevisión no acompañó toda la documentación requerida.

En cuanto al alegado monto excesivo de la multa, los jueces sólo manifestaron que “la omisión de acompañar la documentación solicitada redundó negativamente en el impulso del trámite de [la] (...) denuncia (...) en el cual estaban comprometidos tanto los derechos de los competidores como, asimismo, de los consumidores con relación a la publicidad de un servicio”.

5º) Que las expresiones transcriptas, por su generalidad y dogmatismo, no alcanzan a sustentar el pronunciamiento, que, por tal motivo, es pasible de la tacha de arbitrariedad en tanto media relación directa e inmediata entre lo decidido y las garantías constitucionales que la recurrente dice vulneradas (artículo 15 de la ley 48).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Reintégrese el depósito de fs. 2. Notifíquese, agréguese la queja al principal, y, oportunamente devuélvase. – Ricardo L. Lorenzetti. – Carlos S. Fayt. – Elena I. Highton de Nolasco (en disidencia). – Juan C. Maqueda.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

*Considerando:*

Que el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja es inadmisibles (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se la desestima. Declárase perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese, agréguese la queja al principal, y, oportunamente, devuélvase. – Elena I. Highton de Nolasco.

## Daños y Perjuicios:

Responsabilidad extracontractual del Estado: demanda; prescripción; atentado de la AMIA; víctimas; reclamo; prescripción; invocación; improcedencia.

1 – *El término para interponer la demanda originada en la responsabilidad extracontractual del Estado, ya se trate de su actividad lícita o ilícita, es de dos años, y su punto de partida debe computarse a partir del momento en que el demandante tomó conocimiento de los daños que reclama, sin que obste a ello la circunstancia de que los perjuicios pudieran presentar un proceso de duración prolongada o indefinida, pues el curso del plazo de prescripción comienza cuando sea cierto y susceptible de apreciación el daño futuro.*

2 – *Cabe rechazar la prescripción opuesta por el Estado Nacional a la acción de daños interpuesta por los familiares de una víctima del atentado de 1994 a la AMIA doce años después de ese hecho, pues si bien es cierto que el término para interponer la demanda originada en la responsabilidad extracontractual del Estado prescribe a los dos años, no lo es menos que el Estado renunció a la prescripción ya ganada al suscribir en 2005 un documento internacional en el cual reconoció su responsabilidad y se comprometió a sancionar una ley de reparación para las víctimas, sin distinguir entre quienes habían interpuesto acciones judiciales dentro del plazo de prescripción y quienes no lo habían hecho, por lo cual la invocación de la prescripción resulta incoherente con las expectativas de reparación que él mismo generó con sus actos anteriores y, por ende, contraria al principio de buena fe que debe regir, muy especialmente, el obrar estatal.*

3 – *Puesto que el propio Estado argentino fue quien, en un documento internacional firmado en 2005, admitió que la muerte de las víctimas del atentado a la AMIA le era imputable por el incumplimiento de su función de prevención, cabe concluir que su planteo según el cual no existe relación entre la omisión estatal y la muerte del padre y esposo de los actores resulta manifiestamente infundado. R.C.*

897 – CS, marzo 10-2015. – F., R. M. y otros c. Estado Nacional s/ daños y perjuicios (CSJ 712/2013 [49-F]-R.O.).

Buenos Aires, 10 de marzo de 2015

Vistos los autos: “F., R. M. y otros c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios”.

*Considerando:*

1º) Que, al confirmar parcialmente la decisión de primera instancia, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar a la demanda interpuesta por R. M. F. de T., por sí y en representación de sus tres hijas, con el objeto de que se les indemnizaran los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su cónyuge y padre respectivamente, en el atentado terrorista contra la sede de la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) ocurrido el 18 de julio de 1994.

Como fundamento de su reclamo, la actora adujo que el Estado había incumplido sus obligaciones de prevención y seguridad con respecto a sus habitantes, ya que no había adoptado medidas idóneas y eficaces para intentar evitar el atentado, en particular teniendo en cuenta que dos años antes se había producido un acto terrorista de características semejantes contra la Embajada de Israel en la Argentina. Alegó que, además, esta responsabilidad había sido reconocida expresamente por el Gobierno Argentino, tanto en el acta suscripta el 4 de marzo de 2005 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como en el decreto 812/05 del Poder Ejecutivo Nacional.

2º) Que, en primer lugar, la cámara rechazó el planteo de prescripción realizado por la demandada. Sostuvo que el plazo liberatorio se había cumplido en el año 1996 pero que, posteriormente, el Estado Argentino había renunciado a la prescripción ya ganada al reconocer su responsabilidad por el hecho.

Sentado lo expuesto, el *a quo* consideró que se encontraban configurados los requisitos para la procedencia de la responsabilidad estatal por omisión y condenó a la de-

mandada a abonar la suma de 4.000.000 de pesos –en concepto de daño moral y lucro cesante–, más los correspondientes intereses desde la fecha del atentado.

Contra esa decisión, el Estado Nacional dedujo el presente recurso ordinario de apelación, que fue concedido a fs. 614/614 vta. A fs. 636/655 vta., el recurrente presentó su memorial, y la actora lo respondió a fs. 668/679 vta.

3º) Que el recurso ordinario interpuesto resulta formalmente admisible toda vez que se trata de una sentencia definitiva en un pleito en que el Estado Nacional es parte, y el valor disputado en último término –que surge con claridad de los elementos objetivos que obran en la causa (Fallos: 315:2369, 322:337 y 333:1623)– supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6º, ap. a, del decreto ley 1285/58, modificado por la ley 21.708 y reajustado por la resolución 1360/91.

4º) Que el Estado Nacional se agravia, en primer lugar, porque considera que la acción se encuentra prescripta. Alega que el plazo aplicable en este caso es de dos años y que debe comenzar a computarse desde que ocurrió el evento dañoso. Explica que el atentado ocurrió en el año 1994 y que cuando la actora interpuso esta demanda, en el año 2006, se encontraba ampliamente vencido.

5º) Que este Tribunal ha resuelto, en reiteradas oportunidades, que el término para interponer la demanda originada en la responsabilidad extracontractual del Estado, ya se trate de su actividad lícita o ilícita, es de dos años; y su punto de partida debe computarse a partir del momento en que el demandante tomó conocimiento de los daños que reclama, sin que obste a ello la circunstancia de que los perjuicios pudieran presentar un proceso de duración prolongada o indefinida, pues el curso del plazo de prescripción comienza cuando sea cierto y susceptible de apreciación el daño futuro (Fallos: 307:821, 308:337, 310:1545, 317:1437, 320:2289, 322:496, 325:721, 326:1420, entre otros).

6º) Que, en tales condiciones, la acción prescribió en el año 1996, dos años después del momento en el cual las actoras tuvieron conocimiento cierto del fallecimiento del señor T. en el atentado.

7º) Que, sin embargo, la prescripción de las acciones por daños y perjuicios es materia disponible, por lo que puede ser válidamente renunciada o remitida cuando esté cumplida (conf. art. 3965 del Código Civil; ver asimismo Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones - Tomo III, ed. Perrot, 1973, página 479; y Fallos: 135:310 y 330:4592).

Por ese motivo, para determinar si asiste razón al Estado Nacional, resulta imprescindible evaluar si este último renunció, en algún momento previo a la interposición de la demanda, a la prescripción ganada en el año 1996.

8º) Que, a tal efecto, corresponde tener en cuenta algunas reglas interpretativas aplicables a este caso.

En primer lugar, la renuncia a la prescripción no necesariamente debe ser expresa. Puede ser tácita, es decir, resultar de actos o manifestaciones del deudor que revelen su propósito inequívoco de no aprovechar los beneficios de la inacción del acreedor (artículo 3963 del Código Civil y Fallos: 135:310. Ver también Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones - Tomo III, ed. Perrot, 1973, página 484).

En segundo término, si bien la regla general es que la intención de renunciar no se presume (art. 874 del Código Civil), este principio debe balancearse con otro de similar jerarquía: que la aplicación del instituto de la prescripción es de aplicación restrictiva y, en caso de duda, debe preferirse la interpretación que mantenga vivo el derecho (v. doctrina de Fallos: 213:71; 295:420; 308:1339; 318:879; 323:192; 329:1012, entre muchos otros).

9º) Que, sentado lo expuesto, corresponde recordar que las organizaciones no gubernamentales Memoria Activa, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) denunciaron al Estado Argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por su responsabilidad en el atentado perpetrado contra la sede de la AMIA el 18 de julio de 1994 (petición 12.204).

En el marco de ese trámite, el 4 de marzo de 2005, las partes suscribieron un acta en la cual decidieron iniciar proceso de solución amistosa. En ese documento y en lo

que este caso interesa, el Estado Argentino manifestó lo siguiente:

“El Gobierno reconoce la responsabilidad del Estado Argentino por la violación de los derechos humanos denunciada por los peticionarios en la presentación efectuada ante la CIDH en este caso (...) En este sentido, el Estado reconoce responsabilidad ya que existió un incumplimiento de la función de prevención por no haber adoptado las medidas idóneas y eficaces para intentar evitar el atentado, teniendo en cuenta que dos años antes se había producido un hecho terrorista contra la Embajada de Israel en Argentina. El Estado reconoce responsabilidad porque existió encubrimiento de los hechos, porque medió un grave y deliberado incumplimiento de la función de investigación (...) y una clara denegatoria de justicia”.

“Atento a ello, el Estado propone a los peticionarios una agenda tentativa de trabajo en cuyo marco deberían abordarse [entre otras varias] las siguientes cuestiones: (...) Amplia difusión del reconocimiento de responsabilidad formulado precedentemente (...) Publicidad del Informe Grossman [informe final del observador designado en el juicio tramitado ante el Tribunal Oral Federal en lo Criminal nº 3, en el cual se determinó, conforme surge de la sentencia dictada el 29 de octubre de 2004, que el Estado Argentino es responsable por el encubrimiento de los hechos y por incumplimiento grave y deliberado de la función de investigación adecuada del atentado] (...) Promover la sanción de una ley de reparación para todas las víctimas del atentado”.

10) Que, después de suscribir el documento mencionado, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 812/2005.

Esta norma aprobó el acta suscripta ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y tuvo por objeto cumplir con algunos de los compromisos allí asumidos. En particular, se dio pública difusión al reconocimiento de responsabilidad, “que se materializa mediante el dictado del presente decreto”, así como al “Informe Final del Decano Claudio Grossman, que se insertará en la página de internet del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”.

Por otra parte, el Poder Ejecutivo impulsó un proyecto de ley de reparación a las víctimas, que obtuvo media sanción del Senado pero no fue tratado por la Cámara de Diputados y perdió estado parlamentario (Expediente Senado S-1655/11 y Expediente Diputados 0088-S-2011). Recientemente, se ha presentado un nuevo proyecto ante la Cámara de Diputados que se encuentra en trámite (Expediente Diputados 1049-D-2014).

11) Que, tal como se desprende de los hechos reseñados, la demandada reconoció –en forma incondicionada y absoluta– que conculcó los derechos de las víctimas y sus familiares.

El reconocimiento de estas violaciones generó, como una consecuencia jurídica inevitable y necesaria, la obligación del Estado de indemnizar a quienes hubieran sufrido daños (Fallos: 327:3753, considerando 3º y sus citas. En igual sentido, ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas, sentencia del 21 de julio de 1989, párr. 25, y Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de agosto de 2011, párr. 157).

12) Que fue para cumplir con esa obligación jurídica de reparar, y no como una mera liberalidad fundada en razones de equidad, que el Estado Argentino se comprometió a promover la sanción de una ley de reparación para las víctimas de AMIA.

Además, en ese compromiso, hizo referencia a “todas las víctimas del atentado”, sin distinguir entre quienes habían interpuesto acciones judiciales dentro del plazo de prescripción y quienes no lo habían hecho. En otras palabras, la demandada se obligó a indemnizar aun a aquellas personas que no hubieran presentado la demanda en el lapso de dos años desde que ocurrió el evento dañoso.

13) Que esta Corte tiene dicho que cuando el deudor reconoce la existencia del derecho y de la correlativa obligación de indemnizar, ello implica una clara renuncia a la prescripción ya ganada.

Concretamente, en un caso que guarda cierta analogía con el presente, el Tribunal sostuvo que “toda vez que la obligación de indemnizar ha quedado reconocida en principio y (...) ese reconocimiento y la oferta consiguiente de

arribar a una solución equitativa, demuestran claramente la intención de renunciar a los beneficios de la prescripción, pues son incompatibles con el propósito de emplear esa defensa” (Fallos: 135:310, página 316).

14) Que de lo expuesto puede concluirse, sin mayor dificultad, que el 4 de marzo de 2005 el Estado Nacional renunció, en forma tácita pero inequívoca, a la prescripción ocurrida en el año 1996 (artículos 873, 918 y 3965 del Código Civil y doctrina de Fallos: 135:310).

Por lo tanto, la acción de las actoras no estaba extinguida cuando fue interpuesta el 27 de diciembre de 2006.

15) Que la postura del Estado Nacional resulta incompatible con el principio cardinal de la buena fe, que informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento, tanto público como privado, y que condiciona, especialmente, la validez del actuar estatal (Fallos: 311:2385, 312:1725, entre otros).

Cabe recordar que una de las derivaciones del principio mencionado es la doctrina de los actos propios, según la cual no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta (...) [pues la buena fe] impone un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever (Fallos: 321:221 y 2530, 325:2935, 329:5793 y 330:1927, entre otros).

16) Que, desde esta perspectiva, la invocación de la prescripción resulta incoherente con las expectativas de reparación que la propia demandada generó con sus actos anteriores y, por ende, contraria al principio de buena fe que debe regir, muy especialmente, el obrar estatal.

En efecto, en el año 2005, el Estado Argentino creó una legítima expectativa de indemnización en los familiares y víctimas del atentado a la AMIA, aun en aquellas personas cuyos reclamos estaban prescriptos a esa fecha.

Sin embargo, casi diez años después, la ley no se dictó, las víctimas continúan sin reparación y cuando, como en el caso, plantean un reclamo judicial para obtenerla, el Estado pretende repeler la demanda con el argumento de que el plazo de prescripción se encuentra cumplido.

17) Que, resuelta la cuestión precedente, corresponde tratar las objeciones relativas al fondo del asunto.

En este punto, los agravios de la apelante tampoco pueden prosperar. Los argumentos relativos a la procedencia sustancial de la demanda, al monto de la indemnización reconocida y al modo en que se impusieron las costas resultan dogmáticos e insuficientes para refutar lo resuelto por el *a quo*. En otras palabras, no constituyen –como es imprescindible– una crítica concreta y razonada de los fundamentos de la decisión impugnada, por lo que resultan inadmisibles (Fallos: 310:2914; 311:1989; 312:1819; 313:396).

En particular, resulta manifiestamente infundado el planteo según el cual no existe relación entre la omisión estatal y la muerte de T. Al sostener esta postura, la apelante no se hace cargo de que fue el propio Estado Argentino el que admitió que la muerte de las víctimas del atentado le era imputable por el incumplimiento de su función de prevención, tal como surge de la transcripción del acta realizada en el considerando 10.

Por ello, se declara admisible el recurso ordinario interpuesto y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y oportunamente, devuélvanse los autos. –Ricardo L. Lorenzetti. – Elena I. Highton de Nolasco. – Carlos S. Fayt. – Juan C. Maqueda.

## Educación:

Universidades: autoridades universitarias nacionales; resoluciones; revisión judicial; requisitos.

1 – En materia de revisión judicial de decisiones adoptadas por autoridades universitarias nacionales, el legislador ha diseñado y previsto un proceso especial y ha designado un tribunal específico para ello. En tal sentido, la Ley de Educación Superior dispone que contra las resoluciones definitivas de las instituciones universitarias nacionales impugnadas con fundamento en la interpretación de las leyes de la Nación, los estatutos y demás normas internas solo podrá interponerse

recurso de apelación ante la Cámara Federal de Apelaciones con competencia en el lugar donde tiene su sede principal la institución universitaria (art. 32, ley 24.521).

2 – El recurso de apelación deducido por el actor contra la sentencia que declaró no habilitada la instancia judicial en las actuaciones declaradas por él iniciadas, a fin de impugnar ciertos actos que se habrían llevado a cabo en el sumario administrativo instituido en su contra por las autoridades de la universidad accionada, no puede prosperar, pues se trata de actuaciones preparatorias que, en principio, no son impugnables en sede judicial. Máxime que, aun cuando se entendiera que excepcionalmente dichos actos podrían cuestionarse judicialmente por entender que son asimilables a definitivos por sus efectos, de todos modos el accionante no demostró con fundamento verosímil –más allá del sentimiento de contrariedad que pudieron causarle– que hubieran revestido ese carácter.

3 – Puesto que la acción judicial iniciada por el actor para cuestionar la resolución de las autoridades de la universidad accionada, por la que se le instituyó sumario administrativo y se lo suspendió preventivamente, y los otros “actos” del sumario anteriores a su conclusión fueron claramente prematuros antes de agotar la vía administrativa, cabe concluir que fue acertada la decisión del *a quo* de no habilitar la instancia judicial a su respecto.

