

“GASCON, Alfredo Julio María c/ PODER EJECUTIVO NACIONAL s/
Acción de inconstitucionalidad”

La Plata, 5 de junio de 2013.

AUTOS Y VISTOS:

I.- Téngase presente el dictamen Fiscal que antecede y adhiriendo al mismo, declarase la competencia del Juzgado para intervenir en la acción que se promueve.

II.- Por presentado en el carácter invocado y con el domicilio legal indicado.

1) Teniendo en cuenta el principio de tutela judicial efectiva de los derechos, consagrado tanto en el art. 18 de la Constitución Nacional como en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalo que el Dr. Alfredo J. M. Gascón acreditó debidamente su condición de abogado inscripto en la matrícula federal, a fin de hacer valer la eventualidad de su postulación al cargo de representante de los abogados ante el Consejo de la Magistratura, y de elegirlos. Invoca incluso, su condición de ciudadano de la República, circunstancia que también alega como suficiente para legitimarlo.

2) En virtud del cuestionamiento que se formula acerca de los arts. 2, 4, 6, 7, 9, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30 de la ley 26.855, tiénese por iniciada acción meramente declarativa de inconstitucionalidad (art. 322 del CPCCN), la que tramitará por la vía procesal del art. 498 del CPCCN (Proceso sumarísimo).

3) Córrase traslado de la demanda al Poder Ejecutivo Nacional, por el plazo de cinco días, a quien se cita y emplaza para que comparezca a estar a derecho, bajo apercibimiento de rebeldía (Arts. 41 y 59 y 498 inc. 3 del CPCCN).

A tales fines, líbrese oficio, acompañándose

copias de la demanda y de la documentación respectiva.

4) Tiénese presente la reserva del caso constitucional y convencional (Caso Federal) según se articula en el capítulo VII.

IV. Inconstitucionalidad de la ley 26.854

Encontrándose en vigencia la ley N° 26.854 referida a las medidas cautelares en las que es parte o interviene el Estado Nacional, y habiéndose requerido la declaración de inconstitucionalidad de la misma, corresponde expedirme en primer lugar sobre dicho planteo.

Tengo en cuenta lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto señalara que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma trascendencia institucional y debe ser considerado como última *ratio legis* (Fallos: 285:322; 316:2624; 327:5723).

Sin embargo, también se ha establecido que dicha doctrina no implica que los jueces tengan la obligación, ineludible, de aceptar la vigencia de aquellas normas sometidas a su consideración, que confrontadas con la Constitución Nacional, la contraríen de modo evidente. Particularmente expresado esto en el reducido ámbito de aplicación que implica abordar, con eficacia, y *prima facie*, la adopción de un anticipo jurisdiccional.

Me expediré, en consecuencia, respecto de los artículos que en tal sentido se objetan:

a) Informe previo (Art. 4°)

Desde siempre se ha dicho, y en esto la doctrina es conteste, que las medidas cautelares deben ser decretadas *inaudita parte*. Dicha modalidad no obedeció al mero capricho del legislador, ni al de los jueces. Tuvo el propósito elemental de asegurar la adecuada administración de justicia, en tanto permite adoptar todas aquellas diligencias que, a juicio de los magistrados, resulten de inmediata aplicación, fijando el *statu quo* existente, hasta tanto pueda debatirse con mayor amplitud la legitimidad de los hechos que se denuncian. Es la

noción de Carnelutti, considerando al proceso cautelar como “instrumental”, para resolver su finalidad y su objetivo de paz social; y “final”, destinado a garantizar los resultados prácticos de la sentencia (Carnelutti. “Instituciones del Proceso Civil”, tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 45)

Y debe ser en un pie de igualdad, ya que el Estado no puede situarse frente al individuo con mayores prerrogativas que las que le acuerda la Constitución Nacional, so pena de transgredir la idea de libertad, tan cara al constitucionalismo moderno.

Todo el transcurso del siglo XX desnuda el esfuerzo doctrinario por elaborar y demostrar la imperiosa necesidad de situar al Estado bajo el régimen del derecho. Fue tal vez Otto Mayer quien primero advirtió que la palabra (*rechtstaat*) designaba una situación no concluida, que “debía llegar a ser” (Mayer Otto, *Derecho Administrativo Alemán, t. I, Parte General*, Depalma, 1982, p. 78) “*La expresión elegida indica lo que se exige del Estado; es necesario que en todo lugar y momento donde su actividad puede producir efectos en otras personas, (sus súbditos) exista un orden regulado por el derecho;...Esta exigencia se dirige especialmente a la administración*”

Como es sabido, distintas fueron las corrientes que expresaron su ideología respecto del fundamento del Estado, y -lo que es más importante- de su situación frente al individuo.