4 – Debe considerarse que no esté habilitada la instancia judicial, por falta de agotamiento de la vía administrativa, respecto del acto administrativo que puso fin al sumario instruido por las autoridades de la universidad accionada y suspendió al actor, pues este fue expresamente anoticiado del modo en que ese acto podía ser impugnado y, pese a ello, omitió ajustar su proceder a lo allí indicado, al cuestionarlo directamente en sede judicial mediante ampliación de demanda transcurridos más de cuatro meses desde su notificación. R.C.

898 – CNCont.-adm. Fed., sala IV, octubre 21-2014. – J., P. C. y otro c. UBA - Acto 14-III 16-III 11-V/12 s/empleo público.

Buenos Aires, 21 de octubre de 2014

Visto:

El recurso de apelación deducido a fs. 100/102 por el actor contra la resolución de fs. 96/97 vta.; y

Considerando:

I. Que, el 17 de septiembre de 2013, la señora jueza de primera instancia de oficio declaró no habilitada la instancia judicial en las presentes actuaciones iniciadas por P. C. J. contra la Universidad de Buenos Aires (UBA). Para ello sostuvo, en síntesis, que:

a) Los actos dictados en el marco del proceso sumarial seguido contra el actor, y cuestionados en el escrito inicial, no revestían el carácter de definitivos, en la medida en que no decidían el fondo de la cuestión. Al respecto, tal como ya había adelantado al rechazar el pedido de medida cautelar, la suspensión decidida por la UBA durante la instrucción del sumario no podía ser considerada una sanción, pues se trataba de una medida provisional cuyo único objeto era facilitar la investigación.

b) Respecto de la “ampliación” de demanda, el propio actor reconoció a fs. 95 que contra la resolución 858/12 no había presentado el recurso previsto en el art. 11 de la resolución (CS) 2283/88, pese a habersele informado, al tiempo de su notificación, a fs. 76, sobre los recursos que disponía contra esa decisión. En tal caso, la falta de impugnación oportuna vedaba el acceso a la revisión judicial (fs. 96/97 vta.).

II. Que, contra dicha resolución, el señor J. interpuso y fundó recurso de apelación (fs. 100/102), que fue concedido en relación y tenido por fundado en el mismo acto (fs. 103). En sus agravios, en sustancia, señaló que:

a) La resolución de la jueza de grado desconocía lo prescripto en el art. 23, inc. b, de la ley 19.549, en cuanto a la posibilidad de revisar judicialmente decisiones administrativas que impidieran totalmente la tramitación del reclamo deducido en sede administrativa. Tal situación acontecía en autos, toda vez que su descargo, apelación y posterior pedido de nulidad habían sido desoídos totalmente.

b) Se vio obligado a iniciar la demanda judicial toda vez que “la vía se encontraba agotada totalmente ya que la pena que se me impuso desde el comienzo de la instruc-

ción, fue la misma que se ratificó luego, habiendo empezado a ejecutarse desde el mismo momento de la instrucción del sumario, tal como queda evidenciado (...) en el sumario administrativo acompañado”.

c) La resolución de la jueza de grado cercenaba su derecho constitucional a ser oído y a ejercer su defensa. Por ello, el daño que le generaba era notorio.

d) De lo expuesto y de las pruebas acompañadas surgía que la UBA no había resuelto “nada” de lo planteado por su parte, circunstancia que hacía “imposible” que se hubiese interpuesto recurso contra la resolución 858/12.

e) La decisión apelada también causaba agravio por omisión, al no ordenar a la UBA que extendiese “una certificación de mi historia académica”, requerimiento que tampoco la Universidad cumplía, manteniendo su respuesta negativa, pese a que la sanción impuesta no impedía hacerlo.

f) Cabía recordar que las garantías constitucionales no podían encontrar obstáculo para su vigencia efectiva en las leyes reglamentarias, debiendo estarse al propósito de afianzar la justicia previsto en el Preámbulo de la Constitución Nacional.

g) Por lo expuesto, correspondía tener por habilitada la instancia judicial de revisión de los actos administrativos emanados por la UBA y “se ordene la entrega de historial académico solicitado oportunamente” (fs. cit.).

III. Que, en la alzada, se corrió vista al Ministerio Público Fiscal junto con las actuaciones administrativas que pidió tener a la vista (fs. 105, 112 y 123).

A fs. 124/126, el señor Fiscal General subrogante propuso confirmar la resolución apelada en cuanto no habilitó la instancia respecto del pedido de nulidad de los actos dictados en el trámite del sumario administrativo, por no ser definitivos, así como respecto de la resolución 858/12, emitida por el director del Ciclo Básico Común (CBC), que no fue recurrida.

En cambio, opinó diferente sobre el pedido de negligencia de la UBA por la pérdida de las actas de examen del CBC. Tal pretensión no revestía naturaleza impugnatoria de actos administrativos y, por lo tanto, si bien como regla hubiese tenido que interponerse reclamo administrativo, entendió que, como la Universidad se había expedido respecto de las materias aprobadas en el referido ciclo, disponer el reenvío resultaba un ritualismo inútil debiéndose, en función del principio *pro actione*, habilitar la instancia con relación a ese punto.

IV. Que, en el caso, según surge del escrito inicial, presentado el 4 de junio de 2012, P. C. J. promovió demanda contra la UBA con el objeto de que se declarase la nulidad de los actos del 14 y 16 de marzo y 11 de mayo de 2012, todos ellos relacionados entre sí y dictados en el mismo sumario administrativo iniciado en su contra; se ordenara el levantamiento de la sanción de suspensión dispuesta; se declarase prescripta la acción de la UBA o, en su defecto, su negligencia por la pérdida de las actas de examen correspondientes al CBC y, por consiguiente, se extendiese el título habilitante de médico (fs. 2/9 vta.). Para fundar su petición, el actor señaló –en cuanto es pertinente– que:

a) Tras haber finalizado el internado anual rotatorio, inició los trámites para obtener el título habilitante, para lo cual adjuntó los papeles y constancias requeridas, entre ellos, el certificado de aprobación del CBC.

b) El 14 de marzo de 2012 había sido notificado por la Dirección Coordinación Jurídico-Técnica del CBC que el 16 de ese mes se realizaría una audiencia en la que debía prestar declaración en el sumario administrativo iniciado en su contra por irregularidades advertidas en el certificado provisorio de materias presentado y para determinar su responsabilidad, marco en el cual se lo había suspendido preventivamente por 60 días con prohibición de acceso a la UBA y a todas sus dependencias (facultades e institutos), debiendo proceder a la devolución de toda la documentación que lo acreditaba como alumno.

c) Presentado en la audiencia y sometido a una serie de preguntas por la instructora –sobre cuándo cursó las materias invocadas como aprobadas, en qué cátedras, a cargo de qué profesores, etc.–, se le informó sobre la suspensión preventiva y, habiendo solicitado compulsar las actuaciones administrativas para poder ejercer su defensa, “me es negado, alegando que solo las podré compulsar una vez que me imponga y notifique la sanción definitiva”.

d) El 16 de marzo de 2012, con posterioridad a la audiencia, había presentado descargo administrativo, sin que fuera despachado ni resuelto y, el 21 del mismo mes, había interpuesto recurso de apelación, ofreciendo prueba en los términos del art. 12 de la resolución 2283/88, que prevé efecto suspensivo al referido remedio. El 16 de abril, se le había corrido traslado para que en el término de diez días formulase observaciones y ofreciese prueba. Finalmente, el 7 de mayo de 2012, solicitó la nulidad de lo actuado por la UBA, requiriéndose que se resuelva el recurso interpuesto. Sin embargo, recibió notificación de la directora de Coordinación Jurídico-Técnica del CBC en la que se informaba que no se hacía lugar a la nulidad de la notificación de traslado de las conclusiones por improcedente, extendiéndose por dos días el plazo para contestar el traslado que oportunamente se le había corrido.

e) La demanda se interponía conforme a lo dispuesto en los arts. 23, incs. a y b, y 25 de la ley 19.549, haciendo notar que la Universidad “...no resuelve los escritos interpuestos por mi persona, sino [en forma] contraria totalmente a cualquiera de mis peticiones...” y, en particular, que “...el recurso no fue resuelto por el superior tal como lo prescribe la ley. Impidiéndome totalmente la tramitación del presente proceso...”.

V. Que, el 3 de octubre de 2012, el señor J. amplió demanda y denunció como hecho nuevo el dictado de la resolución 858/12, emitida el 31 de mayo de ese año, por la que el Director del CBC le aplicaba una “sanción definitiva” de 8 años de suspensión por encontrar configurada la conducta tipificada por el art. 15, inc. b, del Régimen Disciplinario de Alumnos de la Universidad de Buenos Aires y declaraba sin valor ni efectos el certificado provisorio de materias aportado de fecha 13 de noviembre de 1996 por encontrarse, según la Universidad, acreditada su falsedad. Asimismo, opuso excepción de previo y especial pronunciamiento de prescripción de la acción que intentaba ejercer la UBA por haber transcurrido más de diez años desde que se expidiera el referido certificado hasta el dictado de la resolución, según lo dispuesto en el art. 19 de la resolución 2283/88 (fs. 77/79 vta.).

Cabe hacer notar que la fecha de la referida presentación del actor coincide con la de su apelación contra el rechazo de la medida cautelar decidido por la jueza de grado a fs. 68/69 (fs. 72 y 73/74).

VI. Que, ante todo, cabe señalar que, al conocer del recurso de apelación que el actor dedujo contra la resolución que había desestimado la medida cautelar, el Tribunal señaló que su jurisdicción estaba circunscripta a ese tema y que, por ello, nada correspondía decidir en ese momento acerca del órgano judicial para entender en el *sub lite* ni sobre la admisibilidad formal de la acción intentada por aquél, dada la particular regulación normativa de impugnación judicial de actos de las autoridades universitarias (v. sent. de fs. 82/83, cons. IV).

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el legislador previó un recurso ante la cámara federal competente para impugnar las resoluciones de las instituciones universitarias nacionales con fundamento en la interpretación de las leyes de la Nación, los estatutos y demás normas internas (“Granillo Fernández”, Fallos: 330:1407).

Al respecto, “...cabe recordar con particular énfasis que en materia de revisión judicial de decisiones adoptadas por autoridades universitarias nacionales, el legislador ha diseñado y previsto un proceso especial y ha designado un tribunal específico para ello. En tal sentido, la Ley de Educación Superior dispone que contra las resoluciones definitivas de las instituciones universitarias nacionales impugnadas con fundamento en la interpretación de las leyes de la Nación, los estatutos y demás normas internas, solo podrá interponerse recurso de apelación ante la Cámara Federal de Apelaciones con competencia en el lugar donde tiene su sede principal la institución universitaria (art. 32 de la ley 24.521)” (conf. Expte. N° 37922/2013 “Balassa, Arturo Juan c/ UBA-Facultad Arquitectura s/ medida cautelar [autónoma]” resol. del 3/12/13 y Expte. N° 37319/2013, “Pereyra, Christian c/ UBA s/ medida cautelar [autónoma]”, resol. 29/4/14, voto del juez Vincenti).

VI. [sic] Que, en esos términos, adelanta el Tribunal que el recurso de apelación no puede prosperar, porque la conducta asumida por el actor en defensa de sus derechos

impide considerar –en coincidencia con lo resuelto a fs. 96/97 vta.– que en autos se encuentra habilitada la instancia judicial, circunstancia que imposibilita, también, conocer sobre el mérito sustancial que pudiera o no tener el presentante respecto de cuanto esgrime sobre la cuestión del fondo.

En efecto, de la exposición de los hechos realizada por el propio J. se desprende que la demanda inicial tuvo por finalidad impugnar distintos actos que se habrían llevado a cabo en el sumario administrativo CUDAP: EXP-UBA: 0050033/2011 en el ámbito de la Dirección Coordinación Jurídico-Técnica del CBC de la UBA. En concreto, aquél impugna:

(i) El emitido el 14 de marzo de 2012 (v. fs. 2), que en realidad es la fecha en que se habría notificado de la audiencia para prestar declaración indagatoria en el sumario, prevista para el 16 del mismo mes y año (conf. lo indica el mismo actor en su escrito de demanda, fs. 2 vta., aunque surge del sumario que el 12 de marzo de 2012 se comunicó telefónicamente con la instrucción para interiorizarse de la fecha de la audiencia [v. nota asentada por la instructora sumariante a fs. 106 de las actuaciones administrativas, que se tienen a la vista en este acto]).

(ii) El del 16 de marzo 2012: en esa fecha se tomó la audiencia de declaración indagatoria en el sumario y se le notificó (tanto con su lectura como con entrega de copia) de la resolución (D) 1864/11 (del 7/11/2011), por la que se dispuso instruir el sumario (art. 1°) y se suspendió preventivamente al actor por sesenta días (art. 2°). También se le informó en esa oportunidad que contra dicha resolución podía interponer el recurso de apelación ante el Consejo Superior de la UBA que prevé el art. 12 de la resolución 2283/88, dentro del quinto día de notificado y por escrito fundado (v. acta de la audiencia que obra a fs. 109/111 vta.).

(iii) El actor también cuestiona el acto que identifica como dictado el 11 de mayo de 2012 (v. fs. 2), pero de las actuaciones administrativas que se tienen a la vista no surge ningún acto en esa fecha. De todas formas, podría entenderse que se trata de la notificación de la providencia adoptada el 8 de mayo de 2012 en respuesta al escrito que aquél presentó el día anterior (v. fs. 154 y 155 del sumario, en este último consta un sello de imposición postal ilegible en cuanto a la fecha, así como manifestaciones coincidentes del escrito de demanda de fs. 4).

En la ampliación de demanda del 3 de octubre de 2012 (fs. 76/79), en tanto, el actor cuestionó judicialmente la resolución 858/12, emitida el 28 de mayo de ese año, por la que el director del CBC de la UBA le aplicó la sanción de ocho (8) años de suspensión, por la inconducta tipificada en el art. 15, inc. b, del Régimen Disciplinario de Alumnos de la UBA, aprobado por resolución (CS) 2283/88 (art. 1°), con prohibición de acceder a las dependencias universitarias (art. 2°) y dispuso declarar sin valor ni efectos el certificado provisorio de materias aportado por el alumno, del 13 de noviembre de 1996, por encontrarse acreditada su falsedad (art. 3°).

Con relación a los primeros “actos”, cabe señalar que se trata de actuaciones preparatorias que, en principio, no son impugnables en sede judicial y concluyeron con el acto que resolvió la cuestión de fondo o definitivo en los términos del procedimiento administrativo (en el caso, la resolución 858/12).

No obstante, aun cuando se entendiera que excepcionalmente aquéllos sí podrían cuestionarse judicialmente, por entender que algunos son asimilables a definitivos por sus efectos, de todas formas es necesario destacar que en el *sub lite* el actor no demuestra con fundamento verosímil –más allá del sentimiento de contrariedad que pudieron causarle– que hubieran revestido ese carácter.

Esto es particularmente aplicable respecto de las notificaciones de distintas decisiones adoptadas en el procedimiento sumarial, sin perjuicio de resaltar que en estos casos se debe impugnar el acto de conclusión del sumario y en esa oportunidad cuestionar la validez de los preparatorios que constituyeron el procedimiento previo a su dictado.

Con relación al acto que sí se dictó en el sumario y pudo ocasionarle algún perjuicio (la resolución [D] 1864/11), es ineludible resaltar que el actor lo impugnó judicialmente en forma prematura sin agotar la vía administrativa.

Al respecto, conviene retener que el régimen disciplinario de los alumnos de la UBA –por el cual tramitó el sumario y en cuya virtud se dictó aquel acto–, prevé que

el recurso que se interponga contra el acto de suspensión preventiva tendrá efectos suspensivos (art. 12 de la resolución [CS] 2283/88), así como que el señor J. utilizó esa vía de impugnación administrativa antes de iniciar esta acción judicial.

Surge del expediente CUDAP: EXP-UBA: 0010372/2012 que, el 21 de marzo de 2012, aquél dedujo recurso de apelación contra la resolución del director del CBC que lo suspendió preventivamente (fs. 1/3), que dicho funcionario concedió el recurso con efecto suspensivo (el 26 del mismo mes y año, fs. 133) y que el Consejo Superior de la Universidad lo rechazó por resolución 4746/12, del 13 de junio de 2012 (fs. 144/146).

También consta en esas actuaciones que la notificación de este último acto incluyó información específica tanto de que con él se agotaba la vía administrativa como de la forma y modo de impugnarlo que prevé el art. 32 de la ley 24.521 (v. fs. 151/155, y constancia de acuse de recibo de la notificación con sello de imposición del Correo Argentino S.A. del 6 de julio de 2012, fs. 156).

En tales condiciones, la acción judicial iniciada el 4 de junio de 2012 (v. cargo obrante a fs. 9 vta.) para cuestionar la resolución (D) 1864/11 y los otros “actos” del sumario anteriores a su conclusión, fueron claramente prematuros antes de agotar la vía administrativa. Por ello, es acertada la decisión del *a quo* de no habilitar la instancia judicial a su respecto.

VII. Que asimismo corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto señala que tampoco está habilitada la instancia judicial, por falta de agotamiento de la vía administrativa, respecto de la resolución (D) 858/12, acto administrativo que puso fin al sumario instruido por resolución (D) 1864/11 y suspendió al actor.

Como lo puso de relieve la jueza –y no fue controvertido en forma eficaz por el apelante–, la notificación de la resolución 858/12, practicada el 31 de mayo de 2012, expresamente anoticiaba a su destinatario del modo en que ese acto podía ser impugnado (“recurso de apelación –debidamente fundado– ante el Consejo Superior”) y el plazo para interponerlo (“dentro de los diez [10] días, contados desde la notificación”) (fs. 76). Pese a ello, el actor omitió ajustar su proceder a lo allí indicado, cuestionándolo directamente en sede judicial, mediante ampliación de demanda, transcurridos más de cuatro meses desde su notificación.

VIII. Que, por lo que se lleva dicho, en autos no se encuentra habilitada la instancia judicial. Sólo resta señalar que no resulta adecuado adoptar una solución diferenciada como la sugerida por el fiscal general subrogante, de modo tal que el presente proceso pudiera resultar apto para dilucidar una supuesta negligencia denunciada por el actor por la pérdida de las actas de examen correspondientes al CBC. En efecto, tal posibilidad encuentra obstáculo en la imposibilidad de conocer por esta vía un aspecto directamente vinculado con la “causa” de la resolución 858/12.

De igual modo, tampoco podría sobrevivir el proceso con relación al pedido del actor para que “se ordene la entrega de historial académico solicitado oportunamente” (v. escrito de apelación de fs. 101 vta./102). En efecto, si por “historial académico” se refiere a otras actas de estudio distintas a las del CBC, esa pretensión claramente excede los términos en que la demanda y su ampliación fueron planteadas.

IX. Que, por último y para dar completa respuesta a los planteos del apelante, conviene recordar que el cumplimiento de los recaudos de admisibilidad forman parte de las exigencias para demandar judicialmente a la Universidad, resultando aplicable a su respecto el carácter de “presupuesto procesal”, verificable “de oficio” por el juez, de modo semejante a cuando se demanda al propio Estado (conf. art. 31 de la ley 19.549, sustituido por art. 12 de la ley 25.344, y Fallos: 322:73 y ctes.).

X. Que, el Tribunal hace notar que en el *sub lite* solo dedujo demanda P. C. J., razón por la cual se debe suprimir en la carátula del expediente la referencia a “Y OTRO”, por no corresponder.

En virtud de lo expuesto, habiendo dictaminado el Fiscal General subrogante, el Tribunal *resuelve*: rechazar el recurso del actor y confirmar la resolución apelada. Sin costas, por ausencia de contraparte.

Regístrese, notifíquese –al Fiscal General subrogante en su público despacho– y devuélvase. – Rogelio W. Vincenti. – Jorge E. Morán. – Marcelo D. Duffy.

## Recurso de Inaplicabilidad de Ley (Provincia de Buenos Aires):

Educación: pedido de informes; cantidad de días sin clase por ausencia de docentes; incontestación; amparo; rechazo en primera instancia; arbitrariedad; derecho a la información; fundamento; reconocimiento y aplicación práctica; amplitud; ley 12.475 y decreto 2549/04; interpretación.

1 – Corresponde revocar la sentencia impugnada haciendo lugar a la demanda promovida y condenando, en consecuencia, a la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires para que en el perentorio plazo de quince días ponga a disposición de la Asociación por los Derechos Civiles la información requerida relacionada con la cantidad de días de clases no dictadas por ausencia de docentes en determinadas escuelas públicas.

2 – Asiste razón a la Asociación por los Derechos Civiles cuando afirma que el juicio del tribunal de grado vació de contenido la exigibilidad al Estado, en tiempo y forma, del derecho de acceso a la información pública, en los términos reconocidos por la Constitución Nacional, la provincial y los tratados internacionales. Ello es así, pues la acción de amparo incoada ante el silencio de la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires a fin de que ponga a su disposición la información requerida, relacionada con la cantidad de días de clases no dictadas por ausencia de docentes en determinadas escuelas públicas, fue rechazada con fundamento en que dicho supuesto no encuadra en el marco del art. 7º de la ley 12.475, por considerar que dicho plazo se refiere al acceso a aquella información que requiera de simples procesos manuales o informáticos, pero no conlleva la obligación de generar información elaborada a la medida del solicitante, y, mucho menos, en un plazo que a todas luces resulta evidentemente exiguo a tales fines.

3 – En la especie, en tanto la autoridad administrativa, lisa y llanamente, rehusó responder el pedido de información o explicitar los motivos que demandaban un plazo mayor para proveer la respuesta, comprometió el derecho de acceso a la información de la asociación actora. Ante estas circunstancias, la interpretación otorgada por la Cámara a las normas adjetivas que instrumentan el procedimiento que viabiliza el ejercicio del derecho –art. 7º de la ley 12.475– fue incorrecta, e importa su desconocimiento, ya que tiene como efecto directo convalidar un incumplimiento sine die del mandato constitucional a la entrega de la información pública que posee el Estado.

4 – La ley 12.475 y el decreto 2549/04 deben interpretarse en el contexto del amplio reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública. En este sentido, la norma contempla condiciones bajo las que puede ejercerse el derecho –art. 7º de la ley 12.475– y, si el motivo por el cual no puede brindarse la información solicitada lo constituye la circunstancia de que los datos necesarios se encuentran en proceso de relevamiento o requieren una modalidad de pesquisa que excede la mera recopilación informática, debe hacerlo saber al interesado dentro del término de ocho días establecido por la reglamentación.

5 – El art. 14 del Anexo I del decreto 2549/04 –reglamentario de la ley 12.475– no solo impone la obligación que permite el goce del derecho de acceso a la información pública, sino que también articula eventualidades que pueden, en la práctica, dificultar el cumplimiento del mandato por el órgano administrativo. Así, en su caso, podrá hacer uso de la prórroga prevista, mas informando concretamente al peticionario el motivo por el cual no ha podido ponerse a disposición la información requerida, lo que conduce a afirmar que, si la Administración no expresa las circunstancias excepcionales que le impiden brindar la información en el tiempo previsto en la reglamentación, su conducta queda marginada de la legalidad.

6 – El fundamento central del derecho de acceso a la información de todo ciudadano radica en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que los gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan. Adunó que, en tanto se trate de datos de incumbencia al interés público y que hacen a la transparencia y la publicidad de la gestión de gobierno, en su accesibilidad reposan los pilares fundamentales de una sociedad que se precie de ser democrática (del voto de los doctores SORIA, DE LÁZZARI e HITTERS).

7 – Además de su relevancia en sí, el valor instrumental del derecho de acceso a la información, en orden a la libertad de expresión y al conocimiento de la cosa pública, justifica la predicada amplitud en cuanto a su reconocimiento y consagración práctica (del voto de los doctores SORIA, DE LÁZZARI e HITTERS).

8 – Corresponde concluir que no hubo de parte de la demandada una denegatoria tácita por el transcurso del tiempo, en tanto no se encontraba obligada a hacer expresa mención a las circunstancias excepcionales que le impedían brindar la información, porque las causas por las que el suministro de dicha información requería de mayor tiempo de procesamiento no eran excepcionales, sino derivadas del contenido del propio pedimento (del voto de los doctores GENOUD, NEGRI y PETTIGIANI).

9 – Los plazos previstos en el art. 14 del Anexo I del decreto 2549/04 se refieren a documentos administrativos confeccionados, y no a aquellos que requieran de un procesamiento, como ocurre en el caso de autos; más aún, el art. 20 del Anexo I del decreto citado establece que la Administración no se encuentra obligada a crear o producir documentos, salvo que el Estado se encuentre obligado a ello. En consecuencia, el *a quo* concluyó con acierto que el plazo previsto por el art. 7º de la ley 12.475 no resulta aplicable al *sub lite*, por referirse al acceso a documentos existentes que requieren simples procesos de expedición (del voto de los doctores GENOUD, NEGRI y PETTIGIANI).

10 – La denegación expresa o tácita al acceso a la información pública está equiparada a la impugnación de un acto administrativo que puede ser cuestionado tanto en sede administrativa, a través de los recursos previstos en la Ley de Procedimientos Administrativos, como en sede judicial, a través de las acciones contempladas en el Código Contencioso Administrativo y en la Ley de Amparo provincial, y la utilización de cualquiera de las vías impugnatorias indicadas trae aparejadas las cargas probatorias pertinentes en cada caso. Por ese motivo, la referencia a la acción de amparo contenida en el art. 8º de la ley 12.475 no releva en absoluto al amparista de la carga de acreditar en juicio sumarísimo el cumplimiento de todos y cada uno de los recaudos que hacen procedente la mentada acción (del voto de los doctores GENOUD, NEGRI y PETTIGIANI).

11 – La mera referencia al art. 8º de la ley 12.475 no constituye una presunción *iuris et de iure* de la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del obrar estatal. Esa interpretación conduciría a admitir la consagración por la ley citada de una acción de amparo *sui generis*, inteligencia que indudablemente no surge del texto de la ley ni de su decreto reglamentario (del voto de los doctores GENOUD, NEGRI y PETTIGIANI). M.M.F.L.

**899 – SC Buenos Aires, diciembre 29-2014. – Asociación por los Derechos Civiles c. Dirección General de Cultura y Educación. Amparo. Recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley.**

En la ciudad de La Plata, a 29 de diciembre de dos mil catorce, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Genoud, Negri, Soria, Kogan, Pettigiani, de Lázzari, Hitters, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa A. 70.571, “Asociación por los Derechos Civiles contra Dirección General de Cultura y Educación. Amparo. Recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley”.

### ANTECEDENTES

I. La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata rechazó el recurso de apelación interpuesto por la actora y confirmó la sentencia de primera instancia que declaró la improcedencia de la acción de amparo incoada (fs. 126/131).



II. Contra ese pronunciamiento, la accionante dedujo recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley (fs. 134/156 vta.), los que fueron concedidos (fs. 158/159).

III. Por resolución del 29-VI-2011 la Suprema Corte declaró la improcedencia del recurso extraordinario de nulidad interpuesto y, por mayoría, intimó a la actora para que acredite el cumplimiento de la exigencia prevista en el primer apartado del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial, bajo apercibimiento de declarar desierto el remedio intentado (fs. 166/169 vta.).

IV. Cumplida tal intimación con la boleta de depósito acompañada, dictada la providencia de autos (fs. 176), agregados los memoriales de ambas partes (fs. 185/195 –actora– y fs. 196/203 –demandada–) y encontrándose la causa para dictar sentencia, corresponde plantear y votar la siguiente cuestión:

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal interpuesto?

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor *Genoud* dijo:

I.1. En autos, el presidente de la Asociación por los Derechos Civiles, entidad sin fines de lucro, cuyo objeto social de acuerdo a su estatuto es la promoción de los derechos fundamentales de las personas en situaciones de amenaza a través de los mecanismos legales previstos en el sistema constitucional mediante actuaciones administrativas o judiciales (ver Estatuto a fs. 5/15), dedujo acción de amparo a fin de que se condene a la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires a brindar la información oportunamente requerida, relacionada con la cantidad de días de clases no dictadas en determinadas escuelas por ausencia de los docentes (fs. 32/48).

2. La Jueza de primera instancia rechazó la acción intentada con fundamento en lo dispuesto por los arts. 1 y 2 de la ley 7166 –texto según dec. ley 7261/1966–. Sostuvo que la arbitrariedad e ilegalidad manifiesta requerida por la ley no se encontraba configurada (fs. 99/103).

3. La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó la acción de amparo interpuesta (fs. 126/131).

Para así decidir, señaló que la vía articulada no reunía los recaudos de procedencia exigidos por los arts. 1 y 2 de la entonces vigente ley 7166. Sostuvo que la actuación de la autoridad administrativa no permitía tener por configurados los presupuestos que habilitan la acción escogida, toda vez que para brindar la información requerida la Administración debía realizar un relevamiento de datos en treinta y seis establecimientos educativos. Destacó que, en el caso, la demora o falta de contestación actual no evidenciaba afectación al derecho de acceso a la información ni implicaba negación del reclamo. Tampoco constituía una conducta manifiestamente ilegal o arbitraria (fs. 126/131).

II. Contra ese pronunciamiento, la accionante deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Alega la incorrecta interpretación de los arts. 7 y 8 de la ley 12.475; 8, 14, 17 y 19 del Anexo I del decreto 2549/2004; 1 y 2 de la ley 7166; 12 de la Constitución provincial; 1, 14 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional; 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Asimismo denuncia absurdo en la ponderación de las constancias de la causa y en las obligaciones a cargo del Estado provincial.

Los argumentos traídos por la recurrente son los siguientes:

a. Que la sentencia atacada vacía completamente de contenido la exigibilidad al Estado, en tiempo y forma, del derecho de acceso a la información pública que poseen todos los individuos y que se encuentran expresamente reconocidos en la Constitución.

b. Que la interpretación de la normativa de acceso a la información que realizó la Cámara establece un plazo *sine die* para el cumplimiento del mandato constitucional a la entrega de la información pública que posee el Estado y desnaturaliza la vía judicial para su reclamo efectivo.

c. Que si el motivo por el cual la Administración no puede brindar la información solicitada lo constituye la circunstancia de que los datos requeridos se encuentran en proceso de relevamiento, debe informarlo al peticionante dentro del término de ocho días para dar estricto cumplimiento a lo dispuesto por el art. 14 del Anexo I del decreto 2549/2004 o, eventualmente, hacer uso de la prórroga informando al peticionante el motivo por el cual no ha podido ponerse a disposición la información solicitada. Esto es, debe hacer expresa mención a las circunstancias excepcionales que le impiden brindar la información.

d. Que los jueces no pueden apartarse del contenido de la ley y decidir en qué casos imposibilitar el acceso a la vía judicial que el legislador creó expresamente para el reclamo de información pública en supuestos de denegatoria.

e. Que la interpretación contenida en el fallo recurrido pondría en grave riesgo la operatividad del derecho de acceso a la información, ya que la denegatoria que habilita la procedencia del amparo sólo quedaría configurada por una negación expresa o cuando en el caso concreto la entrega de información dependa de un simple proceso manual o informático.

f. Que la ley 12.475 ha creado una presunción *iuris et de iure* en lo que respecta a la viabilidad de la acción de amparo en casos de denegación de información solicitada a los organismos públicos.

III. El recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto no prospera.

1. Inicialmente, cabe reparar que, descartado el cuestionamiento introducido por la accionada acerca de la legitimación activa de la asociación actora, no fue motivo de discusión en las instancias jurisdiccionales previas el derecho que asiste al reclamante de solicitar la información pública requerida en el marco de los principios y garantías que dimanar de los arts. 15 y 20 de la Constitución provincial, 1 y concs. de la ley 12.475 y su decreto reglamentario.

Ello es así, teniendo en consideración que, en la especie, el ejercicio del derecho a la información tiene como finalidad directa controlar la actividad gubernamental en materia de educación pública (fs. 40).

2. En cuanto al derecho al acceso a la información pública, cabe tener presente en lo pertinente lo resuelto recientemente por la Corte Suprema de la Nación en la causa A.917.XLVI “Asociación Derechos Civiles c/ Estado Nacional –PAMI– (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 4 de diciembre de 2012, a cuyos fundamentos, en honor a la brevedad, remito.

3. En cambio, en la especie, la cuestión controversial se debate en torno al trámite administrativo que confirió la autoridad estatal a la petición efectuada por la asociación actora.

Entiendo que las constancias del expediente administrativo no exhiben un comportamiento reprochable de la Administración, que ocasione un menoscabo cierto del derecho de información, en el caso, íntimamente vinculado al ejercicio y defensa del derecho fundamental a la educación (ver fs. 46 y sigts. expte. adm. 5800-285.986/07 –informe elaborado por la Dirección de Gestión Institucional - Dirección Provincial de Educación Secundaria–, conf. informe circunstanciado de fs. 86/90 de la causa).

Llega indiscutido que el día 17 de septiembre de 2007 el accionante peticionó ante la Dirección General de Cultura y Educación –Dirección de Educación Secundaria– (fs. 50/52) se informe acerca de “cuántos días de clase no tuvieron los alumnos de los establecimientos mencionados en el Anexo I (...) por ausencia de docentes”, solicitud que dio origen a la formación del expediente administrativo 5800-285.986/07 agregado sin acumular a estos autos.

Como surge del informe circunstanciado obrante a fs. 86/90 de la causa, la información peticionada por la actora suponía un proceso de relevamiento de datos de 36 establecimientos educativos de diversos distritos de la Provincia respecto a un año lectivo todavía en curso. Ello significa, como afirma la accionada, que lo solicitado no era un documento administrativo existente sino un documento a crearse con el singular contenido y alcance indicado.