Hubo por ende, algunas más conservadoras, con apego a los cánones tradicionales, que justificaron la supremacía del Estado en una relación jurídica desigual; otras, acordes con el avance impuesto por lograr la consagración de lo que “debía ser”, elaboraban un derecho administrativo caracterizado por la primacía de las garantías individuales en el marco de una relación jurídica igualitaria que, sin desconocer las facultades otorgadas a la administración en el ejercicio de funciones públicas, ahondaba en la necesidad de que toda su actuación fuese jurídica, sin intersticio alguno (Conf.: Inés D'ARGENIO, *La Justicia Administrativa en la Argentina*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2da. ed., p. 34; FIORINI, *Derecho*

Administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2da. ed. actualizada, t. II, Cap. IX, pto. 1, sobre el *concepto institucional de la justicia administrativa*)

Estimo que la nueva normativa –al requerir un informe previo al dictado de la cautelar- desconoce tales premisas. A través de esta nueva legislación, el Estado o sus entes, vienen a situarse en una posición ventajosa sobre cualquier otro litigante particular -al tomar conocimiento anticipado de las pretensiones y fundamentos del accionante, antes que le sea notificada la demanda-. Se consagra así aquella “supremacía” que nuestra Constitución –y la mayoría de las constituciones modernas- pretenden dejar para la historia.

Hay también razones meramente prácticas: “Finalmente, en el plano fáctico, no debe descartarse que el Estado, al conocer en forma previa los requerimientos cautelares, disponga todos sus esfuerzos para evitar su concesión, desde su posición privilegiada de poder...” (La Ley, mayo de 2013, “El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares” *Ezequiel Cassagne*, p. 57)

Este menoscabo al derecho de los individuos, genera una desigualdad que lesiona el derecho de acceso a la justicia, y como acertadamente lo señala el actor, no es simplemente una norma procesalista, ni se está frente a una mera discusión de orden formal. Considero que la implementación *inaudita parte* de las medidas cautelares, constituye el *leit motiv* de toda la teoría que consagra la vigencia y eficacia de las mismas. No encuentro entonces, fundamentos valederos para considerar que el requisito del informe previo pueda ser aplicable, sin trasgredir la manda de los arts. 16, el 18 y concordantes de la Constitución Nacional.

b) Restricción del objeto

El art. 9 de la ley establece que los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que *afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier manera perturbe* los bienes o recursos propios del Estado.

Planteadas así las cosas, puede afirmarse que en

ningún caso pueden dictarse medidas cautelares en las que estén comprometidos los *bienes o recursos propios* del Estado, ya que “...*siempre existirá la afectación a un patrimonio estatal*” (conf. *La Ley*, mayo 2013 “La inconstitucionalidad e inconventionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte” *Andrés Gil Domínguez* p. 71).

Esta injustificada prerrogativa no encuentra fundamento constitucional alguno, contraviene toda la doctrina a la que ya he hecho alusión, y vuelve a poner al Estado en ejercicio de un privilegio legal que nuestra Carta Magna no admite, por lo que considero que debe ser declarada inconstitucional (Art. 16 y 18 de la Constitución Nacional)

c) La caución real obligatoria

El actor se agravia en cuanto la nueva ley sostiene que las medidas cautelares solo tendrán eficacia práctica cuando el justiciable otorgue una caución real o personal para afrontar las eventuales costas y daños y perjuicios que pudieran causar (Art. 10)

Dicha premisa, interpretada a la luz de toda la doctrina y jurisprudencia vigentes, no ofrece a mi juicio distinciones, ni variantes de importancia, que la tornen inconstitucional. Por el contrario, es facultad de los jueces –y es importante decir que lo sigue siendo– establecer, sobre un marco de prudencia y razonabilidad, qué tipo de contracautela habrá de exigirse.