Contrariamente a lo sostenido por la recurrente, no hubo de parte de la demandada una denegatoria tácita por el transcurso del tiempo. Ello es así, en tanto no se encontraba obligada a hacer expresa mención a las circunstancias excepcionales que le impedían brindar la información,

porque las causas por las que el suministro de dicha información requería de mayor tiempo de procesamiento, no eran excepcionales sino derivadas del contenido del propio pedimento.

Los plazos previstos en el art. 14 del Anexo I del decreto 2549/2004 se refieren a documentos administrativos confeccionados y no a aquellos que requieran de un procesamiento como ocurre en el caso de autos.

Más aún, el art. 20 del Anexo I del decreto citado establece que la Administración no se encuentra obligada a crear o producir documentos, salvo que el Estado se encuentre obligado a ello.

En consecuencia, el *a quo* concluyó con acierto que el plazo previsto por el art. 7 de la ley 12.475 no resulta aplicable al *sub lite*, por referirse al acceso a documentos existentes que requieren simples procesos de expedición.

4. En otro orden, y sin perjuicio de considerar que en el caso no hubo denegatoria expresa ni tácita por parte de la Administración, corresponde analizar los carriles de impugnación posibles en el marco de la ley 12.475 de acceso a la información pública.

El art. 8 de la ley 12.475 establece que contra las decisiones que denieguen el derecho de acceso a documentos, o en el supuesto previsto en el art. 7, podrá interponerse acción de amparo.

A su vez, el art. 18 del Anexo I del decreto 2549/2004 completa la cuestión, estableciendo que podrán interponerse los recursos administrativos y/o acciones que el ordenamiento jurídico permita.

De allí que la denegación expresa o tácita al acceso a la información pública, está equiparada a la impugnación de un acto administrativo que puede ser cuestionado tanto en sede administrativa a través de los recursos previstos en la Ley de Procedimientos Administrativos, como en sede judicial a través de las acciones contempladas en el Código Contencioso Administrativo y en la Ley de Amparo provincial.

Ahora bien, la utilización de cualquiera de las vías impugnatorias indicadas trae aparejadas las cargas probatorias pertinentes en cada caso.

Por ese motivo, la referencia a la acción de amparo contenida en el art. 8 de la ley citada, no releva en absoluto al amparista de la carga de acreditar en juicio sumarísimo el cumplimiento de todos y cada uno de los recaudos que hacen procedente la mentada acción.

Resulta errónea, pues, la interpretación ensayada por la recurrente al pretender que aquella referencia constituye una presunción *iuris et de iure* de la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del obrar estatal.

Esa interpretación conduciría a admitir la consagración por la ley 12.475 de una acción de amparo *sui generis*, inteligencia que indudablemente no surge del texto de la misma ni de su decreto reglamentario.

Asimismo, con el alcance propuesto por la recurrente, toda denegatoria al acceso a información pública podría presumirse –sin admitir prueba en contrario– ilegítima o arbitraria. Presunción que a mi criterio se disipa con la expresa regulación de los casos en los que a la Administración le está vedado otorgar el derecho de acceso a documentos (arts. 2 y 6 de la ley 12.475 y 16, Anexo I de su decreto reglamentario).

Sería un contrasentido inadmisibles sostener frente a ello que, aun existiendo supuestos de denegatorias legítimas, todas se presumen manifiestamente ilegítimas o arbitrarias.

Así es que asiste razón al sentenciante al sostener que el obrar de la demandada no puede ser encuadrado como manifiestamente ilegítimo o arbitrario, por cuanto la misma no denegó el pedido efectuado y la elaboración y procesamiento de los datos requeridos justificaban un tiempo mayor al exiguo plazo pretendido por la amparista.

Máxime, cuando el motivo invocado por la peticionante para fundar su interés en la información solicitada, fue la realización de un trabajo de investigación respecto del cual no se alegó ni probó razón de urgencia alguna (fs. 41, expte. adm. 5800-285.986/07), evidenciando una desproporción entre la complejidad de procesamiento de la información requerida y la falta de urgencia de la misma por un lado y la pretensión de la peticionante de obtenerla en un plazo tan exiguo e irrazonable.

Entiendo que el plazo transcurrido entre el pedido de información (17-IX-2007; fs. 41, expte. adm. cit.) y la iniciación del proceso de autos (12-XI-2007; conf. cargo de fs. 47 vta.) –menos de dos meses– cuando ni siquiera ha-

bía finalizado el ciclo lectivo respecto del cual se peticionaba la información, resulta insuficiente para reprochar un obrar ilegítimo o arbitrario a la Administración.

4. [sic] Finalmente, considero que el absurdo en la ponderación de las constancias de la causa y en las obligaciones a cargo del Estado provincial que la recurrente endilga al sentenciante, es un ataque sólo aparente, en tanto no explica de qué circunstancias y razonamientos dimana el vicio que denuncia.

La mera discrepancia con la sentencia no conforma base idónea para los agravios, ni constituye un absurdo que dé lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, puesto que dicha anomalía queda configurada cuando media cabal demostración de su existencia y sólo el error palmario y fundamental autoriza la apertura de la casación para el examen de cuestiones de hecho y prueba (conf. Ac. 41.465, sent. del 1-VIII-1989 en “Acuerdos y Sentencias”, 1989-II-756; Ac. 68.634, sent. del 17-XI-1999; Ac. 71.478, sent. del 16-II-2000; A. 71.709, sent. del 29-II-2000, Ac. 91.554, sent. del 29-III-2006).

Y cuando se impugna una tarea propia de las instancias ordinarias –valoración de prueba– deviene imprescindible demostrar fehacientemente que el procedimiento lógico jurídico empleado por el juzgador resulta irrazonable y contradictorio con las circunstancias de la causa (conf. Ac. 50.167, sent. del 6-IV-1993, Ac. 56.490, sent. del 15-XI-1994; Ac. 51.683, sent. del 7-II-1995; Ac. 56.510, sent. del 14-II-1995; Ac. 59.875, sent. del 20-II-1996 y Ac. 91.554, antes citada), extremos que no concurren en la especie.

IV. Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto (art. 289 incs. 1 y 2, C.P.C.C.).

Voto por la negativa.

Costas al recurrente vencido (arts. 19, ley 13.298 y 289 *in fine*, C.P.C.C.).

El señor Juez doctor *Negri*, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor *Genoud*, votó también por la negativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor *Soria* dijo:

1. Por los motivos que seguidamente desarrollo, me aparto de la opinión de los colegas que me preceden en la votación.

Sucintamente expuestos los antecedentes, la Cámara confirmó el fallo de primera instancia que rechazó la acción considerando que la conducta desplegada por la Dirección General de Cultura y Educación no exhibía las notas de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas requeridas por los arts. 1 y 2 de la entonces vigente ley 7166. Afirmó que para brindar la información requerida, la autoridad administrativa debía realizar un relevamiento de datos en treinta y seis establecimientos educativos. En virtud de ello, consideró que la demora o falta de contestación actual no configuró una afectación al derecho de acceso a la información, ni implicó negación del reclamo.

En su recurso extraordinario, la parte actora cuestiona este razonamiento. Afirmó que el *a quo* interpretó incorrectamente y violó los arts. 7 y 8 de la ley 12.475; 8, 14, 17 y 19 del Anexo I del decreto 2549/04; 1 y 2 de la ley 7166; 12 de la Constitución provincial; 1, 14 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. A su vez, denuncia absurdo.

2. El recurso extraordinario prospera.

a. La Asociación por los Derechos Civiles solicitó el 17-IX-2007 a la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires información relacionada con la cantidad de días de clases no dictadas, por ausencia de docentes, en determinadas escuelas públicas de Florencio Varela, Villa Vatteone y Mariano Moreno.

La autoridad administrativa no respondió al interesado tal requerimiento.

En el informe producido con motivo de esta acción de amparo –fechado el 21-XII-2007– se expresa que “los datos solicitados ... se encuentran en la actualidad en proceso de relevamiento distrital y regional; por cuanto los fundamentos expuestos por la misma ameritan que la evaluación se realice por ciclo lectivo completo, entendiéndose que el mismo comprende el año 2007, atento la falta de especificación”. Agrega que “los datos solicitados deben recabar-

se en forma individual en cada uno de los establecimientos seleccionados por la presentante, razón por la cual y sobre la base de la reciente finalización del ciclo lectivo, la requisitoria se encuentra en término administrativo de contestación conforme los artículos 78 y 79 del dec. ley 7647/70, no pudiendo presumirse en esta instancia la existencia de resolución denegatoria” (v. fs. 46, expte. adm.).

Finalmente, no hay constancias en el expediente referidas a que, al día del dictado de la presente sentencia, la Dirección General de Cultura y Educación haya puesto a disposición de la Asociación actora la información peticionada.

b. La Cámara afirmó que la información pretendida “requiere por su dispersión de un razonable margen de tiempo para recabar y procesar los datos que debieron computarse para llegar a una conclusión fidedigna (...) que la propia magnitud de la información solicitada, impide encuadrar la ausencia de respuesta en tiempo por parte de la administración en una conducta manifiestamente arbitraria o ilegal. A partir de ello, no es posible encuadrar dicho supuesto en el marco del art. 7 de la ley 12.475, pues dicho plazo se refiere al acceso de aquella información que requiera de simples procesos manuales o informáticos, pero de ningún modo, conlleva la obligación de generar información elaborada, a la medida del solicitante, y mucho menos, en un plazo que a todas luces resulta evidentemente exiguo a tales fines” (v. fs. 128 vta.).

c. Pues bien, asiste razón a la Asociación accionante cuando afirma que el juicio del tribunal de grado vacía de contenido la exigibilidad al Estado, en tiempo y forma, del derecho de acceso a la información pública, en los términos reconocidos por la Constitución Nacional, la provincial y los tratados internacionales. Veamos.

i] La Constitución Nacional, desde su Preámbulo y art. 1º, al igual que la Constitución provincial, establecen el principio republicano de gobierno; una de cuyas manifestaciones primordiales reside en la exigencia de publicidad de los actos de las autoridades del Estado. Con ello se procura que los ciudadanos puedan conocer los actos de gobierno, como modo de controlar a sus representantes, condición inherente a la democratización del poder.

Así, por regla general, toda persona ha de tener acceso a la información pública. La Constitución Nacional prevé implícitamente este derecho en los enunciados generales de los arts. 1 y 33, dentro del contenido ínsito en la libertad de expresión (art. 14) y en algunos campos en los que la información es peculiarmente necesaria (v. gr., arts. 38, 41 y 42). Y análoga consagración surge de los tratados internacionales que revisten jerarquía constitucional de acuerdo al art. 75 inc. 22. La Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé en su art. 13 el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole; la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 19.1, refiere al derecho de investigar y recibir información; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos consagra en su art. 19.2 el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. A su turno, la Convención Americana contra la Corrupción, ratificada por ley 24.759, promueve la aplicabilidad de medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para la contratación de funcionarios públicos que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas (art. III.5; además v. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada por la ley 26.097, art. 10).

De igual modo, la Constitución provincial prevé expresamente en su art. 12 inc. 4º el derecho de toda persona a la información y a la comunicación (además, v. arts. 1, 11 y 38).

ii] Estos postulados normativos han permitido a la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconocer el derecho de acceso a la información en poder del Estado a todo ciudadano; pues su fundamento central radica en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que los gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan. Adunó que en tanto se trate de datos de incumbencia al interés público y que hacen a la transparencia y a publicidad de la gestión de gobierno, en su accesibilidad, reposan los pilares fundamentales de una sociedad que se precie de ser democrática (C.S.J.N., A. 917. XLVI, “Asociación Derechos Civiles”, sent. de 4-XII-2012).

De ahí que este derecho evolucione progresivamente. Por sobre su formulación clásica, la adecuada publicidad de los actos importa una práctica que atañe a la “buena administración” (Baena del Alcázar, M., “Sobre la idea euro-

pea de buena administración”, Noticias CEE, n.º 247-248, 2005; Tomás Mallén, B., “El derecho fundamental a una buena administración”, INAP, Madrid, 2005; Ponce Solé, J., Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 126 y ss.; conf. González Calderón, Juan A., “Curso de Derecho Constitucional”, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 35) porque coadyuva a la transparencia de la gestión pública, fortalece la relación de confianza entre los ciudadanos y el Estado, facilita los controles del obrar público y estimula la eficiencia y efectividad de las administraciones. La opacidad, la reserva extrema o el secreto, por el contrario, reñidos con tales principios, dan lugar a diversos tipos de disfunciones, incompatibles con un Estado de derecho.

A su vez, a más de su relevancia en sí, el valor instrumental del derecho de acceso a la información, en orden a la libertad de expresión (v. doct. C.S.J.N., Fallos 330:3908) y al conocimiento de la cosa pública, justifica la predicada amplitud en cuanto a su reconocimiento y consagración práctica (v. en sentido coincidente Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Claude Reyes vs. Chile”, sent. de 19-IX-2006; Corte Suprema de los Estados Unidos, “New York Times vs. Sullivan”, 376 U.S. 254, 1964, vinculando la amplia protección del derecho a la información con la libertad de expresión y el sistema de gobierno de la democracia representativa).

iii] El acceso a la información y documentación públicas recibe un amplio reconocimiento en el ordenamiento jurídico.

En el orden nacional, el decreto 1172/2003 del Poder Ejecutivo y, por ejemplo, las Acordadas 37/03, 1/04, 2/04 y 17/06 de la Corte Suprema de la Nación, ponen de manifiesto ese abordaje favorable. En el ámbito de la Provincia, el decreto 2549/2004 se ha alineado en esta dirección expresando en sus considerandos que “...la disponibilidad de más y mejor información y una mayor transparencia en las actuaciones son elementos vitales para entablar un debate público bien orientado y para incrementar la confianza de la ciudadanía en el funcionamiento de la gestión pública”.

De su lado, la ley 12.475 reconoce el derecho de acceso a los documentos administrativos provenientes de los órganos del Estado provincial a quienes invoquen un interés legítimo, expresión ésta que, lejos de interpretarse en modo limitativo, ha de ser armonizada con el contenido de los otros textos normativos, sobre todo aquellos de superior jerarquía, arriba aludidos, que determinan el alcance jurídico del derecho. Desde esta perspectiva, la ley citada establece un piso mínimo de protección y, por tanto, no obsta la mayor extensión con que las facultades informativas son reconocidas de acuerdo a otras fuentes normativas. Ello explica la amplitud del decreto 2549/2004 (B.O., 21-III-2005), que reglamentó la citada ley en el ámbito del Poder Ejecutivo, en cuanto confiere a toda persona el acceso a documentos administrativos de naturaleza pública “...sin necesidad de alegar fundamento o causa ni acreditar derecho o interés alguno”.

Más aún, el criterio rector, que mejor armoniza con el máximo rendimiento posible de los derechos y principios constitucionales implicados, es aquel conforme al cual la información generada o controlada por las autoridades estatales se presume pública y la carga de fundar una excepción a esta presunción recae sobre el ente gubernamental (v. decreto nacional 1172/2003; decreto 2549/2004, cit.; entre otros; a nivel internacional, v. Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la O.E.A., año 2004, Cap., IV, sobre Acceso a la Información; *Freedom of Information Act* de los Estados Unidos, del año 1966, con sus reformas cfr. U.S. Code [2009], <http://www4.lavv.cornell.edu/uscode/5/552.html>, entre otros).

3. En la especie, en tanto la autoridad administrativa lisa y llanamente rehusó responder el pedido de información o explicitar los motivos que demandaban un plazo mayor para proveer la respuesta, comprometió el derecho de acceso a la información de la asociación actora. Ante estas circunstancias, la interpretación otorgada por la Cámara a las normas adjetivas que instrumentan el procedimiento que viabiliza el ejercicio del derecho, es incorrecta pues deviene en su desconocimiento.

i] Inicialmente, es fundado el agravio del recurrente cuando afirma que la decisión del *a quo* pone en riesgo la operatividad del derecho de acceso a la información pues

tiene como efecto directo convalidar un incumplimiento *sine die* del mandato constitucional a la entrega de la información pública que posee el Estado.

Tal como viene exponiéndose en la presente, la ley 12.475 y el decreto 2549/2009 [sic] deben interpretarse en el contexto del amplio reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública. En este sentido, la norma contempla condiciones bajo las que puede ejercerse el derecho y así dispone el art. 7 que “[t]ranscurridos 30 días hábiles sin que la autoridad se haya expedido, la solicitud se considerará denegada”.

Ahora bien, si el motivo por el cual no puede brindar la información solicitada lo constituye la circunstancia de que los datos necesarios se encuentran en proceso de relevamiento, o que requieren una modalidad de pesquisa que excede la mera recopilación informática, debe hacerlo saber al interesado dentro del término de ocho días establecido por la reglamentación.