En todo caso, “*La prudencia es vital en este aspecto, porque una determinación gravosa tornaría ilusoria la posibilidad de trabar cualquier precautoria. Al mismo tiempo se debe alertar sobre los peligros que importa una caución nimia o de escaso compromiso económico*” (*La Ley*, Medidas Cautelares contra el Estado, *Oswaldo Alfredo Gozaini*, 6/05/13, P. 6)

d) El efecto suspensivo

El art. 13, inc. 3) de la ley establece que el recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un

reglamento del mismo rango jerárquico tendrá efecto *suspensivo*.

El suscripto ya se ha expedido reiteradamente (al decidir en el proceso de amparo la concesión de los recursos de apelación, con efecto diferido) respecto de la necesidad de establecer que las medidas dictadas en primera instancia conserven su vigencia, salvo que –llegados los autos a la Cámara- esta adopte una decisión contraria.

El criterio expresado es el que mejor se compadece con los requerimientos de nuestra Constitución Nacional y con la necesidad de administrar justicia de manera rápida y eficaz, evitando la desnaturalización de las decisiones judiciales que se produciría con sólo apelar aquellas resoluciones que contrarían al Estado.

e) La vigencia temporal

El establecimiento de un plazo (3 o 6 meses, según sea el proceso sumarísimo u ordinario) implica desconocer la finalidad misma del proceso cautelar, en punto a los principios procesales y constitucionales que venimos desarrollando.

Es que la vigencia de las medidas cautelares no se supedita al transcurso del tiempo, sino a la existencia misma de los motivos que las originan. De hecho, siempre son provisorias y sujetas – en cualquier momento- a la sustitución, modificación o limitación que dispongan los jueces. Fijarles un plazo de vigencia implica un contrasentido. Es suponer que luego de ese plazo –aunque la causa esté plenamente en trámite- los hechos que la motivaron han perdido virtualidad y ya no incidirán en el resultado del pleito. *“Fijarles un plazo de vigencia desnaturaliza un instituto importante dirigido a preservar la jurisdicción del Poder Judicial, tan caro al estado de Derecho, y priva a los administrados de una tutela efectiva por parte de los jueces”* (Ezequiel Cassagne, ob cit. p. 59)

Lo diré de la manera que lo pienso, crudamente y en buen romance: Si en un proceso de amparo, o sumarísimo, una medida cautelar se prolonga más allá de lo justificable, es probable que el problema no haya que buscarlo en las leyes, sino en la manera que se interpretan o se ejecutan.

Por todo lo hasta aquí expuesto, y a fin de permitir abordar las cuestiones sometidas a la consideración del infrascripto en un plano de igualdad y operatividad, declaro la inconstitucionalidad de los arts. 4, 3 inc.4, 9, 10, 13, 14 y 15 de la ley 26.584.

V.- La medida cautelar requerida

Sentado ello, y avocándome a la cautelar peticionada, corresponde examinar su viabilidad a la luz de los recaudos exigidos por el art. 230 del CPCCN para su procedencia.

Por tratarse de un cuestionamiento sobre una ley y del reciente Decreto 577/2013, la medida deberá analizarse como cautelar *innovativa*.

En consecuencia, los recaudos anteriormente mencionados deberán ser examinados con mayor rigurosidad y prudencia, pues cualquier decisión que en contrario se adopte, tiende a alterar una situación de derecho existente.

“Dentro de las medidas precautorias, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, ya que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión” (C.S.J.N., 23/11/95 Rep.ED 30-1021 - cit.Highton y Arean, Cód. Proc. Civ. Com. Nac., t.4, p.595).

a) Verosimilitud del derecho

El Dr. Alfredo J.M. Gascón, abogado inscripto en la matrícula federal de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata objeta la validez constitucional de la ley 26.855 en tanto modifica la estructura y elección de los miembros del Consejo de la Magistratura, peticionando se declare la inconstitucionalidad de los arts. 2, 4, 18 y 30 de la citada ley, modificatorios del art. 2 de la ley 24.937 que incorpora el art. 3 bis y modifica el inc. 15 del art. 7 y el art.33 de esta ley.

Luego de desarrollar todos sus fundamentos, culmina reclamando la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 2, 4, 6, 7, 9, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30 de la ley 26.855

Solicita se deje sin efecto la nueva composición del Consejo de la Magistratura, el nuevo sistema de mayorías sobre el procedimiento de suspensión y remoción de jueces, como el llamado a elecciones de Consejeros; y como medida cautelar pide que se ordene a la demandada se abstenga de aplicar la normativa cuestionada y por tanto se abstenga de llamar a elecciones de Consejeros.