El art. 14 del Anexo I del decreto 2549/2004 no ofrece dudas interpretativas en punto a esta conclusión. Allí se ordena que “[l]os sujetos enumerados en el art. 2º de este reglamento general están obligados a permitir el acceso a documentos administrativos en el momento en que les sea solicitados o proveerla en un plazo no mayor a ocho (8) días, sólo prorrogable ante circunstancias imprevisibles o excepcionales que impidieran poner a disposición los documentos solicitados en el término aludido, en cuyo caso, y ante justificación razonable y cierta de las circunstancias, podrá extenderse el plazo hasta diez (10) días, lo que debe ser comunicado a los interesados antes del vencimiento del plazo regular”.

Como puede advertirse, la norma no sólo impone la obligación que permite el goce del derecho, sino que también articula eventualidades que pueden, en la práctica, dificultar el cumplimiento del mandato por el órgano administrativo. Así, en su caso, podrá hacer uso de la prórroga prevista, mas informando concretamente al peticionante el motivo por el cual no ha podido ponerse a disposición la información requerida.

Ello conduce a afirmar, tal como indica el recurrente, que si la Administración no expresa las circunstancias excepcionales que le impiden brindar la información en el tiempo previsto en la reglamentación, su conducta queda marginada de la legalidad.

He de recordar que de acuerdo con un consolidado criterio, la sujeción de las administraciones públicas al principio de legalidad supone, entre otras cosas, que los actos y disposiciones que de aquéllas emanan se conformen con las normas y principios de jerarquía superior instituidos por órganos representativos de la voluntad general, que constituyen de tal modo la juridicidad de aquel actuar, así como que se correspondan con las reglas atributivas de la potestad para expedirlos (doct. causas B. 51.720, “Coloschi Hnos.”, sent. de 2-VIII-1994; B. 56.406, “Transporte del Oeste S.A.”, sent. de 16-V-2001; B. 57.761, “Striebeck”, sent. de 7-XI-2001). Indudablemente, en un Estado de derecho los órganos públicos, a la vez que imponen la observancia de ciertas reglas, deben someterse a ellas, para asegurar un adecuado equilibrio entre las prerrogativas del poder y los derechos de las personas (conf. doct. causas B. 56.364, “Guardiola”, sent. de 10-V-2000 y B. 57.328, “Supermercados Mayoristas Makro”, sent. de 31-V-2006).

Pues bien, bajo los parámetros de la regulación indicada procura compatibilizar la operatividad del derecho con una razonable consideración de las posibilidades operativas de la Administración, concluyo que la falta de respuesta por parte de la autoridad administrativa deviene ilegítima y violatoria del derecho de acceso a la información de la actora.

ii] La ilegitimidad constatada, que como queda dicho en el punto anterior encuadra en el art. 7 de la ley 12.475, habilita la acción de amparo de conformidad con el art. 8 de la norma aplicable; a los efectos de articular una pretensión procesal como la contenida en el escrito de inicio en las presentes actuaciones. De tal modo, la desestimación del amparo en los términos efectuados por el *a quo* infracciona efectivamente las normas que rigen el caso.

4. Lo hasta aquí expuesto resulta suficiente para revocar la sentencia impugnada, haciendo lugar a la demanda promovida y condenando, en consecuencia, a la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires para que en el perentorio plazo de 15 días, ponga a

disposición de la Asociación por los Derechos Civiles la información requerida el 17-IX-2007.

La ejecución de lo resuelto en esta instancia quedará a cargo del tribunal de origen.

Costas a la demandada vencida en todas las instancias (arts. 19, ley 13.928 y 68 y 289, C.P.C.C.).

Voto por la afirmativa.

A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

Adhiero a los puntos 1, 2 –hasta el punto i] inclusive–, 3 y 4 del voto del doctor Soria, en tanto considero que resultan suficientes para revocar la sentencia impugnada.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al amparo y ordenar a la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires que en el plazo perentorio de 15 días, ponga a disposición de la Asociación por los Derechos Civiles la información solicitada en septiembre del 2007. La ejecución de lo resuelto en esta instancia quedará a cargo del tribunal de origen.

Costas a la demandada vencida (arts. 19, ley 13.928, 68 y 69 del C.P.C.C.).

Voto por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

Con apego a las particulares circunstancias de la causa y la insuficiencia del embate traído en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que nos ocupa (art. 279 del C.P.C.C.), presto mi adhesión al voto del doctor Genoud.

Voto por la negativa.

Los señores jueces doctores de Lazzari e Hitters, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron también por la afirmativa.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, por mayoría, se revoca la sentencia impugnada, haciendo lugar a la demanda promovida y condenando, en consecuencia, a la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires para que en el perentorio plazo de 15 días, ponga a disposición de la Asociación por los Derechos Civiles la información requerida el 17-IX-2007.

La ejecución de lo resuelto en esta instancia quedará a cargo del tribunal de origen.

Las costas se imponen a la demandada vencida en todas las instancias (arts. 19, ley 13.928 y 68 y 289, C.P.C.C.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. – Luis E. Genoud. – Héctor Negri. – Daniel F. Soria. – Hilda Kogan. – Eduardo J. Pettigiani. – Eduardo N. de Lazzari. – Juan C. Hitters (Sec.: Juan J. Martiarena).

## Ciudad de Buenos Aires:

Policía Metropolitana: armas de descarga eléctrica; uso; actos administrativos aprobatorios; cuestionamiento; amparo; ciudadano; falta de legitimación activa; ausencia de caso o controversia; recurso de inconstitucionalidad; procedencia.

1 – El actor carece de legitimación para interponer la presente acción de amparo tendiente a cuestionar la validez de los actos administrativos –resoluciones 1049/MJySGC/09 y 20/MJySGC/10– mediante los cuales se aprobó la adquisición de armas de descarga eléctrica para la Policía Metropolitana, pues ninguno de los derechos en que ha fundado su acción, es decir, el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad pública, le acuerdan el derecho de impugnación a cualquier ciudadano. Máxime que la CCBA no acuerda un derecho colectivo a impugnar actos administrativos, por lo cual la legitimación para la protección de derechos e intereses de incidencia colectiva prevista con gran amplitud en el art. 14 de la CCBA, norma sobre cuya base se ha dado curso a la demanda, no debe ser extendida por fuera de lo que el constituyente contempló, ya que ello colocaría a un juez en posición de efectuar un control de los otros poderes en exceso de lo que le ha sido constitucionalmente atribuido.

2 – La pretensión del amparista de que se prohíba al Gobierno de la Ciudad dotar a la Policía Metropolitana de las armas de descarga eléctrica Taser por considerarlas instrumentos

de tortura no constituye un caso por ser prematura, pues se trata de un planteo que parte de suponer un futuro uso indebido de dichas armas, sin que el actor haya denunciado haber sido sometido ilegítimamente al uso de estas, las cuales, por otra parte, aún no han sido siquiera adquiridas. Máxime que una decisión judicial solo puede expedirse acerca de un conflicto entre un derecho y un uso ocurrido o programado efectivamente, y no acerca de empleos puramente conjeturales, ya que ello implicaría invadir las atribuciones de los órganos políticos.

3 – Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad y revocar la sentencia que le ordenó abstenerse de dotar a la Policía Metropolitana de las armas de descarga eléctrica Taser, pues los agravios de la parte actora se fundan en meras especulaciones y pronósticos futuros respecto de la posible afectación a derechos constitucionales por el uso indebido de dichas armas, que no alcanzan, por lo conjetural, para configurar un “caso” en los términos descriptos en los párrafos precedentes (del voto de la doctora INÉS WEINBERG).

4 – Si bien lo conjetural e hipotético de los planteos del amparista respecto de su pretensión de que el Gobierno de la Ciudad se abstenga de dotar a la Policía Metropolitana de las armas de descarga eléctrica Taser se traducen en la inexistencia de un caso, causa o controversia que justifique la intervención del Poder Judicial de la Ciudad, ello no importa emitir opinión –ni aprobatoria ni desaprobatoria– sobre la decisión del Poder Ejecutivo de implementar el uso de dichas armas Taser, sino –tan solo– hacer respetar el ámbito de actuación asignado a los jueces por la Constitución local, pues no es este el medio para conjurar peligros hipotéticos a los que eventualmente podrían verse sometidos los habitantes de la Ciudad por un uso indebido de las armas, ya que ello implicaría la arrogación de la definición de criterios y políticas de seguridad pública que corresponden a los poderes de gobierno (del voto de los doctores CASÁS y CONDE).

5 – Cabe rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad contra la sentencia que le ordenó abstenerse de dotar a la Policía Metropolitana de las armas de descarga eléctrica Taser, toda vez que su fundamentación no alcanza a poner en crisis la sentencia recurrida ni introduce una cuestión constitucional. Tanto más que dicho decisorio satisface la obligación de tomar medidas eficaces para impedir actos de tortura en todo el territorio que esté bajo su jurisdicción, que le son impuestas al Estado por el art. 2º, inc. 1º, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (del voto en disidencia de la doctora RUIZ). R.C.

900 – TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, marzo 6-2015. – P., C. c. GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido.

Buenos Aires, 6 de marzo de 2015

Vistos: los autos indicados en el epígrafe, resulta:

1. El [sic] C. P. interpuso acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA) con el objeto de que se impida la utilización de las armas denominadas “no letales” Taser X26, por parte de las fuerzas de seguridad del gobierno local, específicamente por parte de la Policía Metropolitana, por consistir las mismas un elemento de tortura. Como medida cautelar solicitó que se ordenara la suspensión de la utilización de tales armas que ya fueron adquiridas por el demandado para la Policía Metropolitana, hasta tanto se resuelva el fondo del amparo (fs. 1/23).

El GCBA contestó demanda y solicitó su rechazo (fs. 265/272). Cuestionó la legitimación del actor, la existencia de caso y el trámite de la acción por la vía del juicio de amparo. Señaló que no se plantean actos manifiestamente ilegítimos, y que el actor cuestionaba la oportunidad, mérito o conveniencia de una política pública que competía al Poder Ejecutivo fijar. Agregó que el RENAR considera que las pistolas Taser X26 son armas de uso civil “no letales”.

La jueza de grado hizo lugar a la demanda y ordenó al GCBA que se abstuviera de usar las armas Taser X26. También dejó sin efecto los actos administrativos “...que se hayan dictado a tales fines, tendientes a la adquisición de las mismas” (fs. 566/581 vuelta).

2. El GCBA interpuso recurso de apelación (fs. 582/595 vuelta), que fue contestado por el Sr. P. a fs. 597/610.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario recibió una audiencia en la que las partes expusieron y mantuvieron sus posiciones (fs. 620/621). Además ordenaron (fs. 623 y vuelta) y produjeron (fs. 624/848) medidas para mejor proveer.

La sentencia de Cámara (fs. 859/867) examinó los agravios referidos a la falta de legitimación del actor (punto 7), la aptitud de la vía del amparo (puntos 8 y 9), definió el marco normativo que consideró aplicable (punto 10) y revisó los cuestionamientos contra el fondo de la decisión (puntos 11 a 13), para concluir en el rechazo de la apelación del GCBA, con costas.

3. El GCBA planteó recurso de inconstitucionalidad (fs. 873/891 vuelta).

Afirmó que la sentencia de Cámara, al confirmar la de primera instancia en cuanto admitió encauzar por amparo la demanda planteada por quien carecía de “un interés legítimo, propio, personal y no conjetural”, afectaba el derecho de defensa en juicio de la Ciudad (art. 13, CCBA). También planteó que la decisión vulneraba competencias propias y exclusivas de la Administración en materia de seguridad pública (arts. 34, 104 incs. 11 y 12, 105 inc. 6, CCBA), y, con ello, el principio republicano de división de poderes (art. 1, CCBA). Agregó que el fallo era, igualmente, arbitrario.

El Sr. P. dio respuesta al recurso (fs. 896/904) que fue concedido por decisión (adoptada por mayoría) de la Sala interviniente (fs. 912/913 vuelta). El auto de concesión señaló que “...de los términos de la sentencia recurrida resulta que, en lo sustancial, las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión en ella se refirieron al análisis del marco normativo vinculado con los derechos a la vida, la integridad física y la salud, ‘...protegidos tanto en la Constitución Nacional como en la de la Ciudad de Buenos Aires y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (v. gr.: Declaración Americana de los Derechos del Hombre –arts. 1º y 11–, Declaración Universal de Derechos Humanos –art. 3º–, Convención Americana sobre Derechos Humanos –arts. 4º y 5º–, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –art. 12– y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –art. 6º–)’ (v. considerando 10 de la sentencia de fs. 859/867).// Así, el análisis del alcance de lo dispuesto en el artículo 34 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, realizado por el tribunal a la luz de las garantías constitucionales citadas (v. fs. 866 vta./867) y la afectación de una decisión política adoptada por la Administración en ejercicio de sus facultades, tornaría –en principio– procedente el remedio intentado” (fs. 912 vuelta, punto 6).

4. En su dictamen, la Fiscalía General Adjunta propició que se hiciera lugar al recurso y se revocara la sentencia impugnada, ya que “...el actor carece de legitimación procesal para iniciar esta acción” (fs. 923/927).

#### FUNDAMENTOS

El juez *Luis Francisco Lozano* dijo:

1. Empecemos por repasar la pretensión que dio inicio a estas actuaciones.

Según la Cámara, la petición de la parte actora consistió en “...que se impid[iese] la utilización de las armas denominadas ‘no letales’ Taser X26, por parte de las fuerzas de seguridad del gobierno local, específicamente por parte de la Policía Metropolitana...” (cf. fs. 860 vuelta y 1).

1.1. Sin embargo la decisión recurrida resolvió confirmar la decisión de primera instancia que había hecho lugar al amparo ordenando al GCBA “...que se abst[uviera] de usar las armas Taser X 26, dejándose sin efecto los actos administrativos que se hayan dictado a tales fines, tendientes a la adquisición de las mismas” (fs. 581, el subrayado no pertenece al original). En ese marco, el *a quo* entendió que la pretensión descripta incluía, también, la impugnatoria de los actos administrativos resaltados con el subrayado.

Esos actos son las resoluciones n° 1049/MJySGC/09 y 20/MJySGC/10.

La primera de ellas “[a]pr[obó] el Pliego de Bases y Condiciones Particulares y de Especificaciones Técnicas, para la adquisición de seis (6) escopetas de dotación específica, cien (100) escopetas de dotación general, veinte (20) escopetas de dotación táctica, cuarenta (40) pistolas de dotación específica, y setenta y dos (72) sistemas polivalentes de aplicación policial de baja o nula letalidad

[de las cuales 30 el Pliego decía que tenían que ser Taser X26], con destino a la Policía Metropolitana, que como anexo forman parte de la presente, por un monto aproximado de pesos un millón novecientos mil (\$ 1.900.000.-)”; y, la segunda “[a]pr[obó] el Pliego de Bases y Condiciones Particulares y de Especificaciones Técnicas, para la Adquisición de Armas no Letales con destino a la Policía Metropolitana, por un monto aproximado de pesos ciento veintitín mil (\$ 121.000), al amparo de lo establecido en el Artículo 28, inciso 4) de la Ley N° 2095 y bajo la modalidad de etapa única”, y autorizó “...a la Dirección General de Compras y Contrataciones a realizar el llamado a Contratación Directa, sobre la documentación y modalidad aprobada en el Artículo 1º”. La contratación contemplaba la adquisición de 5 armas Taser X26 (cf. el párrafo 3º de los Considerandos de la Resolución).

1.2. Esa interpretación de las pretensiones no viene discutida por las partes. De ahí que a ella cabe estar. En suma, la parte actora pidió que se prohíba al GCBA la utilización de las pistolas modelo Taser X26; petición que, en la interpretación de los jueces de mérito, incluye la impugnación de las Resoluciones 1049/MJySGC/09 y 20/MJySGC/10.

2. El GCBA sostiene que la Cámara obró en exceso jurisdiccional. Manifiesta que “...la sentencia impugnada ha sido dictada en franca violación del art. 106 de la Constitución local, transgrediendo ‘la esfera de poder asignada a los jueces’, en vulneración al principio de ‘división de poderes’ y de la garantía de ‘defensa en juicio’” (cf. fs. 882).

Con relación a la petición impugnatoria, sostiene que el actor pidió “...la revisión de la decisión administrativa consistente en la adquisición de armas Taser X 26 para la Policía Metropolitana”, pero no indicó ninguna norma que le dé el derecho para impugnar esos actos. Se limitó, siempre en el relato del GCBA, a decir que era un Ciudadano de la Ciudad y que obraba en resguardo del derecho individual y colectivo a la salud y a la vida; y ni esa calidad, la de Ciudadano, ni los derechos invocados, le dan, a juicio del GCBA, la legitimación que pretende.

Asimismo, dice que se le ha dado trámite a un proceso en donde todas las alegaciones de la parte actora resultan conjeturales (cf. fs. 878, entre otras), atento que las armas, cuya prohibición la actora pretende, no han sido siquiera adquiridas por la Administración. Así, manifiesta que “...ignorando la Cámara la existencia del Estado Constitucional de Derecho, en base a simples consideraciones, con sustento en meras aseveraciones e hipotéticas conclusiones que son meramente conjeturales y adivinatorias de la voluntad de la Administración, estimó confirmar la sentencia de grado, afectándose así de manera irremediable el derecho de defensa en juicio de la Ciudad pues se lo condenó al GCBA sin prueba, sin daño, sin lesión a derechos constitucionales, es decir[,] sin existir ilegalidad, ni arbitrariedad y/o ilegitimidad manifiestas, todo lo cual implica una grave violación al derecho de defensa en juicio y a las reglas del debido proceso legal adjetivo en los términos de lo normado por los arts. 13 inciso 3º de la CCABA y 18 de la C.N.” (fs. 878 vuelta).

3. El GCBA ha planteado una cuestión constitucional que corresponde a este Tribunal resolver (cf. el art. 113, inc. 3, de la CCBA), a saber, establecer si este proceso ha tramitado sin una causa (cf. el art. 106 de la CCBA) que lo hiciera posible.

4. La Cámara, al confirmar la decisión de primera instancia, entendió que los derechos a la vida, integridad física y a la salud, que el actor invocó y enmarcó el derecho a la seguridad pública, le daban derecho para interponer la presente acción tanto de modo individual, como colectivo. En palabras de la Cámara “...el derecho a la vida, la integridad física y la salud comprendían tanto la esfera individual del actor, que los reclamaba frente al Estado, a la vez que se exhibían en su faz de integración solidaria frente a un ente colectivo. En tal sentido, consideró[, la jueza de grado,] que el actor pretendía resguardar sus derechos individuales pero también como miembro del colectivo social, con el fin de peticionar la revisión de la decisión administrativa que involucraba el planteo de autos, dado que los derechos involucrados eran también derechos colectivos frente a un accionar estatal que podía verse como una amenaza a la sociedad en su conjunto” (cf. fs. 859).

5. Analicemos separadamente cada una de las pretensiones de la parte actora.

#### PRETENSIÓN IMPUGNATORIA

6. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 106 de la CCBA, los jueces operan sobre causas, esto es, controversias acerca de la existencia y alcance de derechos subjetivos o de incidencia colectiva, y no sobre toda clase de conflicto o disputa, por significativos que fueren; extremo cuya concurrencia incumbe a los jueces verificar, aun de oficio (cf. *mutatis mutandi*, Fallos: 331:2257; 308:1489, entre muchos otros; doctrina receptada, entre otros, en mi voto *in re* “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Yell Argentina SA c/ GCBA s/ acción meramente declarativa art. 277 CCAyT’”, expte. n° 8133/11, sentencia del 23 de mayo de 2012).

Los agravios del GCBA están dirigidos a cuestionar, precisamente, la intervención de los jueces (en exceso del ámbito de atribuciones que la CCABA les asigna) ante la inexistencia de un “caso judicial” y ante la falta de legitimación del actor.

7. Para que exista legitimación activa, la parte debe demostrar que tiene un interés jurídico suficiente y que ese está protegido por el derecho, esto es, que una norma le acuerda una acción, expresa o implícitamente. Aun en los supuestos de legitimación ampliada para reclamar derechos de incidencia colectiva y en circunstancias en que existen razones para extrudir el contenido de las normas en busca de derechos implícitamente reconocidos se debe acreditar también que su reclamo tiene “suficiente concreción e inmediatez” (conf. CSJN sentencia dictada en los autos “Asociación por los Derechos Civiles [ADC] c/ Estado Nacional - ley 26.124 [DECI 495/06] s/ amparo”, el 03/08/10, entre otras).

8. Asiste razón al GCBA en cuanto sostiene que la parte actora carece de legitimación para cuestionar la validez de las Resoluciones 1049/MJySGC/09 y 20/MJySGC/10.

8.1. Ninguno de los derechos en que ha fundado su acción: derecho a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad pública, le acuerdan el derecho a cualquier ciudadano (carácter invocado por la parte actora) para impugnar actos administrativos mediante los cuales se aprobó un Pliego de Bases y Condiciones Particulares para la adquisición de determinados bienes, en el *sub lite* las armas Taser X26.

Veamos uno por uno los derechos invocados.

8.2. Derecho a la vida. La parte actora no ha invocado ninguna ley reglamentaria del derecho a la vida que le acuerde el derecho que pretende.

A su vez, esa legitimación tampoco se desprende de la CADH que recepta el derecho, cuyo art. 1 de la CADH dispone, en lo que aquí importa, que “[n]adie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Ahora, una cosa es el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida y otro, muy distinto, el de impugnar actos mediante los cuales una Administración decide adquirir determinado bien; cualquiera sea la conexión que ese bien tenga con la “seguridad pública” y las vidas de las personas que se pretenden resguardar con su adquisición.

8.3. Derecho a la integridad física. El Sr. P. fundó también su legitimación en el derecho a la “integridad física” que acuerdan los arts. 1 de la DADyDH y 5.1 de la CADH.

El primero de esos artículo dispone que “[t]odo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; y el segundo que “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. Ninguna de esas dos normas acuerda al actor un derecho a impugnar actos administrativos que no lo tienen por parte.

8.4. Derecho a la salud. El derecho a la salud viene reglamentado, dese el ángulo local, por la ley Básica de Salud, cuya validez no ha sido cuestionada, y la parte actora no ha demostrado, ni surge del texto de la ley, que el derecho impugnatorio que aquí pretende ejercer surja de esa ley (en particular, de su artículo 4º, en el que están enumerados los derechos de todas las personas en su relación con el sistema de salud y con los servicios de atención).

8.5. La seguridad pública. La invocación de la seguridad pública tampoco acuerda al actor la legitimación que pretende.

La participación ciudadana en materia de seguridad pública viene reglamentada por la ley 1689; ley mediante la cual se creó el Consejo de Seguridad y Prevención del Delito, a que se refiere el art. 35 de la CCBA. Así, el ar-

título 2 de esa ley dice que “[e]l Consejo de Seguridad y Prevención del Delito es un órgano honorario de consulta y asesoramiento permanente del Poder Ejecutivo en las políticas de seguridad y preventivas, dependiente del Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Su artículo 6 pone entre las funciones del Consejo la de “[desarrollar...] estrategias y políticas multidisciplinarias de prevención del delito y la violencia diseñando y facilitando los canales de participación comunitaria, a través de la tarea coordinada entre los organismos institucionales involucrados, los vecinos, las asociaciones intermedias y las organizaciones no gubernamentales” (cf. el art. 6, inc. b, el subrayado no pertenece al original).

El Capítulo V de la ley regula la “participación comunitaria” en los siguientes términos:

Artículo 11.- La participación comunitaria en materia de seguridad es un derecho de los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siendo un deber constitucional del Poder Ejecutivo promoverla y fomentarla, conforme a la presente ley.

Artículo 12.- La participación comunitaria se efectiviza a través de la actuación de los vecinos de la ciudad en las Asambleas del Plan de Prevención del Delito, en las Redes vecinales solidarias para la Prevención del Delito o a través de núcleos creados en virtud de sus necesidades.

Artículo 13.- Las inquietudes, requerimientos y propuestas de los vecinos son elevadas al Plenario del Consejo de Seguridad y Prevención del Delito, por los Coordinadores Comunitarios del Plan de Prevención del Delito, dependientes de la Dirección General de Política de Seguridad y Prevención del Delito para que allí sean tratadas y analizadas.

Artículo 14.- El Consejo de Seguridad y Prevención del Delito, se compromete a dar rápida respuesta a las temáticas planteadas por la participación comunitaria.

En suma, el Legislador ha previsto que la participación ciudadana en materia de seguridad sea encauzada por el procedimiento que prevén las normas transcriptas; procedimiento que no ha sido tachado de inconstitucional por la parte actora, y que no prevé la posibilidad de que cualquier ciudadano impugne actos como los aquí cuestionados.

8.6. Finalmente, el art. 14 de la CCBA, norma sobre cuya base se ha dado curso a la demanda, dispone –en cuanto ahora interesa– que “[e]stán legitimados para interponerla [la acción de amparo] cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor”.

Así, los derechos a los que el art. 14 le acuerda un carácter colectivo son: “...la protección del ambiente, del trabajo y de la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad”. Ninguno de esos derechos muestra la parte actora estén en juego en el *sub lite*.

A su vez, la CCBA no acuerda un derecho colectivo a impugnar actos administrativos (cf. mi voto *in re* “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Teso, Oscar Emilio y otros c/ GCBA y otros s/ Otros procesos incidentales”, Expte. n° 10501/13, sentencia del 11 de septiembre de 2014). En aquella oportunidad señalé que la legitimación para la protección de derechos e intereses de incidencia colectiva prevista con gran amplitud en el art. 14 de la CCBA no debe ser extendida por fuera de lo que el Constituyente contempló, puesto que ello serviría para colocar a un juez en posición de efectuar un control de los otros poderes en exceso de lo que la CCBA le atribuyó. En ese orden de ideas, el art. 14 de la CCBA no acuerda, en lo que aquí importa, un derecho colectivo a impugnar actos administrativos mediante los cuales se aprobó un Pliego para adquirir bienes que serían destinados a la seguridad pública.

#### PROHIBICIÓN DE USAR LAS ARMAS TASER X26

9. Esta segunda pretensión, consistente en obtener un orden judicial que prohíba al GCBA dotar a la policía local de las armas Taser X26, me rememora lo resuelto por la Corte Suprema de los EE.UU. *in re* “*Los Angeles v. Lyons*” (461 U.S. 95, 1983).

9.1 El Sr. Lyons fue detenido, en 1976, por la policía de la Ciudad de los Ángeles por violar una regla de tránsito y, sin que hubiera mediado provocación o justificación algu-

na, los oficiales que lo detuvieron le aplicaron una técnica de estrangulamiento dejándolo inconsciente y generándole un daño en la laringe.

La Corte de los EE.UU. resolvió, en lo que aquí importa, que el Sr. Lyons tenía derecho a demandar por los daños que había sufrido, pero no a petionar que se le ordenase al departamento de policía de los Ángeles prohibir a sus oficiales el empleo de la técnica de estrangulamiento a la que él había sido sometido, excepto para repeler el ejercicio inminente de una fuerza letal.

La razón por la cual la Corte entendió que el actor carecía de un derecho para formular esa segunda petición fue que no había acreditado una controversia actual al respecto. En palabras de la Corte de los EE.UU. “...gros [*sic*] para establecer una controversia actual en este caso, Lyons no sólo debió alegar que podría tener otro encuentro con la policía sino también hacer la increíble afirmación de (1) que todos los policías en los Ángeles siempre estrangulan a cualquier ciudadano con el que tienen un encuentro, ya sea que el propósito de arresto, emisión de una citación, o para interrogarlo, o (2) que la Ciudad ordenó o autorizó a los oficiales de policía a obrar de esa manera”<sup>(1)</sup>. En ese mismo orden de ideas, más adelante señaló que “...por supuesto, es probable que en entre los innumerables encuentros entre la policía y los ciudadanos que se dan en una ciudad grande como Los Ángeles, habrá ciertas ocasiones en que los estrangulamientos serán ilegalmente aplicados y el daño y/o la muerte inconstitucionalmente causados. Pero, como hemos dicho, no es más que conjeturable sugerir que en toda ocasión de una detención vehicular, arresto, u otro encuentro entre la policía y un ciudadano, la policía va a actuar inconstitucionalmente e infligir un daño sin una provocación o autorización legal”<sup>(2)</sup>.

A ello agregó que, con arreglo a lo previsto en el manual del departamento de policía de Los Ángeles, los oficiales tienen prohibido utilizar la técnica de sometimiento aplicada a Lyons, salvo que sea para controlar a un sospechoso que se resista violentamente a las órdenes del oficial o pretenda escapar.

En suma, la Corte de los EE.UU. que entendió que la pretensión consistente en que se emitiera una orden de abstenerse en el futuro (*injunctive relief*) dirigida a la Policía de Los Ángeles no daba lugar, en las condiciones señaladas más arriba, a una causa concreta; principalmente, porque no había razones por qué presumir la reiteración de un hecho en idénticas condiciones al denunciado por el Sr. Lyons.

Una situación similar ocurre en el *sub lite* (cf. los puntos 10 en adelante de este voto).

9.2. Si bien esa decisión ha sido merecedora de muchas críticas por parte de la doctrina más garantista, reputándose la oscura y excesivamente restrictiva en materia de legitimación para petionar el dictado de una *injunctive relief*<sup>(3)</sup>, lo cierto es que las críticas no se hacen cargo de las dos razones principales que dio la Corte de los EE.UU. para resolver: i) que no había razones para suponer que la policía le dispensaría un trato similar al denunciado por el Sr. Lyons a todo aquel ciudadano con el que tuviese un encuentro; y ii) que las normas locales (el manual del Departamento de Policía) preveían la prohibición que Lyons pretendía en su demanda, ya que, como dije, admitían únicamente la utilización de la técnica a la que había estado sometido Lyons “para ganar el control de un sospechoso que violentamente se le resista al oficial o trate de escapar”<sup>(4)</sup>.

(1) En su idioma original: “*In order to establish an actual controversy in this case, Lyons would have had not only to allege that he would have [461 U.S. 95, 106] another encounter with the police but also to make the incredible assertion either (1) that all police officers in Los Angeles always choke any citizen with whom they happen to have an encounter, whether for the purpose of arrest, issuing a citation, or for questioning, or (2) that the City ordered or authorized police officers to act in such manner*”.

(2) En su idioma original: “*Of course, it may be that among the countless encounters between the police and the citizens of a great city such as Los Angeles, there will be certain instances in which strangleholds will be illegally applied and injury and death unconstitutionally inflicted on the victim. As we have said, however, it is no more than conjecture to suggest that in every instance of a traffic stop, arrest, or other encounter between the police and a citizen, the police will act unconstitutionally and inflict injury without provocation or legal excuse*”.

(3) Ver, entre otros, *American Constitutional Law*, LAURENCE H. TRIBE, New York, New York, Foundation Press, 2000, volume one, third edition, págs. 411/414.

(4) En su idioma original: “*to gain control of a suspect who is violently resisting the officer or trying to escape*” (cf. el anteuúltimo párrafo del punto IV de la sentencia *in re* “*Lyons*”, ya citada).

Dicho en otros términos, la situación planteada en Lyons es bien distinta a la que se da cuando una mujer acciona peticionando que se la autorice abortar. En estos casos, en los que el agotamiento en breve lapso de una situación (la de gravidez) lleva a convertir en imposible una decisión judicial a su respecto, la Corte de los EE.UU. ha estimado procedente un pronunciamiento que tienda a dejar sentada la solución para casos futuros; pero la diferencia está en el grado de previsibilidad del suceso análogo futuro, el que puede equipararse a la certeza (ver, entre otros, *Roe vs. Wade* 410 U.S. 113).

10. Según el relato de Cámara, que no viene discutido, el Sr. P. solicitó que “...se impidiese la utilización de armas ‘no letales’ Taser X26, por parte de las fuerzas de seguridad del gobierno local (Policía Metropolitana), por considerarlas elementos de tortura” (cf. fs. 860 vuelta).

Destacó que en el “...ámbito internacional se había advertido acerca de la peligrosidad que comporta su uso sobre las personas, especialmente si padecían enfermedades cardíacas” (cf. fs. 861); y fundó la acción, centralmente, en las observaciones del Comité contra la tortura de Naciones Unidas y en los informes de la organización Amnistía Internacional.

En conclusión, la parte actora fundó su demanda en la peligrosidad que, sostiene, conlleva el uso de la Pistola Taser X26 y en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, que entiende se vería conculcada con la utilización de la mencionada arma por parte de la Policía.

10.1. El planteo de la parte actora parte de suponer, al igual que el formulado en Lyons, un futuro obrar inconstitucional por parte de la policía local, consistente en la utilización indebida del arma Taser.

A ello hay que agregar la hipótesis que sustenta la presente demanda es aún más remota que la formulada en “*Los Angeles v. Lyons*”. En ese caso el actor había sufrido en persona el obrar policial que pretendía sea prohibido, aquí no solo que el actor no denuncia haber sido sometido ilegítimamente al uso de la Taser, sino que esas armas, nadie discute, aún no han sido siquiera adquiridas.

10.2. La Cámara fundó, entre otras, su decisión en algunas observaciones del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas en las que se recomienda “...que el Estado parte se asegure de que tales armas [las Taser X26] se usen exclusivamente en situaciones extremas y límites...”. En ese orden de ideas, tuvo en cuenta la CAT/C/CAN/CO/6 donde el Comité dijo que “[h]abida cuenta de las consecuencias letales y peligrosas de las armas de descarga eléctrica para el estado físico y mental de las personas a que van dirigidas, lo que puede violar los artículos 2 y 16 de la Convención, el Comité recomienda que el Estado parte [en el caso Canadá] se asegure de que tales armas se usen exclusivamente en situaciones extremas y límite. El Estado parte debería revisar las reglas que rigen el uso de esas armas, entre ellas las directrices nacionales, a fin de establecer un umbral de uso elevado y adoptar un marco legislativo por el que se rijan el ensayo de todas las armas empleadas por las fuerzas del orden y la aprobación de su uso. Además, el Estado parte debería considerar la posibilidad de dejar de utilizar las armas de descarga eléctrica llamadas ‘taser’”. También citó la CAT/C/ESP/CO/5, cuyas conclusiones, en lo que aquí importa son similares.