Corresponde analizar si se cumplen los requisitos exigidos por el art. 230 del CPCCN; dejando debidamente aclarado que el análisis se formula en el ámbito de conocimiento procesal a que ya he hecho mención, y hoy nos convoca. Se apreciará si las razones invocadas por el accionante, merituadas con mayor rigurosidad – según lo tengo expresado supra- tienen la entidad suficiente para alcanzar la verosimilitud del derecho exigido.

Se impone remitirnos al art.114 de la Constitución Nacional, en donde con toda claridad se advierte la exigencia de que “...se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal...”

Entiendo que esta referencia se encuentra dentro del espíritu mismo de la Carta Magna organizadora de nuestra República bajo un sistema federal, de división de los poderes y de controles mutuos. De modo tal, se procura ese equilibrio de fuerzas contrapuestas, para que ninguna de ellas pueda prevalecer sobre la otra.

Al respecto, el propio miembro informante de la Convención Constituyente, Enrique Peixao señaló que “...se ha buscado un modelo intermedio en que los poderes democráticos retengan una importante cuota de injerencia en el proceso de designación de los jueces, pero en el que simultáneamente –por participación de los propios jueces en el gobierno de la magistratura y por participación de

estamentos vinculados con la actividad forense u otras personas- el sistema judicial este gobernado con pluralismo...”

Parece ocioso rescatar un principio de imprescindible prudencia que integra la propia historia de la humanidad. El concepto de “equilibrio” como argumento de equidad y paz social, como se sabe, lo expuso magistralmente Montesquieu, para resolver la necesaria equidistancia de los poderes. Pero antes Aristóteles se valió del mismo para hacer reposar la ciudad sobre la idea de equilibrio, pluralidad y comunidad. *“La ciudad aristotélica basa su armonía sobre un interés común concebido como un principio de equilibrio: el interés común no es el de la ciudad total trascendiendo a los individuos y no es de naturaleza diferente de los intereses privados. El interés común no se opone a los intereses particulares de los gobernados sino que resulta, por el contrario, de su equilibrio armónico: el objeto de la política no es el de asegurar la supremacía absoluta del interés público sobre los intereses de cada uno sino el de armonizar las voluntades particulares”* (Francisco Rangeón, *L'idéologie de l'intéret general*, Préface de Georges Vedel, Económica, Paris, 1986, p. 42 a 52, citado por Inés D'Argenio)

Se puede apreciar que la ley 26.855 rompe el equilibrio exigido por la Constitución pues a través de la composición del Consejo –art.2-, el procedimiento que establece en el art.4, como “3 bis” para elegir a los Consejeros, y el quórum para decidir –art.7- se refleja una hegemonía política que contraría el espíritu de la Constitución Nacional.

Compartiendo en tal sentido la opinión del Dr. Bidart Campos puede decirse que *“...la mención del equilibrio entre tales representaciones es muy importante, porque –por ejemplo- quedaría roto si por la cantidad de miembros de los órganos políticos de origen popular quedara a merced de ellos una predominancia que neutralizara la representación de los jueces y de los abogados...”*(Aut. cit. Tratado de Derecho Constitucional, p.493 – Ediar 1995)

El esquema de la ley cuestionada, no solo atenta

contra el equilibrio exigido constitucionalmente, sino que también obliga al abogado matriculado – potencial miembro del Consejo- a incorporarse a la actividad de un determinado partido político, con lo que también se aprecia que la correlación -entre lo político y otros estamentos no políticos- queda frustrada.

Lo expresado exhibe, *prima facie*, la existencia de elementos suficientes que en apariencia están demostrando una postura no ajustada a derecho - teniendo presente la preeminencia de la Carta Magna-, y por tal razón aparece como verosímil la existencia del derecho en la petición expresada por el accionante.

b) Peligro en la demora

En cuanto al peligro en la demora, pública y notoria la celeridad con que se fueron desarrollando los acontecimientos, en torno a la ley en cuestión, hasta que finalmente fuera sancionada y promulgada.

La posterior convocatoria para la elección de Consejeros del Consejo de la Magistratura –Decreto 577/2013- demuestra el real peligro en la demora denunciado por el actor, habida cuenta de la exigüidad de los plazos requeridos por la norma para adecuarse al nuevo proceso electoral.