Partió así de suponer que la Ciudad no va a tener en cuenta, en el caso de que decidiera dotar a su personal policial del arma Taser, las recomendaciones del Comité contra la Tortura; dicho en otras palabras, la Cámara presupone que la Ciudad no va a generar, por ejemplo, los protocolos del uso del arma que nos ocupa o que esos protocolos no van a tener en cuenta las recomendaciones del Comité. Pero, al igual que en *in re* “*Lyons*”, no hay elementos que permitan tener la certeza de que la Ciudad va a incurrir en ese obrar inconstitucional.

10.3. Lo que revelan los pareceres del Comité es que la pistola Taser tiene menores consecuencias que las armas de fuego más tradicionales; pero, precisamente por ello, los Estados deben establecer mecanismos tendentes a evitar que la policía incurra en la tentación de usarla como un medio de represión doloroso aunque planeado para no resultar letal. Por ejemplo, ese uso desmedido podría ocurrir especialmente para reprimir expresiones que no suponen violencia, pero incomodan a las autoridades. Así, el Comité ha recomendado, a los países en que tuvo por probado que había existido un uso abusivo de armas de la especie

que aquí nos ocupa, entre otros, la sanción de normas que aseguren los beneficios del arma e impida sus riesgos, es decir, que reemplace al arma de fuego sin extender el empleo de la violencia injustificada. En definitiva, el uso del arma no debe quedar librado a la discreción de su portador sino que debe ser sujetado a criterios precisos que aseguren los derechos de las personas a quienes el arma sea aplicada o teman razonablemente esa aplicación.

En este orden de ideas, se pueden observar, entre otras, las recomendaciones realizadas a Australia, EE.UU., Nueva Zelanda y las ya mencionadas a Canadá y a España.

Con relación a Australia el Comité dijo que "...expresa su preocupación por la información recibida acerca del uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes del orden contra grupos vulnerables, como los pueblos indígenas, los jóvenes, las minorías étnicas y las personas con discapacidad y lamenta que las investigaciones de denuncias de mala conducta policial estén a cargo de la propia policía. Preocupa al Comité la información recibida sobre el uso excesivo de aparatos 'TASER' de disrupción electromuscular por las fuerzas policiales en ciertos estados y territorios de Australia (arts. 6 y 7)" (el subrayado no pertenece al original [sic]). Frente a esa situación el Comité recomienda lo siguiente. "El Estado parte debería adoptar medidas enérgicas para erradicar todo uso excesivo de la fuerza por los agentes del orden. En particular debería: a) establecer un mecanismo para realizar investigaciones independientes de las denuncias de uso excesivo de la fuerza por los agentes del orden; b) entablar acciones penales contra los presuntos autores; c) intensificar las actividades de formación de los agentes del orden respecto del carácter delictivo del uso excesivo de la fuerza, así como sobre el principio de la proporcionalidad en el empleo de la fuerza; d) procurar que los aparatos que sirven para limitar los movimientos de las personas, como los aparatos TASER, se utilicen exclusivamente en situaciones en que hubiera estado justificado el empleo de una fuerza mayor o letal; e) adecuar sus disposiciones legislativas y sus políticas sobre el uso de la fuerza a los principios básicos para el empleo de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, y f) ofrecer reparación adecuada a las víctimas o a sus familias" (cf. CCPR/C/AUS/CO/5, el subrayado no pertenece al original [sic]).

A los EE.UU. le recomendó en el año 2006 que "[e]l Estado Parte debería aumentar considerablemente sus esfuerzos para eliminar la brutalidad policial y el uso excesivo de la fuerza por los agentes del orden. El Estado Parte debería garantizar que los dispositivos que provocan parálisis muscular mediante descargas eléctricas y otros dispositivos de inmovilización sólo se utilicen en las situaciones en que estuviera justificado el uso de una fuerza mayor o de fuerza letal, y en particular que esos medios nunca se utilicen contra personas vulnerables. El Estado Parte debería armonizar sus políticas con los Principios básicos de las Naciones Unidas sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" (cf. CCPR/C/USA/CO/3; nuevamente el subrayado no pertenece al original [sic]). Este año volvió sobre el punto en los siguientes términos:

"11. El Comité está preocupado por el número aún elevado de disparos mortales de ciertas fuerzas de policía, como es el caso de Chicago, y por los informes de uso excesivo de la fuerza por parte de ciertos agentes de orden público, incluido el uso letal de armas Taser, que afecta de manera desproporcionada a los afroamericanos, así como el uso de la fuerza letal por agentes de la Patrulla de Aduanas y Fronteras en la frontera de los Estados Unidos y México (arts. 2, 6, 7 y 26).

El Estado parte debe:

**a) Intensificar sus esfuerzos para prevenir el uso excesivo de la fuerza por agentes del orden público velando por el cumplimiento de los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de 1990;**

**b) Velar por que la nueva directiva sobre el uso de la fuerza letal de la Patrulla de Aduanas y Fronteras se aplique y se haga cumplir en la práctica; y**

**c) Mejorar el procedimiento de denuncia de infracciones que implican el uso excesivo de la fuerza y asegurarse de que los casos denunciados de uso excesivo de la fuerza sean investigados de manera efectiva; de que los presuntos autores sean procesados y, si son declarados culpables, castigados con sanciones apropiadas; de que se reabran las investigaciones cuando**

**aparezcan nuevas pruebas, y de que las víctimas o sus familiares reciban una indemnización adecuada"** (cf. Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de los Estados Unidos, aprobado aprobadas [sic] por el Comité en su 110º período de sesiones, del 10 al 28 de marzo de 2014, la negrita corresponde al original, el subrayado no).

En las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos realizada a Nueva Zelanda se señaló lo siguiente:

"10. El Comité toma conocimiento de las afirmaciones del Estado parte de que los dispositivos que provocan contracciones musculares por medio de descargas eléctricas (Taser) serán utilizados únicamente por agentes del orden capacitados y en situaciones en que su empleo se justifique mediante directrices claras y estrictas, pero le preocupa la posibilidad de que el uso de este tipo de armas provoque dolores agudos, e incluso lesiones que pongan en riesgo la vida (arts. 6 y 7).

**El Estado parte debería poner fin al despliegue de dispositivos que causan contracciones musculares por medio de descargas eléctricas (Taser). Mientras se sigan utilizando estas armas, el Estado parte deberá intensificar sus esfuerzos para garantizar que los agentes del orden sigan en todo momento las directrices que limitan su uso a las situaciones en que esté justificado el empleo de una fuerza mayor o mortífera. El Estado parte debería continuar investigando los efectos del uso de este tipo de armas"** (cf. CCPR/C/NZL/CO/5; la negrita corresponde al original, el subrayado no).

10.4. Por lo demás, tampoco permite sostener la decisión la afirmación de los jueces de mérito de que la Taser resulta inconstitucional cualquiera sean los supuestos en que su uso esté autorizado, porque sus efectos, según la Cámara, dependen de factores que el usuario del arma desconoce, como lo es la situación de salud de quien es sometido al disparo o uso de una Taser. En particular, la Cámara se remitió a algunos informes generados por Amnistía Internacional Argentina, donde se señala la preocupación acerca de los efectos letales que podría tener la Taser, según la mencionada organización, cuando es empleada sobre personas "vulnerables", "como por ejemplo personas que sufren dolencias cardíacas o que se encuentran bajo los efectos de drogas estimulantes", niños, ancianos, mujeres, etc. (cf. fs. 865 vuelta).

Esa argumentación, al igual que la anterior, parte de presuponer un obrar ilegal futuro por parte de la Ciudad. Todo lo que la Cámara apunta como fundamento a su decisión depende de una reglamentación del uso de arma en cuestión que todavía no existe.

Incluso el argumento de que el arma podría tener efectos letales no basta para generar hoy una discusión judicial en torno a la validez de su uso. Obsérvese que la sola existencia de un protocolo que admitiera su uso exclusivamente en aquellos casos en que la utilización de la fuerza letal esté también autorizada (cf. el art. 28, inc. h, de la ley 2894) eliminaría la discusión en torno a la Taser propuesta por la parte actora y tratada por los jueces de mérito. En ese supuesto la policía podría resolver un conflicto límite acudiendo al uso de un arma (la Taser) con un resultado equiparable al que obtendría con un arma de fuego, frenar un ataque mortal, pero con un efecto menos pernicioso, aun en la interpretación del *a quo*.

11. En resumen, esta segunda pretensión de la parte actora no constituye un caso (cf. el art. 106) por prematura circunstancia; torna innecesaria analizar su legitimación para formularla.

El análisis judicial en una etapa tan prematura no podría rendir frutos buenos, como no los ha rendido hasta este momento con medidas cautelares que impidieron males hipotéticos a costa de frustrar ventajosas aplicaciones reales. La razón es que una decisión judicial puede expedirse acerca de un conflicto entre un derecho y un uso ocurrido o programado efectivamente; mientras que hacerlo acerca de empleos puramente conjeturales no será sino invadir las atribuciones de los órganos políticos.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por la Fiscal General Adjunta, voto por revocar la sentencia de fs. 859/867 y rechazar la demanda. Costas por su orden (cf. el art. 14 de la CCBA).

La juez *Inés M. Weinberg* dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad ha sido parcialmente concedido en relación al agravio relativo al alcance

otorgado por la Cámara a lo dispuesto por el artículo 34 de la CCABA y a "la afectación de una decisión política adoptada por la Administración en ejercicio de sus facultades" (fs. 912 vuelta). Fue rechazado respecto del planteo de arbitrariedad de sentencia.

La recurrente no interpuso queja respecto del agravio constitucional rechazado por la Cámara, esta circunstancia impide su tratamiento, por lo que corresponde decidir sólo en relación a los puntos por los que fue concedido el recurso ante esta instancia.

2. En autos, en lo que aquí interesa, la actora interpone una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de impedir el uso de armas Taser por parte de las fuerzas de seguridad, con fundamento en que aquéllas constituyen un elemento de tortura y vulneran los derechos constitucionales a la vida, la integridad física y la salud (fs. 1/23).

La juez de primera instancia hace lugar a la acción, ordena al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que se abstenga de usar las armas Taser, y deja sin efecto los actos administrativos dictados a los fines de la adquisición de las mismas (Resolución 1049/MJYSGC/09 y 20/MJYSGC/10). Asimismo, impone costas a la demandada (fs. 566/581).

La sentencia fue confirmada por la Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA (fs. 859/867). Para así decidirlo, sostiene: i) que la actora cuenta con legitimación en el proceso; ii) que el amparo constituye una vía procesal idónea para enmarcar el reclamo; iii) que la demandada no ha logrado rebatir las manifestaciones que resultan de los informes de Amnistía Internacional y del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas –presentados por la actora como elementos de prueba– en los que exponen y recomiendan la conveniencia de prohibir el uso de armas Taser para evitar efectos nocivos; iv) que los elementos de prueba colectados denotan la trascendencia que conlleva el uso de las armas en cuestión y la demandada omite demostrar haber realizado los protocolos de uso; v) finalmente, advierten que "en un estado democrático, aun la mera sospecha de que el empleo de un arma, por parte de las fuerzas de seguridad, pueda derivar en una acción cruel, inhumana y degradante para la condición humana, impone extremar los medios de prueba tendientes a desvirtuarlo".

3. Contra ese decisorio interpone recurso de inconstitucionalidad el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en el que plantea los dos agravios principales por los que fuera concedido el recurso de la siguiente manera: por un lado, alega que no se configuró un caso, causa o controversia conforme lo exige el artículo 106 de la CCABA, por lo que la decisión se dictó en abstracto en base a un planteo conjetural. Por otro lado, sostiene que la sentencia impugnada constituye una violación al principio de división de poderes, en tanto que los jueces se arrogaron una competencia constitucional que no les pertenece conforme lo establecido por el artículo 34 de la CCABA.

4. Corresponde examinar las normas constitucionales que aparecen en tensión en el caso, de acuerdo con lo esgrimido por las partes en sus diversas presentaciones, es decir i) las que protegen el derecho a la vida, la salud y la integridad física, y prohíben actos de tortura; y ii) las relativas a la seguridad pública. Ello a fin de determinar, en primer lugar, si en autos se encuentra configurada una "causa" en los términos del art. 106 CCABA –presupuesto insoslayable para habilitar la jurisdicción (cnfr. CSJN, Fallos 242:353; 306:1125, entre otros)– y si la interpretación formulada por la Cámara respeta el principio de división de poderes (art. 1 CN y art. 1 CCABA).

4.1. Los derechos que invoca el amparista a la vida, la salud e integridad física encuentran resguardo normativo tanto en la Constitución Nacional, como en la mayoría de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22), y también en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, en su artículo 1º define el término "tortura" como "todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa perso-

na o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.

El artículo 16 establece que “Todo Estado parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales”.

4.2. En lo que refiere a la “seguridad pública”, la Constitución local en su artículo 34 establece que “La seguridad pública es un deber propio e irrenunciable del Estado y es ofrecido con equidad a todos los habitantes. El servicio estará a cargo de una policía de seguridad dependiente del Poder Ejecutivo (...)”. Asimismo el citado artículo dispone que “El Gobierno de la Ciudad coadyuva a la seguridad ciudadana desarrollando estrategias y políticas multidisciplinarias de prevención del delito y la violencia, diseñando y facilitando los canales de participación comunitaria”.

En cuanto al modo de cumplir las políticas de prevención del delito, el artículo 35 dispone que “el Poder Ejecutivo crea un organismo encargado de elaborar los lineamientos generales en materia de seguridad, tendiente a llevar a cabo las tareas de control de la actuación policial y el diseño de las acciones preventivas necesarias”.

Por su parte, el artículo 104 de la CCABA otorga al Jefe de Gobierno la siguiente atribución: “establece la política de seguridad, conduce la policía local e imparte órdenes necesarias para resguardar la seguridad y el orden público” (inciso 14).

Asimismo, la constitución local dispone que es facultad de la Legislatura de la Ciudad legislar en materia “de seguridad pública, policía y penitenciaria” (art. 80 inciso 2.º de la CCABA).

En virtud de aquella potestad la Legislatura dictó la Ley de Seguridad Pública –Ley 2894– que establece un marco general de seguridad pública, crea la Policía Metropolitana y crea el Instituto Superior de Seguridad Pública.

Respecto del funcionamiento de la Policía Metropolitana, la mencionada ley establece los “Principios Básicos de Actuación” y dispone que el personal policial deberá adecuar su conducta, en lo que aquí interesa, a los siguientes preceptos:

i) “No infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o cualquier tipo de circunstancias especiales o situación de emergencia pública para justificar la comisión de delitos contra la vida, la libertad o la integridad de las personas. Toda acción que pueda menoscabar los derechos de los/as afectados/as debe ser imprescindible y gradual evitando causar un mal mayor a los derechos de estos/as, de terceros o de sus bienes” (inciso b, del art. 28).

ii) “Ejercer la fuerza física o la coacción directa en función del resguardo de la seguridad pública, solamente para hacer cesar una situación en que, pese a la advertencia u otros medios de persuasión empleados por el/la funcionario/a del servicio, se persista en el incumplimiento de la ley o en la conducta grave y **utilizar la fuerza en la medida estrictamente necesaria, adecuada a la resistencia del/la infractor/a y siempre que no le infligiera un daño excesivamente superior al que se quiere hacer cesar**” (inciso g, del art. 28).

iii) “Recurrir al uso de armas de fuego solamente en caso de legítima defensa, propia o de terceros y/o situaciones de estado de necesidad en las que exista peligro grave, inminente y actual para la vida de las personas protegidas, o para evitar la comisión de un delito que entrañe ese mismo peligro, **debiendo obrar de modo de reducir al mínimo los posibles daños y lesiones a terceros ajenos a la situación**” (inciso h, art. 28).

v) [sic] “Cuando el empleo de la fuerza y de armas de fuego sea inevitable, en la medida de lo posible y razonable, identificarse como funcionarios/as del servicio y dar una clara advertencia de su intención de emplear la fuerza o armas de fuego, con tiempo suficiente como para que la misma sea tomada en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a las personas protegidas o al/la funcionario/a del servicio, se creara un riesgo cierto para sus vidas y el de otras personas, o resul-

tara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso” (inciso i, artículo 28).

Asimismo, la mencionada ley encomienda la supervisión de los servicios policiales a la Auditoría Externa Policial, entre sus facultades, el artículo 54 dispone que “realizará las investigaciones administrativas, sustanciará los sumarios administrativos y propondrá al/la Ministro/a, cuando corresponda las sanciones a aplicar. Cuando de los hechos investigados se pueda presumir la comisión de delitos, la Auditoría, comunicará dicha circunstancia al/la Ministro/a a los fines de las presentaciones judiciales que pudieran corresponder”.

Por último, la ley 3253 creó el Comité del Sistema de Seguridad Pública al que se le encomendó la evaluación, coordinación y estudio del nivel y la calidad del cumplimiento de lo establecido por la Ley de Seguridad Pública –2894–.

5. Del plexo normativo transcrito es dable afirmar, por un lado, que los derechos cuyo resguardo reclama la accionante tienen raigambre constitucional y que en nuestro ordenamiento está prohibido todo acto de tortura en los términos que lo define la Convención citada. Por otro lado, que en materia de seguridad pública la Constitución local le otorga a la Legislatura y al Poder Ejecutivo la potestad y el deber de desarrollar políticas y estrategias de prevención del delito y la violencia de manera de garantizar seguridad a la ciudadanía.

6. En el caso de marras, la sentencia impugnada confirma la decisión que hace lugar al planteo de la actora que cuestiona la legitimidad de una decisión política en materia de seguridad consistente en la provisión de armas Taser como herramienta para ser utilizada por la Policía Metropolitana, y ordena la abstención del uso de las mismas. Ello bajo el argumento de la posible afectación de los derechos invocados por la actora en virtud de la “sospecha” de que puedan ser utilizados como elementos de tortura (fs. 867).

A la luz de lo expuesto corresponde en primer término abordar el planteo que esgrime la recurrente concerniente a la falta de “caso” en los términos del art. 106 CCABA, puesto que si no estuviera configurado nos encontraríamos en un supuesto de exceso de jurisdicción por parte de los jueces intervinientes, incompatible con el principio republicano de división de poderes.

i) El precitado artículo 106 –al igual que el actual 116 de la CN– establece como requisito imprescindible para excitar la *jurisdictio* la existencia de una “causa” judicial.

La CSJN equiparó el término a “contienda” o “caso” judicial y desde antaño viene señalando que “...no corresponde al Poder Judicial de la Nación hacer declaraciones generales o en abstracto sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes que dicte el Honorable Congreso o de los decretos del Poder Ejecutivo, sino únicamente con relación a la aplicación de éstas al hecho o caso contencioso producido (art. 2º de la ley 27, Fallos: tomo 12, pág. 372; tomo 24, pág. 248; tomo 95, pág. 290; tomo 107, pág. 179; tomo 115, pág. 163)” (Fallos 156:318).

Debe recordarse también aquí que resulta doctrina consolidada por ese Tribunal que “el fin y las consecuencias del ‘control’ encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requieren que este requisito de la existencia de un ‘caso’ o ‘controversia judicial’ sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes (...)” (Fallos 242:353, 306:1125 y 307:2384 entre otros); esto, en la inteligencia de que “la misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los demás poderes” (Fallos 310:2709, 333:1023 entre muchos otros).

La existencia de una “causa” o “caso judicial” se verifica entonces cuando se persigue *en concreto* la determinación de un derecho debatido entre partes (Fallos, 243:176, 306:1125, 333:1023 entre otros), y esto les exige a estas últimas –como presupuesto– la acreditación de una afectación “suficientemente directa”, “inmediata”, “especial”, “sustancial”, de “suficiente concreción e inmediatez”, o bien de un “perjuicio concreto” –en los términos del cemeiro Tribunal– respecto de los derechos que invocan como conculcados (Fallos 326:3007 y sus citas entre otros).

Esta doctrina se ha mantenido frente a los recientes cambios normativos y jurisprudenciales en materia de legitimación procesal.

En esta inteligencia, la CSJN luego de delimitar una triple categoría de derechos –individuales, de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos– inmediatamente afirmó: “En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un ‘caso’ es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos 310:2442, considerando 7º; 311:2580, considerando 3º y 326:3007, considerandos 7º y 8º entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición (...)” (Fallos 332:111 considerando 9º del voto mayoritario). Para reafirmar en un pronunciamiento posterior –al propiciar la revocación de una sentencia que había reconocido legitimación a un legislador nacional– que: “...sólo una lectura deformada de lo expresado por esta Corte en la decisión mayoritaria tomada en la causa ‘Halabi’ (Fallos: 332:111), puede tomarse como argumento para fundar la legitimación del demandante, pues basta con remitir a lo sostenido en el considerando 9º de dicho pronunciamiento para concluir que, con referencia a las tres categorías de derechos que se reconocen, la exigencia de caso en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional se mantiene incólume, ‘...ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición’. La sentencia dictada por en el mencionado caso ‘Halabi’ como no podía ser de otro modo no ha mutado la esencia del control de constitucionalidad que la Ley Suprema encomienda al Poder Judicial de la Nación en los términos señalados precedentemente, para convertirlo en un recurso abstracto orientado a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico que es ostensiblemente extraño al diseño institucional de la República” (Fallos 333:1023, causa “Thomas” del 15/06/2010 considerando 4º), y un mes y medio más tarde señaló: “...la ampliación de la legitimación derivada de la reforma constitucional del año 1994 no ha modificado la exigencia de tal requisito [la configuración de un caso o causa] ya que los nuevos sujetos legitimados también deben acreditar que su reclamo tiene ‘suficiente concreción e inmediatez’ y no se trata de un mero pedido en el que se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes” (Fallos 333:1212 causa “ADC” del 03/08/10 considerando 2º).

ii) En virtud de la mencionada doctrina, adelanto que en autos corresponde hacer lugar al recurso interpuesto. Ello así dado que advierto que los agravios de la parte actora se fundan en meras especulaciones y pronósticos futuros respecto de la posible afectación a derechos constitucionales, que no alcanzan, por lo conjetural, para configurar un “caso” en los términos descriptos en los párrafos precedentes.

En efecto, en su escrito inicial esgrime que “el uso de armas Taser **puede resultar** riesgoso para la vida de las personas que se vean sometidas a su aplicación, así como también **pueden afectar potencialmente** su salud e integridad física” (fs. 11 –el resaltado me pertenece–). Del mismo modo, la sentencia de Cámara se funda también en un pronóstico especulativo de un posible uso abusivo de las armas Taser por parte de la Policía Metropolitana, sin respaldo probatorio en las constancias de la causa y sin exponer razones concretas y circunstanciadas que lo justifiquen. El decisorio recurrido –luego de hacer un recuento del marco normativo– se motiva en las siguientes dos consideraciones: i) que los organismos internacionales “insisten enfáticamente sobre la conveniencia de prohibir el uso de los dispositivos”; y ii) que “en un estado democrático, **aun la mera sospecha** de que el empleo de un arma, por parte de las fuerzas de seguridad, **pueda derivar** en una acción cruel, inhumana y degradante para la condición humana, impone extremar los medios de prueba tendientes a desvirtuarlo” (fs. 867 –el resaltado me pertenece–).

Aquella interpretación contradice la reiterada doctrina de la Corte Suprema que refiere que cuando el agravio que se alega es meramente conjetural o hipotético, “priva a la apelación extraordinaria de un presupuesto fundamental, como lo es la demostración del interés substancial que permita admitir que se da un caso concreto de justicia” (Fallos 306:1125).

En suma, por las consideraciones expuestas corresponde revocar la sentencia de Cámara puesto que la decisión de los jueces, frente a la ausencia de “causa judicial”, incurre en un exceso en su jurisdicción: interfirieron en la delimitación de lineamientos de políticas de seguridad







# EL DERECHO

Diario de Jurisprudencia y Doctrina

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1  
Tucumán 1436/38 (1050) Capital Federal

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

TEL. / FAX: 4371-2004 (líneas rotativas)

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

ciplinarías en la prevención del delito y la violencia (confr. art. 34 CCABA). Huelga señalar que la propia literalidad del artículo 14 CCABA como también su finalidad teleológica, excluyen el temperamento propiciado por el recurrente..." (fs. 862 vuelta, el destacado corresponde al texto original).

A mi juicio, el reclamo formulado en autos se enmarca en los términos del artículo 14 de la CCBA.

De acuerdo con la norma aludida, "[e]stán legitimados para [interponer acción de amparo] cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor..."

Como se ve, el artículo 14 de la CCBA consagra una legitimación amplia que –sin excluir supuestos– se adecua al carácter y al propósito de la acción prevista; que realiza tanto el fin preventivo como el inhibitorio propios de la función jurisdiccional y no se agota en su dimensión represiva –conforme mi voto en "T. S. c/ GCBA s/ amparo", expediente n° 715, resolución del 26/12/2000–.

En línea con lo expuesto, el objeto del presente amparo consiste en que "...se impida la utilización de las de armas denominadas 'no letales' Taser X26, por parte de las fuerzas de seguridad del [G]obierno local, específicamente por parte de la Policía Metropolitana, por consistir las mismas un elemento de tortura..." (fs. 1).

El actor, en su demanda, afirmó que "la utilización de armas, caracterizadas por diferentes organismos de derechos humanos como dispositivos de tortura, por parte de los agentes de la Policía Metropolitana, [lo] (...) interpela como ser humano, como habitante de la [C]iudad" (fs. 2); y agregó: "[l]a utilización que aquí se denuncia y que se pretende evitar afecta directamente los intereses de cualquier persona que puede verse sometida a las fuerzas de seguridad de la [C]iudad" (fs. 2).

En consecuencia, nada tengo que observar en cuanto a la legitimación del accionante.

Los argumentos expresados son plenamente aplicables para rechazar, también, los dichos del GCBA en torno al invocado carácter abstracto y "meramente conjetural" (fs. 879) del proceso en curso pues dejan en claro que se encuentra en debate un caso judicial (artículos 116 de la CN y 106 de la CCBA).

5. El Gobierno manifiesta que: "...la acción de amparo constitucional no (...) [es] la vía judicial más idónea (...) [pues] la [parte] actora trajo a estudio una cuestión abstracta, sin la existencia de caso judicial" (fs. 888, el subrayado me pertenece).

Como resulta del párrafo citado (y de otros que en el mismo sentido surgen del recurso de inconstitucionalidad), las objeciones del GCBA a la vía del amparo se reducen –únicamente– a la hipótesis de ausencia de caso.

En el apartado 4 de este voto, expresé las razones por las que considero que subyace, en autos, un caso judicial en los términos de la CN y de la CCBA (artículos 116 y 106, respectivamente).

Por tanto, y en atención a los argumentos que ya han sido referidos, solo cabe desestimar el agravio planteado.

6. Respecto de la cuestión de fondo que aquí se discute, el GCBA sostiene que el material probatorio reunido es insuficiente para acreditar los extremos en los que se apoya la demanda. Entre ellos, que:

a) Las armas TASER X26 fuesen instrumentos de tortura o que posean aptitud para infligir daños en la salud o en la integridad de las personas.

b) Dichas "defensas eléctricas" (fs. 878 vuelta) pudieran "ser usadas por las Fuerzas de Seguridad legítimamente constituidas como elementos de tortura o para producir daños a la integridad o vida de las personas" (fs. 878 vuelta, el destacado corresponde al texto transcrita).

c) "Amnistía Internacional o (...) Naciones Unidas a través de sus órganos, hubiere[n], en base a informes científicos concluyentes (...), aconsejado a los Estados (...) el no uso, o la absoluta prohibición de (...) las (...) TASER X26" (fs. 878 y vuelta).

A partir de allí, el Gobierno concluye en que la solución que propician los magistrados de la Sala II conlleva una "[g]rave afectación del derecho de defensa [en juicio] y de[l] (...) debido proceso adjetivo" (fs. 877).

Ahora bien, la lectura de la presentación en análisis revela que las afirmaciones de la Ciudad no constituyen una impugnación sólida que –desde la óptica constitucional– alcance a rebatir los argumentos fundados que motivaron a la sentencia en crisis.

A continuación, habré de reproducir –en lo pertinente– el fallo que emitiera el tribunal superior de la causa. La síntesis que sigue es adecuada para mostrar, por una parte, que la sentencia recurrida contiene pormenorizadas razones que no han sido refutadas y, por otra parte, que las escasas líneas del GCBA –ver puntos a), b) y c) de este apartado– no logran satisfacer la exigencia de fundamentación que prescribe la ley n° 402 y resultan, pues, insustanciales (artículos 28 y 30 de la ley mencionada).

La Cámara dijo que:

"[E]fectuado el desarrollo del marco normativo que resulta aplicable al caso de autos y las pruebas que sustentan las circunstancias fácticas comprometidas, corresponde contrastarlos con los agravios expresados por la parte demandada".

"[E]l GCBA se queja, esencialmente, porque en la sentencia de grado se tomó en consideración de manera dogmática la opinión de ciertos organismos internacionales aludidos por la parte actora en su pretensión, sin que tales argumentos encuentren sustento en informes científicos concretos y categóricos".

"Sin embargo, resulta manifiesto que las consideraciones esbozadas tanto por Amnistía Internacional como por el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas no han sido rebatidas por el GCBA, ni siquiera tras la colección de los elementos de prueba promovidos por este tribunal a partir de la medida dispuesta a fs. 623/vta."

"En sus agravios, la demandada transfiere a su contraria su propia imposibilidad de controvertir las afirmaciones de los organismos internacionales que insisten enfáticamente sobre la conveniencia de prohibir el uso de los dispositivos con el fin de evitar sus efectos nocivos".

"No puede soslayarse que en reiteradas ocasiones (...) [el GCBA] pretende sustentar el uso de los dispositivos, en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires, en la circunstancia de que son usados por otras fuerzas provinciales y nacionales. Sin embargo, más allá de las propias expresiones y de la información suministrada por la empresa comercializadora –cuya falta de imparcialidad resulta manifiesta– cierto es que lo señalado por las fuerzas armadas y de seguridad nacionales (consentida por ambas partes) evidencia que no son utilizadas y que, esencialmente, se repudia expresamente su uso (...)"

"Además, a pesar de que los distintos elementos colectados en la presente acción denotan la trascendencia que conlleva el uso de las armas Taser cierto es que tampoco la demandada pudo demostrar haber realizado los protocolos de uso a los que hizo alusión el Sr. Jefe de la Policía Metropolitana en el ámbito de la Legislatura local, como así también en la audiencia celebrada ante esta instancia (...)"

"La falta de argumentación aludida no puede considerarse superada por la sola circunstancia de que el RENAR autorizó la importación de los dispositivos (...)"

"Amnistía Internacional Argentina, remitió diversos informes publicados por el organismo (...), de ellos resulta: (...) que "[e]l uso de armas tipo Taser suscita varios motivos de preocupación en relación con la protección de los derechos humanos. La experiencia ha demostrado que en numerosos casos el uso de este tipo de armas ha infringido las normas internacionales sobre el uso de la fuerza, así como la prohibición del uso de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

## COLUMNA LEGISLATIVA

### Legislación Nacional

Resolución 861 de abril 20 de 2015 (SRT) - **Accidentes y Enfermedades de Trabajo**. Protocolo para medición de contaminantes químicos en el aire de un ambiente de trabajo. Valores de medición. Gerencia de prevención. Facultades. Instructivo complementario (B.O. 23-4-15).

Próximamente en nuestros boletines EDLA.

"El Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas (...) se pronunció (...) [así]: 'El Estado Parte debe considerar la posibilidad de abandonar el uso de armas eléctricas «Taser» por parte de las policías locales, pues sus efectos en el estado físico y mental de las personas contra las que se utilizarían podrían conculcar los artículos 2 y 16 de la Convención'"

Por último, cabe destacar que los camaristas tuvieron en consideración lo dispuesto por diversos instrumentos internacionales relativos a la materia que nos ocupa: Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

7. El GCBA manifiesta que la Sala II excedió las funciones jurisdiccionales. Expresa que la adquisición de armas TASER X26 "...para garantizar la seguridad pública (...) hace a la discrecionalidad técnica de la Administración" (fs. 884 vuelta).

El asunto propuesto remite a la división de poderes y al concepto de tutela judicial efectiva.

Es oportuno recordar, una vez más, que los derechos y garantías que sostienen la pretensión del Sr. P. resultan constitucionalmente exigibles y que en su efectivización está comprometido –de modo relevante– el Poder Judicial.

Los jueces son un poder del Estado y poseen competencia para interpretar no sólo las leyes sino, primordialmente, la Constitución que es el lugar –por antonomasia– de la regulación de la actividad y de la función política.

El control jurisdiccional de la actividad administrativa es constitucional (artículo 106 de la CCBA) y no invade las funciones propias de otros poderes cuando, en un proceso en el que se alega la afectación de derechos fundamentales, su consideración resulta dirimente.

En la materia que nos ocupa rige, en particular, el artículo 2° inciso 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes que establece que "[t]odo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir actos de tortura en todo [el] territorio que esté bajo su jurisdicción". Y la sentencia de Cámara satisface la obligación aludida.

En conclusión, el escrito presentado por la Ciudad no lograra conmovir, tampoco en este punto, una sentencia fundada y constitucionalmente plausible, como la que dictara la Sala II de la CCAYT, en esta causa.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad del GCBA (fs. 873/891 vuelta), con costas.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por la Fiscal General Adjunta, por mayoría, el Tribunal Superior de Justicia *resuelve*:

1. Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. Revocar la sentencia de fs. 859/867 y rechazar la demanda.

3. Imponer las costas por su orden.

4. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente. – Luis F. Lozano. – Inés M. Weinberg. – José O. Casás. – Ana M. Conde. – Alicia E. C. Ruiz.