Por último, teniendo en cuenta la índole y la naturaleza de la litis, considero suficiente que la contracautela exigida por el art. 199 del CPCCN, sea la caución juratoria. *“La caución juratoria debe limitarse a los supuestos de máxima verosimilitud del derecho, en los cuales la aplicación de una caución distinta resulta desproporcionada, mientras que en los demás supuestos la caución debe ser real.”* (CN Civ., Sala B, 7/7/00, JA, 2001 –II-556)

Por todo lo hasta aquí expuesto, citas legales y doctrinarias que anteceden,

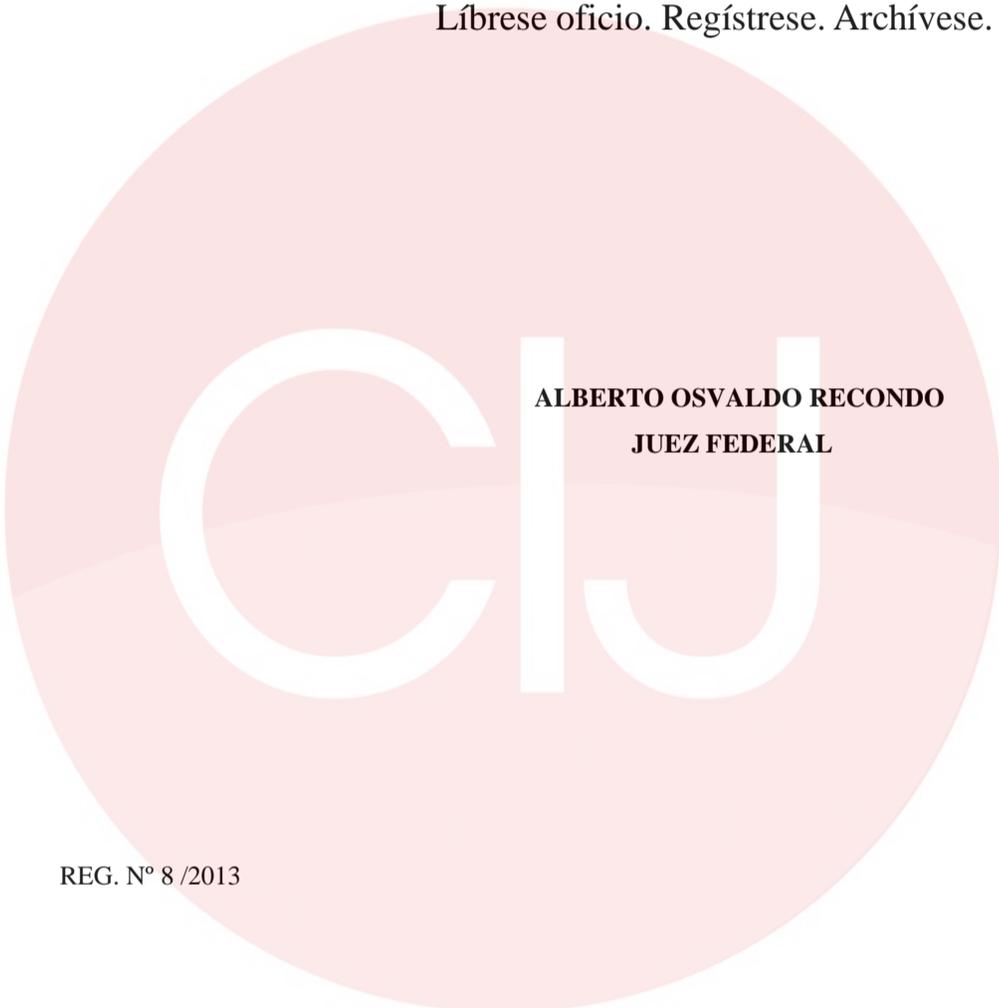
RESUELVO:

1.- Declarar la inconstitucionalidad de la ley 26.854 en los términos y modalidades que anteceden.

2.- Hacer lugar a la medida cautelar peticionada por el accionante Dr. Alfredo J. M. Gascón, y en consecuencia ordenar al Poder Ejecutivo Nacional que se abstenga de aplicar la Ley 26.855, debiendo suspender el llamado a elección formulado en el Decreto Nº 577/2013, hasta tanto se resuelva en definitiva.

3.- Ordenar que, previo a todo trámite, el actor preste caución juratoria.

Líbrese oficio. Regístrese. Archívese.



ALBERTO OSVALDO RECONDO
JUEZ FEDERAL

REG. Nº 8 /2013